

Revista SÍNTESE

Direito Administrativo

da Revista SÍNTESE Direito Administrativo nº 69

EDITO ESPECIAL:
Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Guia do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016

ARTIGOS:
Regime Diferenciado de Licitações e Contratos Administrativos para a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 – Leonardo Coelho Ribeiro

ARTIGO DE
Fundação na Integra (TCU)

ARTIGO DE
Tribunal de Contas do Brasil

ARTIGO DE
Tribunal de Contas do Brasil

ARTIGO DE
Tribunal de Contas do Brasil

GERAL

ARTIGOS:
Sociedades de Petróleo – Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arnaldo Câmara
Comentários sobre o Edital e para o Comissão de Licitação – Ivan Barbosa Rigolin
Distritos Lógicos de Estruturação do Serviço Público Brasileiro, dos Concursos Públicos ao Probatório de Cargos em Comissão – Eliú Martins Beithoras e Ariane Raquel Almeida de Sousa Cruz

ARTIGO DE
Fundação na Integra
Tribunal de Contas do Brasil

ESPECIAL

ARTIGO DE
Fundação na Integra
Tribunal de Contas do Brasil

ARTIGO DE
Tribunal de Contas do Brasil

ARTIGO DE
Tribunal de Contas do Brasil

ARTIGO DE
Tribunal de Contas do Brasil



1665-3003(201109)69:1:1-0

SÍNTESE Uma empresa do GRUPO IOB



69 – Setembro/2011

Revista SÍNTESE

Direito Administrativo

69 – Setembro/2011

Conselho Editorial

Alexandre de Moraes

Carlos Ari Sundfeld

Fernando Dantas Casillo Gonçalves

Ivan Barbosa Rigolin

Ives Gandra da Silva Martins

Kiyoshi Harada

Maria Garcia

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Misabel de Abreu Machado Derzi

Odete Medauar

Sidney Bittencourt

Toshio Mukai

Revista SÍNTESE Direito Administrativo

SÍNTESE



Autoridade em Publicações Jurídicas

As Distintas Lógicas de Estruturação do Serviço Público Brasileiro: dos Concursos Públicos ao Poder Discricionário de Cargos em Comissão

ELÓI MARTINS SENHORAS

Professor da Universidade Federal de Roraima — UFRR, Especialista, Mestre e Doutor pela Universidade Estadual de Campinas — Unicamp, *Visiting Scholar* na University of Texas at Austin — UT, na Universidad de Buenos Aires — UBA, na Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales — Flacso, México, na Escola Nacional de Administração Pública — ENAP e na National Defense University — NDU, *Visiting Researcher* na University of British Columbia — UBC e na University of California, Los Angeles — UCLA.

ARIANE RAQUEL ALMEIDA DE SOUZA CRUZ

Auxiliar de Pesquisa, Assessora Jurídica, Bacharel em Direito.

As inflexões conjunturais e os marcos estruturais dos cenários nacional e internacional criam estímulos distintos ao longo do tempo no tratamento do serviço público, motivo pelo qual surgem movimentos pendulares de discussão dos recursos humanos na máquina pública brasileira, ora por meio de propostas de fortalecimento, ora por propostas de minimização, que têm conduzido à formação de uma agenda de contratações balizada por lógicas distintas.

O atual contexto de estruturação do serviço público brasileiro é permeado por uma hibridiz cultural de lógicas cumulativamente sedimentada por cargos públicos de provimentos efetivo e em comissão, com regimes jurídicos específicos, além de servidores enquadrados no regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), admitidos com ou sem concurso público.

Em um primeiro plano, os cargos públicos de provimento efetivo são definidos pela sua natureza de aprovação prévia em *concurso público*¹ e se caracterizam pela estabilidade após estágio probatório e organização em carreira, mediante a aplicação de critérios alternados de merecimento e antiguidade.

Segundo Meirelles (2007), a Constituição Federal de 1988 tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração direta e indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

1 "A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração." (CF 1988, art. 37, inciso III)

Por um lado, todo concurso público é um processo seletivo pessoal posto à disposição da Administração Pública para materializar os princípios da moralidade, da eficiência, da isonomia e da meritocracia no serviço público, que afasta os ineptos e apaniguados, que, normalmente, estão locados em repartições públicas pelas indicações políticas ou pelo leilão de empregos públicos.

Por outro lado, todo concurso público deve ser interpretado como um procedimento administrativo de operacionalização do direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos efetivos e empregos públicos, que é decorrente tanto de um primeiro alicerce, caracterizado pelo regime republicano-democrático, quanto de um segundo alicerce, conhecido pelo princípio da igualdade (Motta, 2010).

Em um segundo plano, os cargos públicos de provimento em comissão são definidos pelo instituto da contratação temporária, caracterizando-se, assim, pela livre nomeação e exoneração e com a finalidade de enfrentar situações transitórias e extraordinárias, o que impede a organização em carreira.

O cargo em comissão pode ser entendido como aquele que possui o aspecto de temporalidade e confiança, sendo que este cargo é ocupado por alguém que desfruta da confiança daquele que nomeia. Se ocorrer a quebra da confiança ou a substituição da autoridade que o nomeou, em regra, o ocupante do cargo de confiança não permanece. (Lustosa, 2009, p. 100)

Do ponto de vista normativo, o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 identifica que o provimento de cargos em comissão, em caráter temporário, é baseado no *poder discricionário* no Executivo, Legislativo ou Judiciário, visto que não há exigência do concurso público nestes casos legalmente previstos na carta constitucional².

Do ponto de vista prático, o provimento de cargos em comissão tem sido visto de maneira dicotômica: com aspectos positivos, pela importância na atuação rápida em situações de calamidade ou situações que requerem resposta eficiente e urgente do Poder Público; e com aspectos negativos, pelo desprezo aos limites impostos pela principiologia constitucional, já que falta uma escolha objetiva e técnica, de maneira a tornar sistemática a desproteção do interesse público frente aos personalismos dos interesses privados e partidários.

Com base nesses dois planos basilares de estruturação do serviço público brasileiro (cargos efetivos e em comissão), é observado que existe, *estruturalmente*, na longa duração, uma lógica diferenciada e que nem sempre se coaduna na em função dos interesses políticos, haja vista que os cargos de provimento

2 A faculdade de o administrador público contratar pessoal para cargos em comissão na hipótese de excepcional interesse público deveria ser consistente com a realidade social na qual está inserido, sob a regência incôgnita dos princípios constitucionais implícitos e explícitos que orientam a atuação da Administração Pública no sentido de se buscar o bem da coletividade.

efetivo caracterizam o trabalho funcional do servidor público para os objetivos estruturais do Estado, em contraposição aos cargos de provimento em comissão, que se caracterizam funcionalmente para os interesses conjunturais dos governos.

Porém, na curta duração, desde os anos 1980 e 1990, as contratações no setor público passaram a se estabilizar em um contexto de crise fiscal e de reforma administrativa, o que criou repercussões conjunturais nos dois planos basilares de estruturação do serviço público brasileiro. De um lado, houve redução das equipes técnicas, com alguns cargos estáveis sendo extintos por ocasião das aposentadorias ou transferências para outros setores. De outro lado, um número crescente de cargos em comissão passou a se inserir nos quadros do funcionalismo público como meio de reposição da falta de técnicos efetivos concursados.

O inflamento recente de cargos comissionados temporários revela uma estratégia conjuntural que busca evitar ônus maiores com funcionários concursados permanentes, já que a manutenção de cargos de livre provimento em comissão por um longo período de tempo não cria vínculos estáveis de trabalho, mas, antes, cria uma situação em que o funcionalário está totalmente suscetível à exoneração.

Portanto, há uma aparente contradição, disseminada nos diferentes níveis de poder, em especial nos ex-territórios federais, pois, ao mesmo tempo em que se amplia o número de cargos públicos, também se perde a estabilidade no emprego, ocasionando uma contextualização em que os cargos comissionados cresceram a um ritmo mais acelerado do que os cargos concursados.

Esse crescimento do provimento de cargos em comissão pode ser compreendido pelo abuso do poder discricionário enquanto um fator de estratificação negativa do uso legítimo das prerrogativas conferidas pela Constituição Federal aos agentes públicos, que tem como objetivo, *a priori*, definir em favor do interesse coletivo e em consonância com os princípios que regem a Administração Pública.

É justamente na compreensão histórica de que o poder discricionário tem sido usado de maneira rotineira pelo poder político governamental que se observa que os cargos em comissão, muitas vezes, têm se prestado à abertura de casos de inconstitucionalidade, dando margem a ilícitos e favorecimentos pessoais, o que repercutiu no surgimento de várias distorções na Administração Pública.

Em primeiro lugar, tanto o provimento quanto a exoneração de cargos em comissão tornaram-se práticas correntes no dia a dia da política brasileira como “moedas de troca de favores eleitorais”, as quais são aproveitadas pelo poder discricionário, principalmente pelos dirigentes nos Poderes Executivo e Legislativo, mas também no Judiciário, já que não há exigência de concurso público para servidores não efetivos.

Em segundo lugar, embora as mulheres tenham ampliado sua participação no quadro total de servidores públicos, observa-se que há um problema assimétrico de gênero formado na máquina pública, já que nos chamados “cargos comissionados” existe o maior gargalo da participação feminina, além de permanecer um “teto de vidro”, visível, mas limitante, pois quanto maior o nível funcional, menor é seu preenchimento por mulheres (Coelho, 1999).

Em terceiro lugar, é observado que a privatização dos interesses na nomeação dos cargos comissionados conduziu a um problema amplamente difundido nos Poderes Públicos, o *repetitive*³, que se tornou questionado perante os órgãos judiciais, pois a prática de contratação de familiares não só não encontra fundamento constitucional como ofende o princípio da moralidade administrativa em razão do desvio de poder.

Embora o poder discricionário autorize a contratação de cargos comissionados com o objetivo de se atingir o interesse público, não existe guarda constitucional para os atos privativos dos administradores públicos, que têm transformado em personalismos políticos os interesses do Estado, nomeando para os cargos em comissão apenas e tão somente correligionários, sem justificar a adequação técnica e profissional do servidor (Coutinho; Oliveira, 2009).

Nesse contexto permeado pelos abusos do poder discricionário, a efetiva profissionalização da gestão de pessoas no serviço público deve ganhar destaque estratégico normativo e obrigatório a partir da definição de critérios que justifiquem a ocupação dos cargos e funções comissionados, bem como a definição de mecanismos de certificação profissional.

Segundo Santos (2010), a *certificação profissional*⁴ trata-se de um critério baseado nos princípios do direito público, que se coloca para avaliar a nomeação, definindo objetivamente se os candidatos a cargos em comissão estão aptos tecnicamente para assumir e desempenhar determinadas funções em um cargo, sem afetar a livre nomeação e a livre exoneração dos cargos/funções envolvidos.

A profissionalização do serviço público passa, portanto, por uma necessidade de criar e fazer cumprir critérios objetivos de seleção, tanto de cargos efetivos, por meio de concursos, quanto de cargos em comissão, além de criar condições para que os cargos efetivos possam predominar numericamente sobre

3 A Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal (STF), de 21.08.2008, ao mesmo tempo em que pôs fim ao repetitivo nas nomeações de cargos comissionados no ordenamento jurídico brasileiro em todas as esferas de poder – Legislativo, Judiciário e Executivo – acabou incluindo como um efeito colateral a formação de uma nova estratégia de repetitivo cruzado a fim de limitar os precedentes jurídicos por meio da contratação de uma nomeação tipizada, em que o representante de um poder nomeia o parente ou parente do representante de outro poder, que, em troca, faz política do mesmo ato.

4 Como um importante instrumento do aperfeiçoamento e desenvolvimento de pessoal no Estado de São Paulo, a certificação ocupacional foi instituída com sucesso pelo Decreto nº 53.254, de 21 de julho de 2008, com o objetivo de avaliar profissionais ocupantes de cargos em comissão, em funções de confiança e de nível estratégico.

bre os cargos temporários comissionados, por exemplo, por meio da nomeação de mais cargos de direção e assessoramento a servidores do quadro efetivo.

Nesse contexto, a agenda de profissionalização no setor público deve prever uma política de gestão da força de trabalho que busque aliar a quantidade adequada de servidores à sua devida qualificação por meio de três pilares – reequilíbrio numérico de cargos efetivos e em comissão, novas carreiras e profissionalização de cargos de direção e assessoramento –, induzindo, assim, à profissionalização estrutural do Estado e ao bom funcionamento conjuntural dos governos.

Mas, como a história da Administração Pública brasileira construiu um cenário de afronta ao princípio da razoabilidade, com um número de cargos transitórios de direção, chefia e assessoramento superior ao número de cargos de servidores permanentes e efetivos, torna-se mister, por parte do Poder Judiciário, inserir estímulos para o reequilíbrio da balança, a fim de cumprir os interesses públicos, já que os Poderes Legislativo e Executivo têm nos cargos em comissão uma forte moeda de troca eleitoral.

Profissionalizar o serviço público representa, portanto, objetivar os critérios de seleção para o ingresso de cargos efetivos ou temporários, a fim de possibilitar o fortalecimento de responsabilidades tanto de servidores efetivos, que desempenham estruturalmente suas funções para o objetivo maior do Estado, quanto de servidores em comissão, que respondem, conjuntamente, aos interesses de governo.

REFERÊNCIAS

- COELHO, C. C. Gênero e políticas públicas. In: SILVA, A. L.; LAGO, M. C. S.; RAMOS, T. R. O. (Org.). *Falas de gênero*. Florianópolis: Mulheres, 1999.
- Coutinho, E. R. N.; Oliveira, J. J. R. Ensaio sobre a constitucionalidade do provimento dos cargos em comissão. *Revista Direito e Liberdade*, n. 154, 2009.
- LUSTOZA, H. K. A ética na administração pública brasileira: análise da contratação de familiares para cargos em comissão. *Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná*, n. 4, 2009.
- MARTINS JÚNIOR, W. P. *Proibição administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOTTA, F. Direitos fundamentais e concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Edição Especial, a. 28, 2010.
- SANTOS, T. S. Avaliação de competências: estratégias e elementos para uma gestão do desenvolvimento organizacional e profissional focados em resultados. *Anais do III Congresso Consad de Gestão Pública*. Brasília: Consad, 2010.