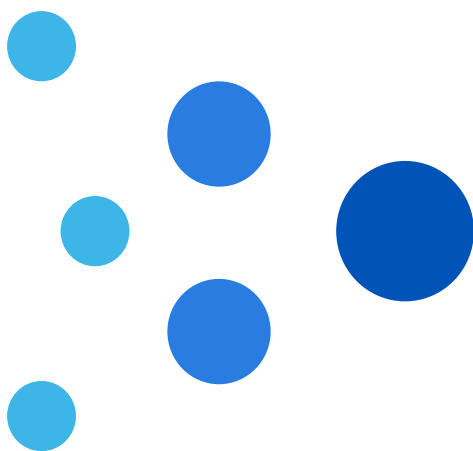


Cargos em comissão

as tendências dos julgamentos
do TCU e do STF



VAMOS

TRANSFORMAR LIDERANÇAS
NO SETOR PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

UMA PARCERIA

FUNDAÇÃO
Lemann 

 **humanize**

República.org



**Movimento
Pessoas à Frente**
JUNTAS POR UM MELHOR ESTADO

 **sbdp**
sociedade brasileira
de direito público

Apresentação

O Movimento Pessoas à Frente tem a convicção de que uma boa política de lideranças e gestão de pessoas no setor público são centrais para transformar o país. Somos uma iniciativa suprapartidária que busca construir coletivamente diretrizes e evidências com objetivo de contribuir para uma gestão mais efetiva do Estado brasileiro, que entregue melhores serviços e políticas públicas para a população. Além disso, ajudamos a construir e viabilizar propostas que criem melhores condições de trabalho para gestores públicos, com foco em lideranças.

Contamos com especialistas, parlamentares, integrantes dos poderes públicos federal e estadual, sindicatos e terceiro setor com visões políticas, sociais e econômicas plurais. Acreditamos que um melhor Estado precisa de evidências de qualidade para pautar suas políticas públicas. Conhecer e compreender profundamente a realidade brasileira e internacional é fundamental para termos decisões melhores e alcançarmos políticas públicas mais eficazes.

Por isso, lançamos a coleção **“Conhecimento em Movimento”**, que reúne os estudos produzidos pelo **Movimento Pessoas à Frente** para contribuir com o debate sobre lideranças públicas, gestão de pessoas, diversidade, equidade, transparência de dados e outros temas relevantes para as agendas com os quais trabalhamos.

Em 2023, lançaremos os textos completos e os respectivos sumários executivos dos seguintes estudos:

1. Sistema de alta direção no Brasil: o que podemos aprender com (as experiências) o Chile e a França
2. Panorama da legislação brasileira da promoção da diversidade no setor público
- 3: Segurança jurídica para lideranças públicas e o “apagão das canetas”
- 4: Cargos em comissão: as tendências dos julgamentos do TCU e do STF

Convidamos você à leitura, às reflexões e ao debate.

Depois da leitura, entre em contato com a gente nas nossas redes. Queremos saber sua opinião e seguir em diálogo, mantendo o conhecimento sempre em movimento.

Secretaria Executiva

Movimento Pessoas à Frente



Relatório

Controle dos cargos de livre provimento

Núcleo de Inovação da Função Pública - sbdp

Coordenação executiva: Conrado Tristão.

Equipe: Ana Luiza Calil, Anna Carolina Migueis, Camila Castro Neves e Ricardo Alberto Kanayama.

Apoio

Vamos (Fundação Lemann, Instituto Humanize, República.org)

Movimento Pessoas à Frente

Introdução

A Constituição de 1988 estabeleceu o concurso como regra para o acesso a cargos e empregos públicos. Nos termos da Carta: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”.

Contudo, o próprio diploma estabeleceu exceções à regra do concurso público, notadamente no âmbito dos cargos e funções de livre provimento (CFLPs).

A Constituição afasta o concurso público das “nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.¹ Prevê ainda requisitos para os CFLPs: “os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.²

No entanto, diante da ausência de uma lei geral que discipline a criação e ocupação dos cargos de livre provimento, o uso desse instituto tem gerado preocupações. A quais tipos de funções destinam-se os CFLPs? Que critérios regulam sua criação? Quais os condicionamentos para sua ocupação?

Tais dúvidas ganham relevância frente ao elevado número de CFLPs na máquina pública.

É relevante destacar que, na prática, existe uma pluralidade de cargos em comissão e funções de confiança. Alguns exemplos na esfera federal são: cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS),³ Funções Comissionadas do Poder Executivo (FCPE),⁴ Funções Comissionadas Técnicas (FCT)⁵ e Funções Gratificadas (FG).⁶ Dentre esses tipos de cargos e funções, apenas o cargo DAS é em comissão – os demais só podem ser atribuídos a servidores efetivos.

Dados recentes mostram que, no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, dos 7.376 Cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) existentes, 3.605 (48,87%) são ocupados por agentes sem vínculo permanente com o Estado.⁷

Em relevantes setores, constata-se a predominância de ocupação dos cargos DAS por agentes sem vínculo com a administração. No âmbito do Ministério da Educação, por exemplo, 54,33% dos cargos DAS são ocupados por agentes sem vínculo efetivo com o Estado.

Nesse cenário, algumas medidas têm buscado organizar e aprimorar a criação e ocupação de CFLPs. Exemplo, em âmbito federal, é o Decreto 10.829/2021.

¹ Art. 37, II.

² Art. 37, V.

³ Lei 5.645/1970

⁴ Lei 13.346/2016

⁵ Medida Provisória 2.229-43/2001

⁶ Lei 8.216/1991

⁷ Boletim da administração direta, autárquica e fundacional, n. 6, junho de 2022, disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-m-da-administracao-direta-autarquica-e-fundacional/boletim-da-adaf-v6.pdf/view>.

O decreto prevê como “critérios gerais para ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança”: idoneidade moral e reputação ilibada; perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo em comissão ou com a função de confiança para o qual tenha sido indicado; e não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.⁸

Prevê também critérios específicos para a ocupação de cargos em comissão hierárquicamente superiores. E estabelece que o “Poder Executivo federal destinará a servidores de carreira, no mínimo, sessenta por cento do total de cargos em comissão existentes na administração pública direta, autárquica ou fundacional”.⁹

Contudo, a medida não esgota todas as questões envolvendo CFLPs, e nem abarca estados e municípios brasileiros. Portanto, permanecem dúvidas quanto às funções critérios que regulam sua criação e condicionamentos em relação aos CFLPs.

Para jogar luz sobre o tema, a presente pesquisa, de cunho exploratório, busca mapear e analisar as grandes questões envolvendo a criação e ocupação de CFLPs no âmbito do controle, notadamente no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Tribunal de Contas da União (TCU). O mapeamento desses grandes temas tem por objetivo verificar se, no âmbito do controle, as preocupações aqui endereçadas encontram alguma resposta. Ou se, em sentido diverso, a jurisprudência do STF e do TCU não auxiliam no esclarecimento das dúvidas apresentadas.

Isso é feito a partir de análise da jurisprudência do STF e TCU. A partir do mecanismo de pesquisa de jurisprudência no site dos tribunais,¹⁰ foi feita busca com a expressão “cargo em comissão”. Como recorte temporal, foi escolhido o período de 3 anos, compreendido entre 01/01/2019 e 01/01/2022. A pesquisa engloba os acórdãos, proferidos pelo plenário ou por alguma das turmas, do STF e do TCU.

No âmbito do STF, foram analisados os processos dos tipos: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Recurso Extraordinário (RE); Agravo em Recurso Extraordinário (ARE); Mandado de Segurança (MS); e Reclamação (Rcl). Já no TCU foram analisados todos os acórdãos mapeados, independente do tipo de processo.

Para complementar a pesquisa, foram identificados ainda os processos julgados anteriores a 2019 mencionados como jurisprudência nos acórdãos.

A primeira seção apresenta mapeamento dos grandes temas na jurisprudência do STF e TCU relacionados à criação e ocupação de CFLPs. Em seguida, a segunda e terceira seções apresentam e analisam os principais temas identificados. Por fim, a quarta seção traz apontamentos que buscam contribuir com a agenda de aprimoramentos aos CFLPs.

⁸ Art. 15.

⁹ Art.27.

¹⁰ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>.

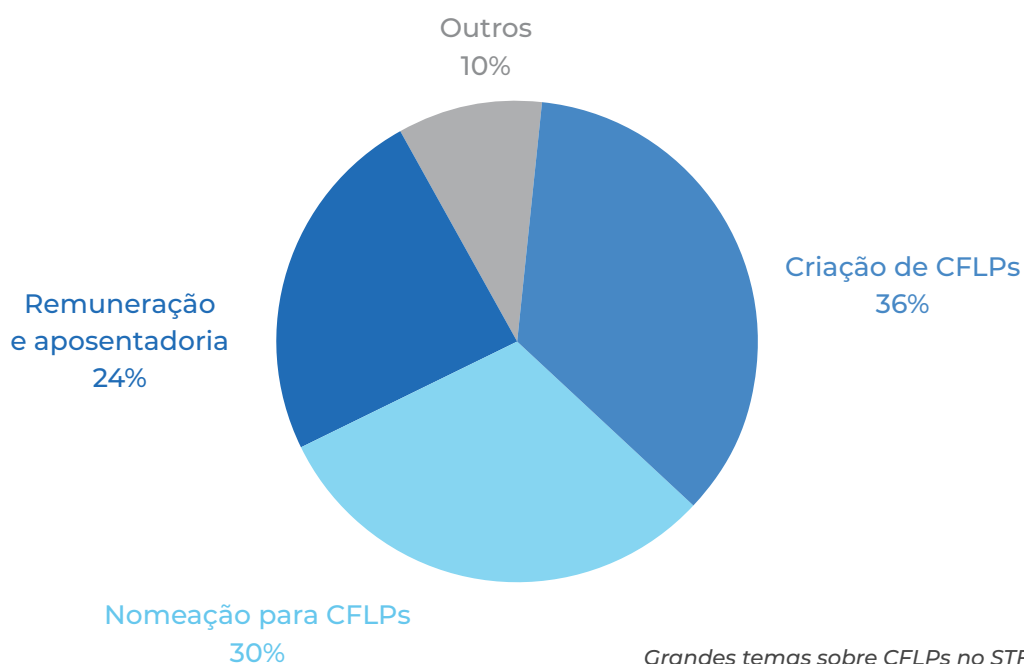
Controle de CFLPs: Quais os grandes temas?

A primeira etapa da pesquisa buscou identificar quais os grandes temas envolvendo CFLPs no âmbito do STF e TCU. Isso foi feito a partir da análise, numérica, da quantidade de decisões emitidas pelo tribunal, bem como por sua classificação em “temas maiores”.

Os grandes temas utilizados foram: (i) criação de CFLPs; (ii) nomeação para CFLPs; (iii) remuneração e aposentadoria; e (iv) outros.

1.1. Grandes temas no STF

No âmbito do STF, as quantidades de decisões por tema foram as seguintes: (i) criação de CFLPs - 22; (ii) nomeação para CFLPs - 19; (iii) remuneração e aposentadoria - 15; e (iv) outros - 6. Confira-se a seguir a distribuição percentual por grande tema das ações envolvendo CFLPs no STF.

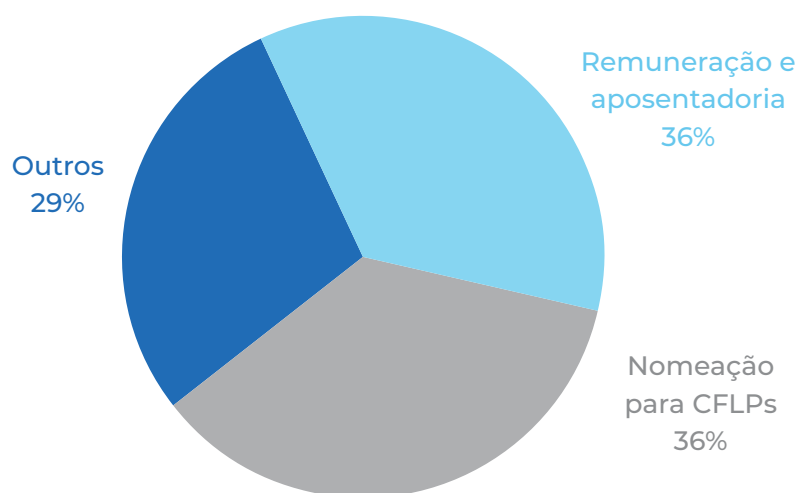


Grandes temas sobre CFLPs no STF (2019-2021)

Como fica claro, os dois principais temas no STF são “criação de CFLPs” e “nomeação para CFLPs” – os quais, juntos, correspondem a 66% das ações analisadas. Em vista de sua relevância, a presente pesquisa focou nesses dois temas.

1.2. Grandes temas no TCU

No âmbito do TCU, as quantidades de decisões por tema foram as seguintes: (i) criação de CFLPs - 0; (ii) nomeação para CFLPs - 5; (iii) remuneração e aposentadoria - 5; e (iv) outros - 4. Confira-se a seguir a distribuição percentual por grande tema das ações envolvendo CFLPs no TCU.



Grandes temas sobre CFLPs no TCU (2019-2021)

Os números mostram que os dois principais temas no TCU, envolvendo CFLPs, são “nomeação para CFLPs” e “remuneração e aposentadoria”.

Relevante esclarecer que o presente relatório foca nos temas “nomeação para CFLPs” e “criação de CFLPs”. A escolha tem por base o entendimento de que tais temáticas estão diretamente conectadas à preocupação com o desenvolvimento de um sistema de alta direção, sobretudo sob o aspecto da estruturação jurídica. Sem prejuízo de análises futuras, o presente relatório, que tem por base a preocupação apresentada, buscará contribuir com o conhecimento sobre criação e nomeação para CFLPs.

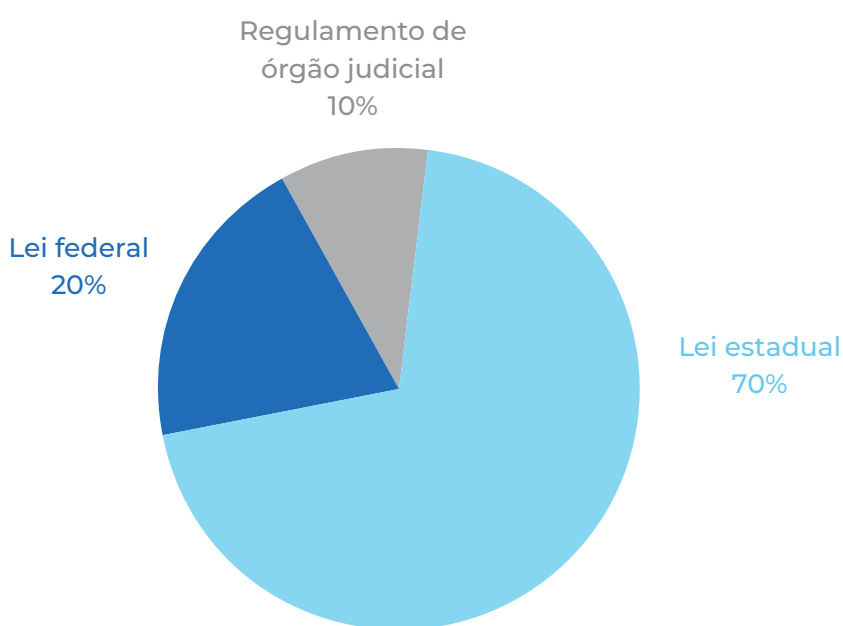
Controle da criação de CFLPs

O controle da criação de CFLPs ocorre, no âmbito do STF, a partir de três aspectos: funções dos CFLPs, quantidade de CFLPs criados e competência para a criação de CFLPs. Antes de adentrar em tais questões, o relatório traz, a seguir, o panorama da jurisprudência do STF aqui analisada.

1.3. Panorama da jurisprudência

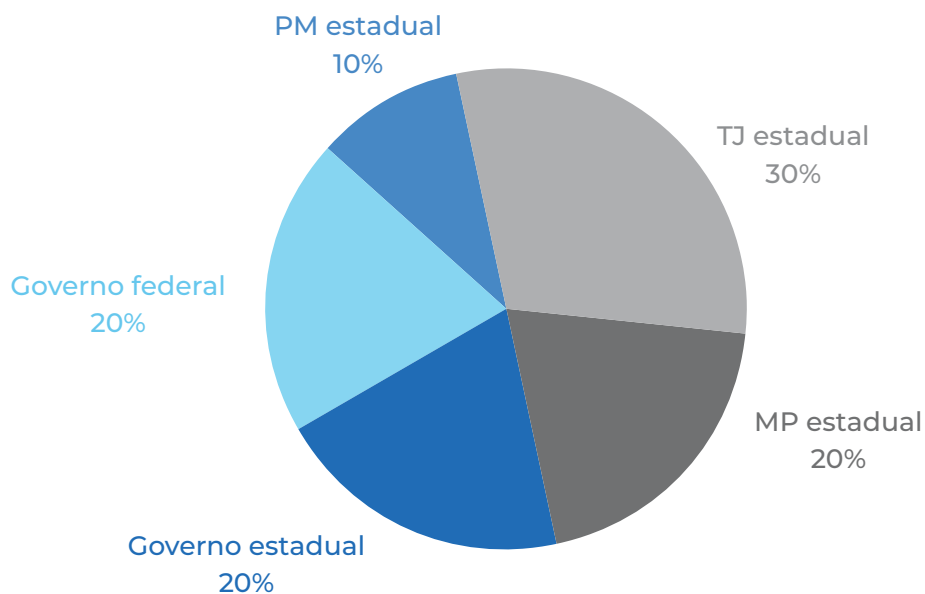
O levantamento de decisões do STF envolvendo o controle da criação de CFLPs identificou 10 ADIs relevantes. Essas decisões foram selecionadas a partir do seguinte critério: ações questionando a constitucionalidade de leis que criaram ou modificaram o regime jurídico de CFLPs. A análise é exaustiva em relação ao período analisado pela pesquisa, abrangendo todas as ADIs dentro do critério exposto.

Com relação aos tipos de normas questionadas, 7 ADIs foram ajuizadas contra leis estaduais, 2, contra leis federais e 1, contra regulamento de órgão judicial. Desse modo, como mostra o gráfico a seguir, a maioria das controvérsias diz respeito ao âmbito estadual.



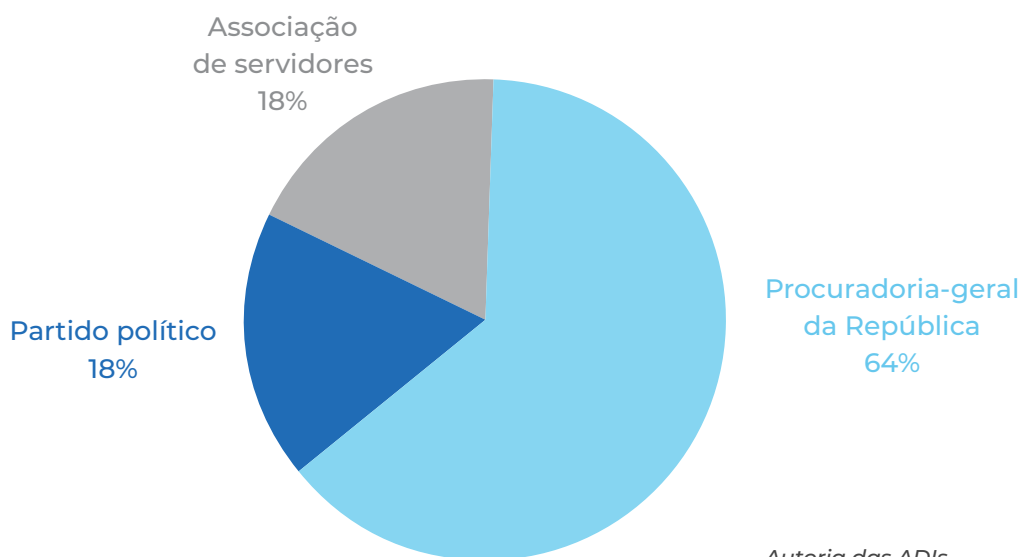
Tipos de normas questionadas pelas ADIs

No tocante aos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) cujos CFLPs foram questionados, tanto Executivo quanto Judiciário foram objeto de 5 ADIs cada. Dentre tais ações, 3 envolveram Tribunal de Justiça estadual, 2, governo estadual, 2, Ministério Público estadual, 2, governo federal e 1, Polícia Militar estadual. O principal âmbito de controvérsia, portanto, é o Judiciário estadual (a partir da soma de ADIs envolvendo Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos estaduais).



Autoridades com CFLPs questionados

Já no tocante à autoria das ADIs, 6 foram ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República (PGR), 2, por partidos políticos, e 2, por associação de servidores. Predominaram, assim, ADIs ajuizadas pela PGR.



Autoria das ADIs

Após a apresentação desse panorama geral das ADIs envolvendo CFLPs, as próximas seções trazem mapeamento do mérito das decisões do STF.



1.4. Atribuições dos CFLPs

Primeira dimensão de análise pelo STF quanto à constitucionalidade de CFLPs volta-se às atribuições dos postos criados. Esse tipo de análise ocorre em ADIs questionando a constitucionalidade de CFLPs, sustentando que as atividades do posto não seriam próprias para “livre provimento”. Isso porque a lei violaria o comando constitucional de que CFLPs “destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Mas o que o STF tem entendido como atribuições próprias de CFLPs?

Elemento frequentemente utilizado pelo tribunal para distinguir CFLPs é a “necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado”.¹¹ Isto é:

*“Imprescindível que exista um vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para o desempenho da atividade de chefia ou assessoramento, o que legitima o regime de livre nomeação e exoneração”.*¹²

Nesse sentido, o STF tem entendido que “viola o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal a criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal”.¹³ Nesses casos, o tribunal entende ser cabível sua intervenção quanto à criação dos postos:

*“Em se tratando de norma por meio da qual criados cargos em comissão para o desempenho de atividades que prescindem de vínculo de confiança e não são voltadas ao propósito de assessorar, dirigir ou chefiar (CF/1988, art. 37, V), a jurisprudência do Supremo é pela possibilidade de intervenção judicial para sanar situação de ilegalidade”.*¹⁴

Para além da questão da confiança, outro elemento utilizado pelo STF para distinguir CFLPs é a atribuição do posto. Aqui o tribunal busca distinguir CFLPs de “cargos burocráticos”.

O STF já decidiu que: “a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais”;¹⁵ “as atribuições do cargo comissionado criado sejam adequadas às atividades de direção, chefia ou assessoramento, não se podendo compreender nesse espectro atividades meramente burocráticas, operacionais ou técnicas”.

O STF busca distinguir “cargos de direção” de “cargos de assessoramento”.

¹¹ Tese 1010 do STF.

¹² Idem.

¹³ ADI 1

¹⁴ ADI 1

¹⁵ Ver repercussão geral de 2018



Em relação aos cargos de direção, o STF entende que “tais funções são aquelas a que se atribui poder de comando”.¹⁶

Já os cargos de assessoramento teriam por objetivo “auxiliar os membros do Poder nomeante no exercício de suas funções”.¹⁷ Ressalva, contudo, que “é possível que cargos de assessoria tenham funções burocráticas associadas às atividades principais, sem qualquer prejuízo à sua natureza de assessoramento”.¹⁸

E quais funções não se caracterizam como de direção ou assessoramento?

Para o STF, “não se admite a criação de tais cargos e funções para o exercício de atribuições meramente executivas ou operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado”.¹⁹

Além disso, entende que “funções permanentes ou de rotina administrativa são próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos”, de modo que “a lei não pode criar cargos ditos de confiança para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos”.²⁰

Mas como esse entendimento do tribunal tem se traduzido em casos concretos? Em seguida, o relatório relata o posicionamento do tribunal em cada Ação Direta de Inconstitucionalidade mapeada envolvendo controle das atribuições de CFLPs pelo STF. Em alguns casos há referência diretamente às leis questionadas. Contudo, por vezes as decisões não são claras quanto à identificação do diploma sob análise, informando apenas, de modo seguro, seu conteúdo.

ADI 5542/RS²¹

A ação questionou a Lei 14.415/2014 do Rio Grande do Sul, que “dispõe sobre criação de cargos no Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências”, criou 90 cargos em comissão de “Assessor de Promotor de Justiça”.²²

A lei prevê como “exemplos de atribuições” do cargo: “assessorar os Promotores de Justiça de entrância inicial na chefia e organização do gabinete, nas funções de órgãos de execução, elaborando minutas de pareceres e demais atos processuais e administrativos, e desempenhar outras atividades que lhe forem atribuídas”.²³

O STF entendeu que, “examinando as atribuições dos cargos (...), conclui-se que eles foram criados em conformidade com os requisitos estipulados pela Constituição Federal, correspondendo efetivamente a atribuições de direção, chefia e assessoramento”.²⁴

¹⁶ ADI 10.

¹⁷ ADI 10.

¹⁸ ADI 16.

¹⁹ ADI 10

²⁰ Idem.

²¹ Julgada em 20/11/2019, Tribunal Pleno, rel. min. Roberto Barroso.

²² Art. 2º

²³ Art. 5º.

²⁴ ADI 11.



ADI 4867/PB²⁵

A ação questionou a Lei 8.223/2007 da Paraíba, que criou 100 cargos em comissão no Tribunal de Justiça do estado, prevendo como sua função:

*“Exercer atividades administrativas de assistência direta aos Gabinetes da Presidência, Vice-Presidência, da Corregedoria-Geral, da Secretaria-Geral, dos Juízes Auxiliares da Presidência, das Secretarias Administrativas, Judiciária, de Planejamento e Finanças, de Recursos Humanos e de Tecnologia e Informação, das Consultorias Jurídicas e Administrativas e das Coordenadorias”.*²⁶

Com base na redação da lei, o STF entendeu que o diploma teria criado cargos “não destinados exclusivamente ao desempenho de funções de direção, chefia ou assessoramento”, reputando “inconstitucional a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado”.²⁷

ADI 3145/DF²⁸

A ação questionou a Lei 10.869/2004, que criou 1.312 cargos DAS, de diferentes níveis, no âmbito do Poder Executivo federal. Com relação às atribuições dos cargos, o diploma prevê apenas que se destine ao “atendimento imediato das necessidades dos órgãos e entidades da administração pública federal e dos demais órgãos criados ou transformados por esta Lei”.²⁹

No caso, o governo alegou que os cargos se destinariam à Polícia Federal, Departamento de Recuperação de Ativos Ilícitos e Departamento Penitenciário Nacional, no Ministério da Justiça; Secretaria da Receita Federal, Secretaria de Previdência Complementar, Instituto Nacional de Seguro Social, Conselho de Controle de Atividades Financeiras; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Comissão de Valores Mobiliários; INCRA e Ministério do Desenvolvimento Agrário; Ministério da Cultura e Advocacia-Geral da União; entre outras.

O diploma previu ainda que “o Poder Executivo disporá, em decreto, na estrutura regimental dos Ministérios, dos órgãos essenciais, dos órgãos de assessoramento direto e imediato ao Presidente da República, das Secretarias Especiais da Presidência da República, da Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União, sobre as competências e atribuições, denominação das unidades e especificação dos cargos”.³⁰

O STF entendeu que o caso “exige o enfrentamento das subseqüentes normas federais que, ao organizar a Administração Pública Federal, dispuseram sobre a denominação e especificação dos cargos criados” – as quais, no entanto, não foram objeto da ação. Desse modo, o tribunal entendeu que os argumentos apresentados na ADI não deveriam ser acolhidos.

²⁵ Julgada em 11/05/2020, Tribunal Pleno, rel. min. Roberto Barroso.

²⁶ Art. 5º, I.

²⁷ ADI 10.

²⁸ Julgada em 03/10/2019, Tribunal Pleno, rel. min. Luiz Fux.

²⁹ Art. 11, caput.

³⁰ Art. 16.



ADI 3174/SE³¹

A ação questionou diversas leis estaduais de Sergipe que criaram o cargo de “Auxiliar de Juiz”, sem especificar suas atribuições. O STF, contudo, entendeu que não haveria inconstitucionalidade, sustentando que:

“Em relação ao cargo de Auxiliar de Juiz, contudo, não vislumbro nenhuma inconstitucionalidade na sua criação. Conforme informado pelo Estado de Sergipe ..., trata-se de típica função de assessoramento, com a finalidade de auxiliar o exercício da atividade jurisdicional, por meio da elaboração de minutas de decisões e pesquisa de doutrina e de jurisprudência”.

ADI 3185/ES³²

Em outro caso, o tribunal analisou leis do estado do Espírito Santo que criaram “cargos de provimento em comissão” e “funções gratificadas” na Secretaria de Estado da Justiça (SEJUS) - órgão responsável pela política penitenciária estadual. Ambas as leis contam com lista dos cargos criados, mas não trazem descrição quanto às suas atribuições – limitando-se a prever que os novos cargos têm por objetivo “atender às necessidades de funcionamento da SEJUS”.

O ministro relator do caso sustentou que, “ante a nomenclatura e o conteúdo do cargo, vale dizer, as atribuições, cumpre homenagear, para defini-lo como de provimento efetivo ou não, a realidade, a prática comum na Administração Pública”.

Nesse sentido, “não há como aferir, pela simples nomenclatura, o descompasso com a Constituição Federal”.

Contudo, o próprio relator entendeu que o cargo de “motorista de gabinete” não seria de livre provimento, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo. O plenário do tribunal, por unanimidade, acompanhou o relator.

ADI 3942/DF³³

A ação questionou a constitucionalidade de lei federal que criava 435 cargos em comissão e funções gratificadas. A lei previa que “o Poder Executivo disporá, em decreto, na estrutura regimental do Ministério de Minas e Energia e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, sobre as competências e atribuições, denominação das unidades e especificações dos cargos”.

A ministra relatora, Carmém Lúcia, não verificou inconstitucionalidade no dispositivo, e sustentou ainda que a previsão “não torna possível, nesse momento, afirmar que os cargos e as funções criados não se enquadram entre aqueles que exigem absoluta confiança”. O tribunal, por unanimidade, reputou improcedente a ação.

³¹ Julgado em 23/08/2019, Tribunal Pleno, rel. min. Roberto Barroso.

³² Julgado em 10/10/2018, Tribunal Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

³³ Julgado em 05/02/2015, Tribunal Pleno, rel. min. Carmem Lúcia.



A tabela a seguir resume pontos fundamentais dos casos analisados pelo STF e aqui apresentados.

ADI	Órgão/ente	Cargo em comissão	Atribuições	Proveu ADI?
ADI 6669/MA	Polícia Militar do Maranhão	“Capelão Religioso”	Prestarão assistência religiosa e espiritual aos militares e seus familiares, bem como aos integrantes do Quadro de Pessoal Civil da Corporação, além de atender a encargos relacionados às atividades de educação moral da PMMA.	Sim
ADI 4867/PB	Tribunal de Justiça da Paraíba	“Assistente de administração ”	“Exercer atividades administrativas de assistência direta aos Gabinetes da Presidência, Vice-Presidência, da Corregedoria-Geral, da Secretaria-Geral, dos Juízes Auxiliares da Presidência, das Secretarias Administrativas, Judiciária, de Planejamento e Finanças, de Recursos Humanos e de Tecnologia e Informação, das Consultorias Jurídicas e Administrativas e das Coordenadorias; II - exercer outras atividades administrativas de confiança não incluídas nas atividades privativas dos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário e que lhes forem cometidas pela autoridade competente.	Sim
ADI 5542/RS	Ministério Público do Rio Grande do Sul	“Assessor de promotor de justiça”	“Assessorar os Promotores de Justiça de entrância inicial na chefia e organização do gabinete, nas funções de órgãos de execução, elaborando minutas de pareceres e demais atos processuais e administrativos, e desempenhar outras atividades que lhe forem atribuídas.”	Não
ADI 3145/DF	Executivo federal	“DAS1,2,3,4, 5e6;FG1,2e 3”	“Atendimento imediato das necessidades dos órgãos e entidades da administração pública federal e dos demais órgãos criados ou transformados por esta Lei [Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome]”.	Não
ADI 3174/SE	Tribunal de Justiça de Sergipe	“Auxiliar de Juiz”	Não diz.	Não
ADI 3185/ES	Secretaria de Estado da Justiça do Espírito Santo	Diversos	“Atender às necessidades de funcionamento da SEJUS”	Parcialmente (apenas para o cargo de “motorista de gabinete”)
ADI 3942/DF	Ministério de Minas e Energia e Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Governo Federal	Cargos DAS e funções gratificadas	Regulamentação por decreto	Não



1.5. Quantidade de CFLPs criados

Outro aspecto de destaque nas ADIs é a quantidade de CFLPs criados. Aqui, o entendimento do tribunal tem sido o de que:

*“Em respeito ao princípio da proporcionalidade e para que não haja desvio de finalidade, é necessário que a quantidade de cargos de provimento em comissão guarde relação de equilíbrio com a quantidade de cargos de provimento efetivo. A lei não pode criar cargos ditos de confiança para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, porquanto restaria vulnerada a destinação dos cargos em comissão estabelecida na Constituição”.*³⁴

Tendo em vista que os cargos comissionados pressupõem função de direção, é natural que os servidores ocupantes de tais cargos exerçam a chefia de equipes de servidores concursados, ocupantes de cargos efetivos, de forma que o número daqueles deve ser consideravelmente inferior ao número destes. Caso contrário, estará configurada ofensa ao princípio da proporcionalidade, pelo afastamento indevido do princípio do concurso público.

Cabe, novamente, analisar como o tribunal tem aplicado tal entendimento na prática.

O art. 11 da Lei federal 10.869/2004 criou 1.321 cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e 1.472 funções gratificadas – FG, no âmbito da Administração Pública federal. O tribunal entendeu que:

“Apesar do número elevado, o quantitativo de cargos em comissão e funções gratificadas criado guardou relação de equilíbrio com os cargos efetivos, de acordo com as informações trazidas à colação. À época da edição da lei impugnada, o quadro geral de servidores da Administração Pública federal apresentava 495.464 vínculos (doc. 4, fls. 59/69), dos quais 20.594 cargos em comissão (DAS) e 20.797 funções gratificadas (FG). Isso significa que o número total de cargos em comissão e funções gratificadas permaneceu inferior a 10% do total de vínculos, de forma que não há se falar em afronta ao princípio da proporcionalidade.”

Em outro caso, o STF analisou lei que mudou os quantitativos mínimos de ocupação de cargos em comissão por servidores efetivos.

A Lei 10.678/2016 da Paraíba excetuou os cargos em comissão de assessor de procurador e de promotor de Justiça dos cargos sujeitos por lei ao preenchimento de 50% das vagas por servidores efetivos. Tais cargos representavam 277, de um total de 397 cargos em comissão.

No Caso, o STF entendeu que “o percentual de 15% do total de cargos em comissão reservado aos servidores de carreira não atende ... ao comando do art. 37, V, da Constituição Federal”.³⁵

³⁴ ADI 13

³⁵ ADI 2



Outra ação³⁶ envolveu a Lei 11.075/2004, que criou, no âmbito do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Governo federal, 435 cargos em comissão (DAS) e funções gratificadas.³⁷

A ministra relatora do caso, Carmém Lúcia, entendeu que a quantidade de cargos criados teria respeitado a proporcionalidade. Isso porque: “as funções de confiança só podem ser ocupadas por servidores de carreira”, e quanto aos cargos em comissão, a Constituição ordenaria reserva de percentual aos servidores efetivos. Além disso, a criação dos cargos e funções teria sido precedida por “abrangente processo de consulta (...) e de um diagnóstico de autoavaliação”, e “decorreu da necessidade de reorganização da sua estrutura organizacional para compatibilizá-la com as necessidades do setor produtivo”. O plenário acompanhou, por unanimidade, o entendimento da ministra relatora.

1.6. Competência para criação de CFLPs

Por fim, o terceiro aspecto de destaque nas ações analisadas é a questão da competência para criação de CFLPs.

Em um dos casos, o STF analisou a constitucionalidade da lei, cujo projeto foi proposto pelo Poder Legislativo, estabelecendo a reserva de 50% dos cargos em comissão a servidores de carreira, no âmbito do Poder Executivo do Distrito Federal.

O tribunal declarou a inconstitucionalidade da norma, entendendo que “as condições e percentuais mínimos para o preenchimento de cargos em comissão devem ser delineadas em lei ou Constituições estaduais, cujo processo legislativo é reservado à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo”.³⁸

Com relação ao instrumento jurídico para criação de cargos em comissão, o STF fixou a tese de que “é inconstitucional ato normativo infralegal de tribunal que cria cargo ou função pública, transforma cargo em comissão com aumento de despesa e institui gratificação em favor de servidores públicos”. No caso, o tribunal analisou a criação de cargos em comissão a partir de regulamentos editados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.³⁹

1.7. Balanço crítico do controle da criação de CFLPs

A partir das ações analisadas, é possível traçar uma radiografia das principais controvérsias envolvendo a criação de CFLPs. Em termos gerais, a maioria das ações foi proposta pela PGR (64%), versa sobre normas estaduais (70%) e volta-se a CFLPs no âmbito do Poder Judiciário estadual - Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos estaduais (50%).

³⁶ ADI 25

³⁷ Art. 2º

³⁸ ADI 4

³⁹ ADI 15



Tal cenário sugere a necessidade de regulamentação do tema em âmbito estadual, sobretudo no Poder Judiciário. Isso significa que apenas a existência de norma federal, voltada para o Poder Executivo, não é suficiente para endereçar a maioria das controvérsias envolvendo a criação de CFLPs.

Com relação à natureza dos CFLPs, a jurisprudência do STF mostra, de um lado, a tentativa de construção, em âmbito abstrato, de uma diferenciação entre CFLPs e outras atividades da administração. Mas, de outro lado, ao decidir em casos práticos, o tribunal tem demonstrado inconsistências com relação ao seu próprio marco teórico. O controle tem se mostrado, portanto, sobretudo casuístico.

De modo semelhante, o tribunal não apresenta parâmetros claros para o controle da quantidade de CFLPs criados. E quanto à competência, não esclarece a possibilidade de regulamentação das atribuições do cargo por meio de lei.

Os dados sugerem um cenário de controle da criação de CFLPs sobretudo “a posteriori”. Isto é, na falta de parâmetros claros, sobretudo quanto à natureza e quantidade de CFLPs, as dúvidas são decididas posteriormente (após vários anos da criação dos postos).

Controle da ocupação de CFLPs

O segundo tema de grande incidência nas jurisprudências de STF e TCU é o controle das nomeações para cargos de livre provimento. As decisões analisadas podem ser divididas em dois subtemas: (i) nepotismo e (ii) inabilitação. O tema do nepotismo tem lugar no âmbito do STF, enquanto a questão da inabilitação faz-se presente no TCU.

1.8. Nepotismo

Nepotismo pode ser definido como a “concessão de privilégios ou de cargos na administração pública sob o exclusivo influxo dos laços de parentesco”.⁴⁰ Pode ser o caso, por exemplo, quando um prefeito nomeia um filho para cargo de direção em determinado órgão municipal.

Para coibir tal prática, no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2005, editou a Resolução n. 7, segundo a qual “é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário”.⁴¹ A norma traz, de modo não exaustivo, hipóteses de nepotismo.

⁴⁰ RODRIGUES, J. G. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. Revista de Direito Administrativo, v. 260, p. 203-229, 1 jan. 2012, p. 205.

⁴¹ Art. 1º



Alguns anos depois, em 2008, o STF aprovou a Súmula Vinculante n. 13, que estendeu a vedação do nepotismo aos demais Poderes, em âmbito nacional. Segundo a súmula:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

1.8.1. Controle do nepotismo pelo STF

No STF, a maioria das controvérsias sobre nepotismo tem ocorrido no âmbito de “reclamações constitucionais”, envolvendo a questão dos “cargos políticos”.

A reclamação consiste em ação que pode ser ajuizada junto ao STF contra “decisão judicial ou do ato administrativo ue contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente”.⁴²

Quando “julgar procedente a reclamação”, o STF “anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida”.⁴³

Após a edição da Súmula Vinculante n. 13, no entanto, os ministros do STF passaram a divergir quanto à abrangência da norma, notadamente em relação a cargos políticos.

Poucos anos após a edição da Súmula Vinculante n. 13, em 2008, o plenário do tribunal emitiu decisão afastando a aplicação da súmula de “cargo de natureza política” – no caso, o cargo de secretário estadual.⁴⁴ Desde então consolidou-se entendimento majoritário⁴⁵ no STF de “não ser vedada a nomeação de parentes da autoridade nomeante quando o cargo para o qual forem designadas for de natureza política”. Assim, “tal prática não configura nepotismo”.⁴⁶

O principal argumento, nesse sentido, é que “não há em nenhum dos precedentes que deram ensejo ao nascimento da Súmula Vinculante n. 13, nem nas discussões, nos debates, para finalizar o próprio enunciado, remissão aos cargos políticos”.⁴⁷

⁴² Lei 11.417/2006, art. 7º, caput.

⁴³ Idem, ibidem, § 2º.

⁴⁴ Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008

⁴⁵ É o que reconhece o próprio tribunal: “a jurisprudência desta Corte tem excepcionado a regra sumulada e garantido a permanência de parentes de autoridades públicas em cargos políticos” (Rcl 19010/SC, j. 05/08)

⁴⁶ Rcl 19010/SC, j. 05/08 47 Rcl 31.316, j. 05/08

⁴⁷ Rcl 31.316, j. 05/08



Contudo, é relevante assinalar que alguns ministros têm defendido a aplicação da Súmula Vinculante n. 13 inclusive sobre cargos entendidos como de natureza política. A preocupação, aqui, é que:

“Enquanto a escolha do Prefeito depende do voto e a dos servidores, titulares de cargos públicos com funções administrativas, da aprovação em concurso público, não se teria controle sobre a investidura nos chamados cargos políticos não eletivos, exercidos por auxiliares, de alto nível, presumindo-se técnicos, do Chefe do Executivo.”⁴⁸

Ainda que a maioria do tribunal acolha a exceção do cargo político, sustenta que “em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso”;⁴⁹ a fim de verificar a ocorrência de “fraude à lei, nepotismo cruzado ou manifesta ausência de qualificação técnica”.⁵⁰

Por conta disso, o tribunal entende que:

“Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante no 13.”⁵¹

O tribunal entende, no entanto, que “a reclamação não é meio idôneo para avaliar a ocorrência de vício em suas nomeações”.⁵² Nesse sentido:

“A reclamação é remédio que não se coaduna com a atividade instrutória, razão pela qual inviável o exame, nesta via, acerca da presença dos elementos caracterizadores do nepotismo no caso concreto, no tocante à aptidão técnica do agente político para o cargo em que foi investido.”⁵³

1.8.2. Panorama da jurisprudência atual

A pesquisa mapeou 9 acórdãos do STF no âmbito de reclamações envolvendo a nomeação de parentes para cargos políticos – todas no âmbito de municípios. Os acórdãos foram selecionados com base no seguinte critério: ações de reclamação questionando leis ou atos de nomeação sob o argumento de que violariam a vedação ao nepotismo. 7 reclamações foram ajuizadas contra atos administrativos de nomeação (78%), enquanto as 2 restantes foram impetradas contra decisões de Tribunais de Justiça estaduais (22%). A prevalência, portanto, foi de reclamações diretamente contra atos de nomeação.

⁴⁸ Rcl 32.475, j. 21/02

⁴⁹ Rcl 7590, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 14.11.2014

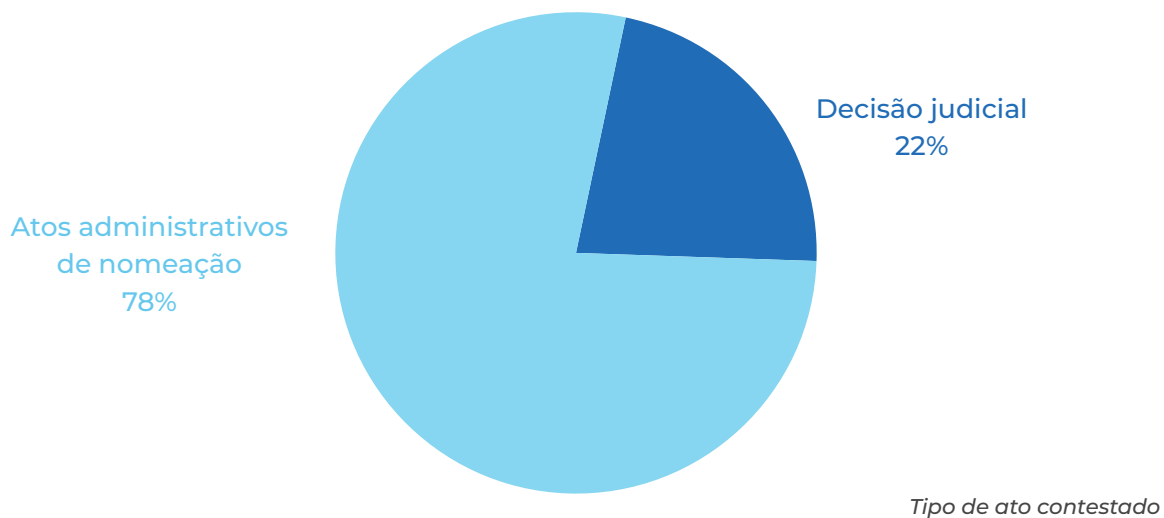
⁵⁰ Rcl 26448

⁵¹ Rcl 7590, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 14.11.2014

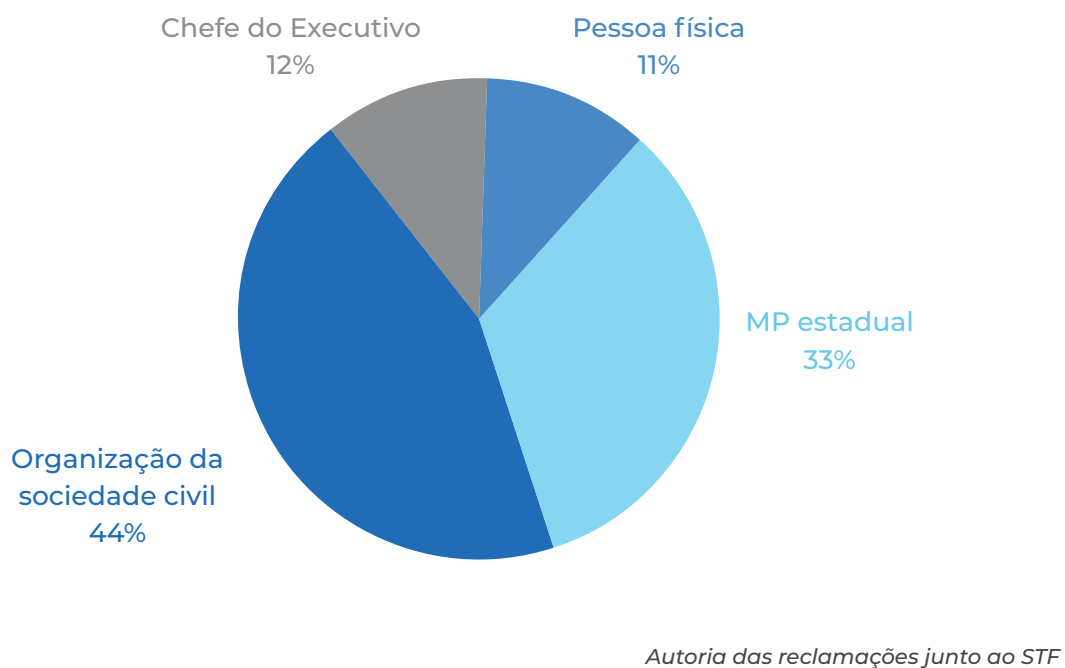
⁵² Rcl 29317/2019

⁵³ Rcl 32.475





Com relação à autoria das reclamações, 4 foram ajuizadas por organização da sociedade civil (11%), 3, por Ministérios Públicos estaduais (33%), 1, por chefe do Executivo (11%) e 1, por pessoa física (11%).



Por fim, com relação ao resultado dos julgamentos, em 8 das decisões o STF julgou as reclamações improcedentes, com base no entendimento de que a Súmula Vinculante n. 13 não abrangeria cargos políticos, e que a reclamação não seria meio apto para verificação de irregularidades na nomeação.

Apenas em 1 das reclamações o STF reconheceu a ocorrência de nepotismo. O caso envolvia a nomeação de diversos parentes por prefeito (um total de 7 parentes). O tribunal entendeu que estaria configurado “conflito de interesse”, ensejando a aplicação da Súmula Vinculante n. 13. Segundo o ministro relator do caso:

“Os elementos trazidos nesta reclamação, diferentemente do que se deu em outras hipóteses, denotam grave desvio em relação ao que se fixou na Súmula Vinculante. Um total de sete cidadãos guardando estreito vínculo de parentesco com a autoridade responsável pela fiscalização de sua atividade foram nomeados. A relação de parentesco, disseminada de forma tão evidente, constitui verdadeiro desvio da orientação sumulada e compromete a prestação moral e eficiente do serviço público.”⁵⁴

1.8.3. Balanço crítico da jurisprudência atual

Após a apresentação das informações gerais sobre as decisões do STF, a presente seção busca fazer um balanço crítico da atuação recente do tribunal, a partir dos acórdãos analisados.

Quais são os “cargos de natureza política”?

Questão relevante no âmbito do nepotismo diz respeito ao próprio entendimento do STF acerca de quais seriam os “cargos de natureza política”.

Há decisões em que o tribunal entende como “cargos políticos” os ministros, no âmbito do governo federal, e secretários, nos estados e municípios:

“A grande distinção é que a construção do enunciado se refere especificamente ao art. 37, V, CF/1988, e não a cargos políticos e nomeação política. A previsão de nomeação do primeiro escalão do chefe do Executivo está no art. 84 da Constituição Federal, tal entendimento deve ser aplicado por simetria aos Secretários estaduais e municipais (art. 76, da CF/1988)”⁵⁵

Contudo, em termos abstratos, ministros do tribunal frequentemente descrevem “cargos políticos” como “de livre nomeação e exoneração, cuja indicação é fundada na fidúcia”.⁵⁶ A conceituação de cargos políticos a partir do elemento da confiança (fidúcia), no limite, poderia abranger qualquer cargo em comissão (para além de ministros e secretários).

⁵⁴ Ag. Reg. na Rcl 26448/RJ, rel. Min. Edson Fachin, j. 20.12.2019.

⁵⁵ Rcl 31.732

⁵⁶ Ver, por exemplo, Rcl 26448 EmDcl2 no AgRg



Tal dualidade parece se refletir nos casos analisados.

Na maioria dos acórdãos mapeados (8 acórdãos), os cargos envolvidos eram de secretários municipais: Secretário Municipal de Administração e Finanças; Secretária Municipal de Assistência Social; Secretária Municipal de Assistência Social, Trabalho e Habitação; Secretária Municipal de Administração e Secretária Municipal de Assistência Social; Secretária de Assistência Social, Secretária da Mulher, Secretário de Aviação e Secretária Municipal de Educação; Secretária de Saúde; Secretária de Assistência Social, Secretário de Finanças, Secretário de Agricultura e Secretária de Administração; e Secretária de Assistência Social. Não há especificação quanto às atribuições ou funções de cada um dos cargos.

No entanto, em um dos casos mapeados (o único no qual o STF reconheceu a ocorrência de nepotismo), o tribunal cassou nomeações tanto para cargos de secretário (“Secretário Municipal de Governo”, “Secretário Municipal de Gabinete” e “Secretário Municipal de Saúde”), como para “Procurador-Geral do Município”, “Superintendente Técnica de Educação Especial”, “Diretora de Orientação Educacional” e “Diretor de Tecnologia e Informática”.⁵⁷

Qual a instância de controle do nepotismo?

Como apontado, das 9 decisões do STF mapeadas, em 7 o tribunal negou provimento à reclamação com base no entendimento de que a Súmula Vinculante n. 13 não se aplica a cargos políticos e que a reclamação não é meio hábil para análise de fraude à lei ou da qualificação do nomeado.

Então qual seria o meio para aferição de tais elementos?

Em determinados votos, os ministros sustentam que caminho processual que permitiria tal análise é o ajuizamento de ação civil pública (ACP)⁵⁸ contra o ato de nomeação.⁵⁹

Tal ação apresenta diferenças com relação à reclamação. Vale destacar as duas mais relevantes para o presente relatório.

Há diferença com relação às pessoas que podem propor a ação. A reclamação apresenta espectro mais amplo de atores que podem ajuizá-la – além do Ministério Público, pode ser proposta por “parte interessada”.⁶⁰ Desse modo, pessoas físicas que eventualmente se sintam prejudicadas podem ingressar com a reclamação junto ao STF. Já na ACP, a pessoa física precisa “provocar a iniciativa do Ministério Público”.

⁵⁷ RCL 26448

⁵⁸ Prevista na Lei 7.347/1985.

⁵⁹ Rcl 3599556

⁶⁰ Código de Processo Civil, art. 988, caput.



Além disso, há diferença com relação ao juízo competente para conhecer a ação. Enquanto a reclamação é ajuizada diretamente junto ao STF, a ACP deve ser proposta no “foro do local onde ocorrer o dano”,⁶¹ cabendo recurso ao Tribunal de Justiça estadual. Tal fato tem pelo menos duas consequências: sujeita a ação a toda sistemática de recursos cabíveis contra uma decisão de primeira instância – potencial alongamento do processo; depende do entendimento de cada juiz e tribunal quanto à configuração de nepotismo (consequência que será aprofundada no próximo tópico).

Insegurança jurídica no controle do nepotismo em “cargos políticos”

O entendimento majoritário no STF é que as reclamações junto ao tribunal não comportam análise da ocorrência de nepotismo em cargos políticos. O meio processual para fazê-lo seria, por exemplo, o ajuizamento de ACP – junto a tribunais de primeira instância.

Contudo, as decisões do STF mapeadas sugerem a ausência de entendimento uniforme na Justiça local.

O primeiro caso envolveu reclamação ajuizada por prefeito contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve sanções devido à ocorrência de nepotismo. O tribunal entendeu que a nomeação de parente para o cargo de “Secretária Municipal de Administração” violaria a Súmula Vinculante n. 13:

“Ainda que se trate de cargos de natureza política, devem ser preenchidos de modo a atender ao interesse público, com pessoas qualificadas e capacitadas, ainda que de livre escolha da autoridade nomeante, não devendo recair sobre parentes por constituir razão objetiva de suspeição quanto ao real motivo da escolha. Não pode o chefe de Poder tratar a máquina pública como coisa privada e fazer dela entidade familiar, compondo a equipe de governo com membros da sua família. Configurada hipótese de improbidade administrativa por violação ao princípio constitucional da moralidade e ao comando da Súmula Vinculante no 13, do STF, mediante interpretação mais flexível para atendimento de interesses pessoais.”

O segundo caso envolveu reclamação contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina revertendo decisão de primeira instância que reconheceu a prática de nepotismo. O argumento do tribunal foi de que a Súmula Vinculante n. 13 não seria aplicável a “cargos políticos”, mencionando decisão do próprio STF:

“A jurisprudência do STF preconiza que, ressalvada situação de fraude à lei, a nomeação de parentes para cargos públicos de natureza política não desrespeita o conteúdo normativo do enunciado da Súmula Vinculante 13 (RE n.o 825682. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.02.2015).”

Como fica claro, com base na Súmula Vinculante n. 13, e em outras decisões do STF, tribunais locais têm manifestado entendimentos divergentes quanto ao tratamento conferido a cargos políticos quanto ao nepotismo.

⁶¹ Art. 2º, caput.



2.2. Inabilitação para ocupar cargos em comissão

A questão da inabilitação para ocupar cargos em comissão tem lugar nas decisões do TCU, consistindo no principal tema no tribunal relativo ao controle de CFLPs.

Em que consiste a inabilitação?

A Lei Orgânica do TCU prevê que “sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública”.⁶²

O regimento interno do tribunal também contém regras sobre a sanção de inabilitação: “o tribunal deliberará primeiramente sobre a gravidade da infração”,⁶³ “se considerada grave ..., por maioria absoluta de seus membros, ... decidirá sobre o período de inabilitação a que ficará sujeito o responsável”.⁶⁴ Prevê ainda que “o tribunal manterá cadastro específico das sanções aplicadas”.⁶⁵

O levantamento mapeou 5 decisões nas quais o TCU aplica a sanção de inabilitação para ocupar CFLPs. Em 4, o tribunal determinou a aplicação da penalidade de inabilitação. Na decisão restante, o TCU rejeitou recurso, confirmando a aplicação da penalidade de inabilitação. As cinco decisões, portanto, resultaram em inabilitação para ocupação dos cargos.

A diferença é apenas que, no quinto caso, o tribunal analisou o recurso.

Ainda que o recorte seja relativamente pequeno, tais decisões permitem mapear tendências no tribunal no âmbito da aplicação da inabilitação. Duas questões se mostram relevantes: os elementos para caracterização de uma infração como “grave”; e a forma de cálculo do período de inabilitação.

Com relação aos elementos necessários para caracterização da conduta como grave, as decisões do TCU mapeadas trazem entendimentos não necessariamente alinhados. Confira-se os excertos de decisões do TCU sobre os elementos necessários para configuração de infração “grave”:

“Participação de servidor público em ato que resultou em dano ao erário (i.e., pagamentos indevidos por bens e serviços em licitações, sem o respectivo recebimento)”.⁶⁶

“Condutas que envolvam fraude à licitação, atos dolosos ou de corrupção que determinem prejuízo ao erário ou aos princípios constitucionais ou, pontualmente, para atos culposos de consequências extremamente gravosas”.⁶⁷

⁶² Lei 8.443/1992, art. 60

⁶³ Art. 270, § 1º.

⁶⁴ Idem, § 2º.

⁶⁵ Art. 272.

⁶⁶ Acórdão 2140/2021 - Plenário

⁶⁷ Acórdão 2131/2021 - Plenário



“A aplicação da sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal (art. 60 da Lei 8.443/1992) independe da existência de locupletamento, desvio, desfalque ou qualquer espécie de irregularidade de que tenha resultado dano ao erário”.⁶⁸

Já com relação à forma de cálculo do período de inabilitação, cabe destacar que, no geral, as decisões mapeadas não trazem fundamentações concretas que motivem a quantidade de anos da sanção. Nesse sentido, inclusive, vale destacar o seguinte excerto:

“A dosimetria das penas aplicadas está orientada por juízo discricionário de valor acerca da gravidade das irregularidades verificadas no presente caso, tendo como limites apenas aqueles fixados legal e regimentalmente”⁶⁹

2.2.1. Balanço crítico da jurisprudência atual

As decisões mapeadas do TCU relativas à inabilitação para ocupar cargos em comissão permitem apontamentos críticos. Tanto no âmbito da caracterização de “infração grave”, como no cálculo das penas, a principal questão parece ser a ausência de critérios claros.

Quais os critérios para aplicação da inabilitação?

Chama a atenção na jurisprudência do TCU a questão dos critérios para classificação de infração como grave. O tribunal utiliza como elementos indicativos da gravidade: “dano ao erário”; “prejuízo ... aos princípios constitucionais” e “atos culposos de consequências extremamente gravosas”.

A conceituação de “grave”, a partir dos elementos utilizados pelo TCU, parece comportar grande valoração subjetiva, dificultando a construção de entendimento mais amplo acerca de quais condutas podem ou não ensejar a inabilitação.

Além disso, em uma das decisões analisadas, o tribunal sustenta que a inabilitação “independe” de “qualquer espécie de irregularidade que tenha resultado dano ao erário”. A posição parece se contrapor ao entendimento de que a inabilitação seria consequência de dano “grave” ao erário – tornando ainda mais complicada uma definição geral quanto às hipóteses de incidência de tal sanção.

Do mesmo modo, as decisões não trazem maior fundamentação para o cálculo das sanções de inabilitação. Sustenta-se, por outro lado, que o tribunal teria discricionariedade para aplicar pena compreendida entre os limites legais. Tal aspecto também dificulta a compreensão geral dos parâmetros utilizados pelo TCU para aplicação da sanção de inabilitação.

⁶⁸ Acórdão 1624/2019 - Plenário

⁶⁹ Acórdão 1624/2019 - Plenário



Apontamentos críticos para o aprimoramento do controle de CFLPs

Após a análise da jurisprudência sobre controle dos cargos de livre provimento, essa última seção busca fazer apontamentos úteis ao aprimoramento no uso dos cargos de livre provimento.

1) Definição das funções dos cargos de livre provimento:

A análise dos casos envolvendo controle da função dos cargos de livre provimento mostra que, em suas decisões, o STF parece não ter clareza sobre os conceitos de “direção” e “assessoramento”.

Além disso, as decisões mostram que o controle da criação de cargos em comissão se mostra casuística: em alguns casos, o STF parece decidir sobre as funções do cargo criado apenas com base na nomenclatura utilizada pela lei. Desse modo, há caso em que, devido à palavra “auxiliar”, o STF entendeu não se tratar de cargo voltado ao “assessoramento”.

Para o aprimoramento do controle dos cargos de livre provimento parece necessário que se adote melhor definição quanto às funções de “direção” e “assessoramento”.

2) Diminuição das demandas judiciais a partir da definição “a priori” das questões envolvendo a criação de CFLPs:

A falta de critérios pré-estabelecidos acaba por ensejar o aumento de demandas ao judiciário, uma vez que os casos acabam por se resolver de modo casuístico.

Nesse sentido, a definição prévia do regime dos CFLPs contribuiria para reduzir custos da justiça, e assegurar com maior celeridade o cumprimento de mandamentos constitucionais

3) Articulação de grupos sociais voltados ao acompanhamento de nomeações:

Os casos mostram um controle exercido sobretudo por autoridades públicas. Nesse sentido, pode ser interessante um acompanhamento mais intenso por parte da sociedade civil organizada.

4) Definição quanto à exceção dos cargos políticos no âmbito do nepotismo:

Mostra-se necessária a definição dos casos de cargo político no âmbito das ações envolvendo nepotismo. O risco aqui é que a falta de definição acabe por comprometer a própria eficiência da Súmula, uma vez que a exceção pode abarcar, em princípio, qualquer cargo de livre provimento.





Movimento Pessoas à Frente

JUNTAS POR UM MELHOR ESTADO

Conheça nossas iniciativas:

movimentopessoasafrente.org.br

