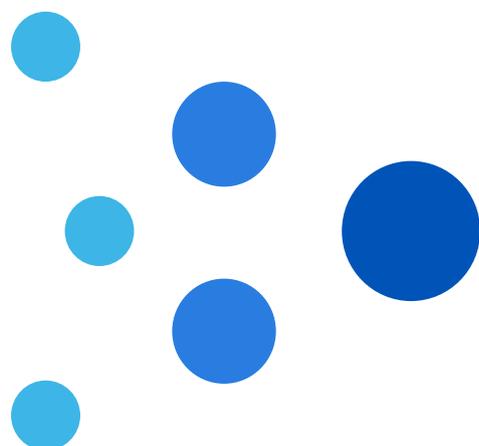


Sumário Executivo

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

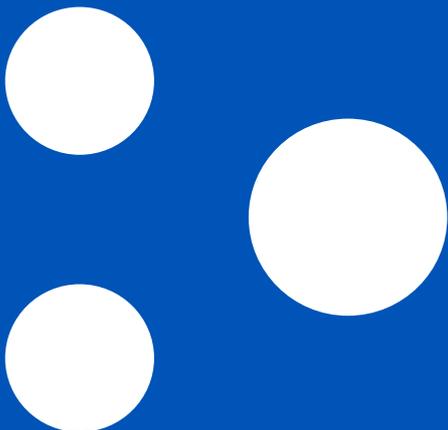
Introdução

A Constituição de 1988 estabeleceu o concurso como regra para o acesso a cargos e empregos públicos. No entanto, o próprio texto constitucional estabeleceu exceções a essa regra, especialmente no caso dos cargos e funções de livre provimento (CFLPs), que dependem de processos seletivos simplificados para o preenchimento. A própria Constituição define requisitos específicos para os CFLPs, limitando-os às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Entretanto, a ausência de uma lei geral que discipline a criação e ocupação dos CFLPs tem gerado preocupações e incertezas. Questões como a definição das funções dos CFLPs, os critérios para sua criação e os requisitos para sua ocupação permanecem sem regulamentação clara. Embora algumas medidas tenham sido tomadas para organizar e aprimorar a criação e ocupação dos CFLPs, como o Decreto 10.829/2021 no âmbito federal, ainda existem dúvidas e desafios significativos, especialmente nos estados e municípios brasileiros.

Este sumário executivo sintetiza os resultados de uma pesquisa exploratória que mapeou e analisou os principais temas relacionados à criação e ocupação de CFLPs no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Tribunal de Contas da União (TCU). Essa pesquisa se baseou na análise da jurisprudência de ambos os órgãos, com foco em processos como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Recurso Extraordinário (RE), Mandado de Segurança (MS) e outros. O objetivo foi identificar padrões nas decisões sobre a criação de novos CFLPs. Foi considerado o período de 2019 a 2022.

As evidências identificadas se referem ao mapeamento dos principais temas na jurisprudência do STF e TCU relacionados aos CFLPs. Ao final são relacionados apontamentos para contribuir com melhorias na regulamentação e gestão dos CFLPs.



Controle de CFLPs: Quais os grandes temas?

Os grandes temas analisados foram:

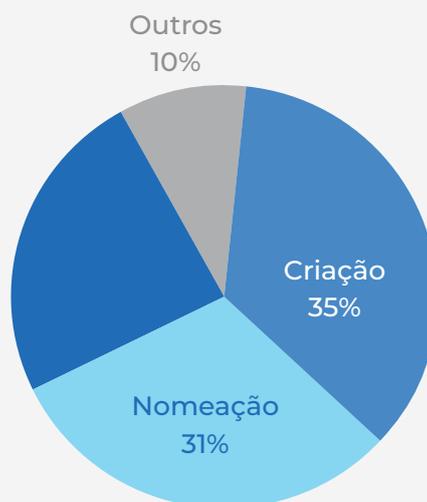
I - criação de CFLPs; II - nomeação para CFLPs; III - remuneração e aposentadoria; e IV - outros.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No STF, a distribuição da frequência das decisões por tema foi a seguinte:

I - criação de CFLPs - 22;
II - nomeação para CFLPs - 19;
III - remuneração e aposentadoria - 15; e
IV - outros - 6.

Remuneração
e aposentadoria
24%



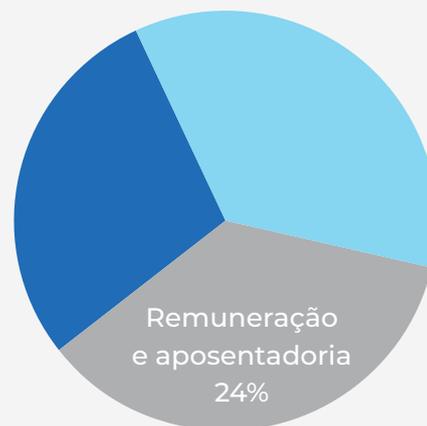
Grandes temas sobre CFLPs no STF (2019-2021)

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No TCU, a distribuição da frequência das decisões por tema foi a seguinte:

I - criação de CFLPs - 0;
II - nomeação para CFLPs - 5;
III - remuneração e aposentadoria - 5; e
IV - outros - 4.

Outros
29%



Grandes temas sobre CFLPs no TCU (2019-2021)

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.



Panorama da jurisprudência

Foram analisadas 10 Ações Diretas de Inconstitucionalidade relevantes por questionarem 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.

Tipos de normas questionadas:

- 7 ações contra leis estaduais,
- 2 ações contra leis federais e
- 1 contra regulamento de órgão judicial.

Poderes questionados com as ações (ADI) analisadas:

- 5 contra o Poder Executivo;
- 5 contra o Poder Judiciário,

Esfera de administração:

- Tribunal de Justiça estaduais, 3 ações,
- Governo estadual, 2 ações,
- Ministério Público estadual, 2 ações,
- Governo federal, 2 ações,
- Polícia Militar estadual, 1 ação.

Responsável por ajuizar a ação:

- Procuradoria Geral da República, 6 ações,
- Partidos políticos, 2 ações,
- Associações de servidores, 2 ações.

Quantidade de CFLPs criados

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”



Competência para criação de CFLPs

1. O STF entende 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”.
2. 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”.

Análise de mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo STF

O STF tem entendido como atribuições próprias de CFLPs?

1. O STF tem entendido que são constitucionais os cargos em comissão destinados a funções para cujo desempenho é necessária a confiança pessoal.

“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”

2. Outro elemento utilizado pelo STF para distinguir CFLPs é a atribuição do posto: é importante 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”.

3. O STF busca distinguir “cargos de direção” de “cargos de assessoramento”: Em relação aos cargos de direção, o STF entende que “tais funções são aquelas a que se atribui poder de comando” Já os cargos de assessoramento teriam por objetivo “auxiliar os membros do Poder nomeante no exercício de suas funções”. Ressalva, contudo, que “é possível que cargos de assessoria tenham funções burocráticas associadas às atividades principais, sem qualquer prejuízo à sua natureza de assessoramento”

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”.

“[F]unções 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”.



Mas como esse entendimento do tribunal tem se traduzido em casos concretos?

| 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 |



Controle da ocupação de CFLPs

As decisões podem ser divididas em dois subtemas:

I - nepotismo: analisado no âmbito do STF | II - inabilitação, presente no TCU.

I - Nepotismo

Nepotismo é a “concessão de privilégios ou de cargos na administração pública sob o exclusivo influxo dos laços de parentesco”. Um exemplo é encontrado quando um prefeito nomeia um filho para cargo de direção em determinado órgão municipal.

“[É] vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário”, segundo portaria do Conselho Nacional de Justiça, de 2005 (Resolução n. 7),

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.”

No mesmo ano, 2008, o plenário do tribunal afastou a aplicação da súmula de “cargo de natureza política”. Entretanto, essa decisão encontra ressonância em todos os seus ministros e a posição atual tem sido de “em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso”; a fim de verificar a ocorrência de “fraude à lei, nepotismo cruzado ou manifesta ausência de qualificação técnica”.

Quais são os “cargos de natureza política”?

Em termos abstratos, é comum descreverem no STF os “cargos políticos” como aqueles “de livre nomeação e exoneração, cuja indicação é fundada na fidúcia”. 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).

Panorama da jurisprudência atual

A pesquisa mapeou 9 acórdãos do STF com reclamações envolvendo a nomeação de parentes para cargos políticos – todas no âmbito de municípios.

Tipo de ato contestado

- 7 reclamações foram ajuizadas contra atos administrativos de nomeação (78%),
- 2 foram impetradas contra decisões de Tribunais de Justiça estaduais (22%).



Autor da reclamação

- 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%).

Resultado dos julgamentos

- 8 das decisões foram consideradas 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.
 - Nestes acórdãos, os cargos envolvidos eram de secretários municipais.
- Em 1 das reclamações, o STF reconheceu a ocorrência de nepotismo na nomeação de diversos parentes por prefeito (um total de 7 parentes).
 - Neste acórdão, o tribunal cassou nomeações para cargos de secretários, Procurador-Geral do município, superintendente e diretoras.

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 Ação Civil Pública – junto a tribunais de primeira instância.

II - Inabilitação para ocupar cargos em comissão

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”.²

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

²Lei 8.443/1992, art. 60



O levantamento mapeou 5 decisões nas quais o TCU aplica a sanção de inabilitação para ocupar CFLPs. Duas questões se mostram relevantes: os elementos para caracterização de uma infração como “grave”; e a forma de cálculo do período de inabilitação.

Infrações consideradas condutas graves: as decisões do TCU mapeadas trazem entendimentos não alinhados e provêm de danos causados ao erário sejam por fraudes em licitações, atos dolosos ou de corrupção, desvios, desfalques ou por quaisquer irregularidades.

Cálculo do período de inabilitação: no geral, as decisões mapeadas não trazem fundamentações concretas que motivem a quantidade de anos da sanção. “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”.³

Quais os critérios para aplicação da inabilitação?

Sustenta-se que o tribunal teria discricionabilidade 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.

Apontamentos críticos para o aprimoramento do controle de CFLPs

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”. 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 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.

³Acórdão 1624/2019 - Plenário



Ficha Técnica

Elaboração do estudo

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

Elaboração do sumário executivo

Tatiana Lemos Sandim | Movimento Pessoas à Frente



**Movimento
Pessoas à Frente**

JUNTAS POR UM MELHOR ESTADO