**ROTEIRO PRÁTICO PARA VERIFICAÇÃO DO ADEQUADO PREENCHIMENTO DOS CARGOS E DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS COMISSIONADOS**

**Ivaldo Lemos Junior (promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e mestre em direito e estado pela Universidade de Brasília)**

                   Um dos problemas mais graves enfrentados pelos promotores de Justiça que atuam no controle do funcionalismo público – e acredito que isso não seja apanágio do Distrito Federal – é a questão jurídica envolvendo os servidores investidos em cargos em comissão.

                   Não é o único problema, por certo. Há irregularidades das mais variadas, verificadas em concursos públicos (ou na falta de), desvios de função, nepotismo, contratação irregular de mão-de-obra a título temporário ou por contratos ou convênios fraudulentos, dentre outros.

                   Mas um dos pontos mais sensíveis são os servidores comissionados, muito mais grave do que o famigerado nepotismo. Este provoca algum clamor social; há uma nítida antipatia em relação à sua prática, pela sensação desagradável de que pessoas sem mérito furaram a fila, passando na frente de outras menos privilegiadas por circunstâncias ou que estão se esforçando em vão para passar em concursos.

 Isso é bem verdade, mas também o é o fato de que o nepotismo favorece um grupo relativamente restrito de pessoas, enquanto que o comissionamento beneficia praticamente quaisquer grupos de pessoas: cabos eleitorais, conhecidos, amigos, amigos dos amigos, pivôs de acomodações políticas, e assim por diante.

 Não afirmamos que o cargo em comissão ocupado por servidor sem vínculo seja um mal em si. De forma alguma; pode ser que o seu bom uso traga frutos que enriqueçam a qualidade do serviço público. Existem experiências positivas nesse sentido[[1]](#footnote-1).

 Sabemos, contudo, que um dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública é o da eficiência (art. 37, caput). O seu quadro funcional somente será realmente eficiente se passar por quatro crivos, sempre de forma cumulada:

1) que a experiência dos servidores seja utilizada em sentido crescente, ou seja, que a força de trabalho humano não se acomode naquilo que já sabe e busque sempre novos desafios e melhores resultados;

 2) que dos servidores seja exigido alto nível não apenas no processo inicial de seleção (quando do certame do concurso), mas ao longo de toda a sua trajetória, ou seja, que o estágio probatório seja rigoroso e que haja qualificação e reciclagem constantes e obrigatórias;

 3) que haja motivação suficiente, com o aproveitamento da mão-de-obra da casa e valorização do servidor nos cargos de direção, chefia e assessoramento, bem como perspectiva de melhores condições funcionais, inclusive remuneratórias. Do contrário, haverá embotamento ou evasão;

 4) que exista continuidade, isto é, que os servidores mais antigos transmitam know-how para os mais recentes, a fim de que o conhecimento não se torne algo personalizado e perecível mas, ao contrário, permanente e evolutivo.

                   A fim de evoluirmos nós mesmos no conteúdo desta tese, peguemos um exemplo extraído do âmbito do Governo do Distrito Federal que, embora real, será usado por amostragem, a título de ilustração:

ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO PARANOÁ[[2]](#footnote-2)

Quantidade de cargos existentes: 94

Quantidade de cargos com vínculo: 3

Quantidade de cargos sem vínculo: 77

Total de cargos ocupados: 80

Vagas: 14

 Esta tese pretende refletir sobre esse assunto, com conclusões práticas que virão ao final. Antes, porém, é necessário se recapitular uma distinção básica, a existente entre cargos públicos e funções públicas, o que passamos a fazer.

                   A expressão “cargo público” é utilizada usualmente de maneira errônea, não só pelo vulgo, como no jargão e até por normas legais. Fala-se em “concurso para o cargo de Promotor” [[3]](#footnote-3), ou “o cargo de Secretário está vago”.

                    Mas nem “promotor” nem “secretário” são, rigorosamente falando, cargos públicos. Na pureza da doutrina, que descansa no silêncio (ou na penumbra) das prateleiras das bibliotecas, não se encontra quem homologue tal conceito.

                    Parte dos autores dirá que cargo é um LUGAR ou uma UNIDADE na organização do serviço público, com determinadas características próprias (denominação, atribuições e estipêndio, tudo previsto por lei)[[4]](#footnote-4). Para outra corrente, o cargo não é um lugar, mas um FEIXE ou um CONJUNTO DE ATRIBUIÇÕES[[5]](#footnote-5). A bem da verdade, as duas linhas não são incompatíveis.

                    A melhor técnica não recomenda a utilização da expressão “cargo” para se referir a “promotor” e nem mesmo a “Promotoria”, e sim, v.g., a “2ª. Promotoria de Justiça Criminal de Brasília”, “4ª. Promotoria de Justiça Cível do Gama”, ou “5ª. Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público do Distrito Federal”, todas do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Esses sim são cargos, compreendidos seja como LUGAR/UNIDADE, seja como FEIXE/CONJUNTO DE ATRIBUIÇÕES. De um ou outro jeito, são focos bem definidos no organograma administrativo, do qual irradiam atribuições também definidas.

                    O correto é de dizer que o cargo é OCUPADO ou PREENCHIDO por um ser humano e as funções são DESEMPENHADAS por esse mesmo ser humano, o servidor (este podendo ser classificado em agente político, servidor público etc., em uma taxionomia que aqui não interessa.

 O conjunto dos cargos forma o órgão público que, por sua vez, é parte integrante da pessoa jurídica de direito público.

 No exemplo-paradigma desta tese, podemos assim resumir esses conceitos:

- Distrito Federal: pessoa jurídica de direito público

- Administração Regional do Paranoá: órgão público

- Diretoria de Obras: cargo público

- Diretor de Obras (Fulano de Tal): servidor público

- Concessão de alvarás e fiscalização de obras: função pública

                    Vejamos agora a redação da Constituição Federal, em seu art. 37, inciso V:

“as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e 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”.

                    Analisando os ditames desse dispositivo, observamos que a diferença entre função-cargo se aplica à dicotomia função de confiança-cargo em comissão, com as seguintes peculiaridades:

1 – a função de confiança é atributo exclusivo de servidor efetivo, enquanto o cargo em comissão pode ser ocupado por servidores de carreira ou de fora de carreira, em detalhamento (casos, condições e percentuais mínimos) a ser estabelecido por lei;

2 – seja por servidores da carreira, seja por servidores de fora dela, as funções dos cargos comissionados somente podem ser de direção, chefia ou assessoramento. Mas o mesmo não se dá necessariamente com as funções de confiança, conforme explicarei melhor adiante.

                   Há um inconveniente de índole constitucional em relação a eventuais cargos em comissão que não se prestam ao desempenho de funções de direção, chefia e assessoramento; o inconveniente é de ordem infra-constitucional (legal) quando os cargos existem formalmente para esse fim, mas suas funções são desempenhadas, na realidade do dia-a-dia, de maneira distanciada dos moldes do ordenamento.

                    Em outras palavras, se as funções previstas em lei para o cargo em comissão não forem verdadeiramente de direção, chefia e assessoramento, o problema deve ser enfrentado por ação de inconstitucionalidade, ou por ação civil pública com incidente de declaração de inconstitucionalidade[[6]](#footnote-6). Nesse caso, a inicial é elaborada em gabinete, por raciocínios e conexões estritamente jurídicos – quando muito tentando-se escapar de armadilhas vernaculares, especialmente em relação ao termo “assessor”, que é escorregadio e não está demasiado distante de “assistente”, “auxiliar” ou outros mais que a criatividade burocrática possa tramar.

                    Mas se os cargos formalmente estiverem de acordo, e o que houver for uma distorção na prática cotidiana, com pessoas fazendo trabalhos ordinários, modestos e até braçais, a questão não afeta a juridicidade do cargo em si, e sim a das funções, o que pode ser atacado pela via da ação civil pública. Para fins desse tipo de averiguação, é provável que o promotor tenha que sair do gabinete, desenvolvendo trabalho de campo, com investigações *in locu*, oitivas formais ou, ao menos, distribuição de formulários[[7]](#footnote-7).

                    Embora as noções de cargo e função estejam muito intrincadas – afora os exemplos clássicos do jurado ou do mesário eleitoral, não há função sem cargo e muito menos o contrário --, elas não são idênticas e não têm o mesmo tratamento jurídico.

                    Isso faz muita diferença porque, a Constituição protrai ao legislador a elaboração normativa de três aspectos – casos, condições e percentuais mínimos – relativos aos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de fora da carreira. Todavia, quando o assunto são funções, a aplicação do texto constitucional é imediata. É o que mostra o voto do Ministro CARLOS AYRES BRITTO, do Supremo Tribunal Federal, na recente ADIN 3.706-4/MS, julgada pela unanimidade do Pleno em 15.8.2007 (DJ 5.10.2007), *verbis*:

                    Assim, a atuação do promotor tanto pode ser de investigação formal de compatibilidade das funções previstas para o cargo com as exigências constitucionais da tríade direção-chefia-assessoramento, quanto pode ser de campo, na investigação material das funções inerentes ao cargo e daquelas efetivamente desempenhadas. Uma atuação não prejudica a outra; ao contrário, ambas de complementam.

                    Seja como for, existe a exigência de um requisito a mais, não explícito, para a assunção de servidor em cargo em comissão, que é a configuração de “confiança” ou “fidúcia”.

 Tal afirmação encontra forte respaldo doutrinário. Citando a boa lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, verificamos que “os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”[[8]](#footnote-8).

                   Já vimos que a função de confiança só pode ser exercida por servidor de carreira, e o cargo em comissão pode ou não ser exercido por servidor de carreira. Mas essa não é a única diferença entre ambos. A função de confiança significa um acréscimo, um “plus” às atribuições regulares do servidor – seja em termos de trabalhos extras, seja em termos de horários mais prolongados de expediente --, mas não necessariamente de direção, chefia ou assessoramento.

                    Com efeito, o servidor investido de função de confiança não tem a obrigação inexorável de ser chefe de ninguém nem obrigatoriamente desempenha trabalhos inegáveis de direção ou de assessoramento (embora isso não seja vedado). Podemos estar tratando simplesmente de alguém a quem foi incumbida uma tarefa burocrática extra e que, em uma contrapartida muito natural, recebe remuneração a mais, porque trabalha mais que seus colegas.

                    Se não, vejamos: há limitação de horário para servidores federais comuns, qual seja, o máximo de 40 horas por semana (Lei Federal nº. 8112, art. 19). Mas os que forem investidos de função de confiança – e nisso se igualam aos comissionados – podem ser convocados sempre que houver interesse da Administração (id., parágrafo único).

                    Por isso é comum que os secretários dos promotores do Júri recebam função de confiança, já que as sessões plenárias não têm hora para terminar. Nos dias de julgamento, tais secretários podem não se dar ao luxo, como os demais secretários do Ministério Público, de encerrar seus expedientes no horário convencional, e esse potencial de trabalho extra justifica o recebimento de remuneração a mais. Mas isso nada tem a ver com trabalho de direção-chefia-assessoramento, porque a atuação de secretário nada revela a esse respeito.

                   Já o servidor comum não tem a obrigação do trabalho além da conta e, em compensação, nada recebe por isso. Por isso é que, se objetivamente, não fizer jus à função, o servidor não deve recebê-la, ainda que a função fique “sobrando”.

                    Então por que a expressão “de confiança”? Não podemos perder de vista que essa expressão não pode ser tomada ao pé da letra, porque também é chamada de “comissionada” ou “gratificada”, e todas significam a mesma coisa. Tanto é assim que o STF, na redação da Súmula Vinculante nº. 13, falou não em “função de confiança”, como consta do texto da Constituição, e sim em “função gratificada”.

                    Na verdade, o que liga o ocupante de função de confiança ou gratificada e o seu chefe não precisa ser, e muitas vezes nem tem como ser, de estrita confiança, já que aquele – que só pode ser efetivo – já é integrante da Administração, o que conseguiu pelo próprio mérito de ter sido aprovado em concurso público e nomeado em razão dele.

                    A confiança reside no fato de que o chefe tem, em linha de princípio, outras pessoas para designar para a mesma função, e então escolhe aquele que melhor conhece e de quem mais espera. Mas isso pode não ser assim. É perfeitamente plausível que não haja mais de um servidor no local, ou que haja, mas que a função não atraia outros interessados (no exemplo do júri, muitos podem preferir não ganhar o equivalente remuneratório à função de secretaria da promotoria em virtude da assunção de compromissos familiares, acadêmicos etc.) além do afinal escolhido, hipóteses que afastam por completo a exigência da confiança. Não há nenhuma fidúcia real nesses casos.

                    Pode acontecer, ainda, de o chefe ter mais de um candidato à vaga, mas não conhecer bem nenhum deles, pelo que o que vier a ser escolhido não o será verdadeiramente por uma questão de confiança pessoal de que desperta nele, mas por análise de currículo, entrevistas, indicação de terceiros, ou outros fatores, como tempo no serviço e até simpatia.

                   Todavia, com os cargos em comissão, nenhum desses raciocínios se aplica.

                   Podendo trazer pessoas de fora, que nem sequer se submetem a requisitos legais expressos, e sempre no desempenho de funções mais elevadas e de maior responsabilidade – e mais bem remuneradas e cobiçadas --, aí sim a exigência da confiança entre a autoridade nomeante e o comissionado se revela imperiosa.

                   Nomeando alguém estranho aos quadros, o que a autoridade faz é um investimento no serviço público, aproveitando-se da disponibilidade de alguém com experiência para dirigir trabalhos; ou com competência (em sentido vulgar) para chefiar pessoas; ou com capacidade bastante para prestar-lhe assessoria técnica ou de níveis mais altos.

                   É claro que estou idealizando um protótipo jurídico – e todo protótipo é exatamente uma idealização, um quadro perfeito a inspirar e corrigir os defeitos que a realidade haverá de deixar de vazar -- mas, em qualquer desses casos, o comissionado deve necessariamente ser uma pessoa da confiança da autoridade, porque este jamais poderia nomear alguém que não conhecesse e em quem não confiasse o desempenho de tarefas superiores, em detrimento de pessoas da carreira e da qualidade do serviço.

 A confiança só não é absoluta a ponto de justificar a entrada no território do nepotismo, que é movediço e está expressamente vedado.

            O que realmente importa é que a característica do servidor que não goza da confiança específica de uma determinada autoridade, mas cujo trabalho atende ao interesse do órgão como um todo, é típica de pessoal efetivo e não comissionado. Afinal, o concursado é servidor do órgão e não do cargo; já o comissionado é indicado por certa autoridade para fins peculiares, com possibilidade ou probabilidade de ser exonerado assim que deixa, por sua vez, o seu próprio cargo.

                        Com efeito, o fato de a nomeação e a exoneração se darem ao nuto mostra exatamente que a figura do servidor comissionado tem a nota da personalização, já que ele não goza das prerrogativas próprias dos efetivos, seja na entrada (concurso e estágio probatório), seja na saída (sindicâncias, processos com direito a contraditório e ampla defesa).

                   Assim, não apenas não faz sentido que seja nomeada para cargo em comissão uma pessoa que não venha a prestar serviços de direção-chefia-assessoramento, como não faz sentido que ela não goze da confiança da autoridade que a nomeou ou para a qual irá trabalhar diretamente.

 Expliquemos melhor esta segunda parte, que chega, enfim, ao último aspecto da presente tese.

 Já vimos que confiança é propriedade primordial do cargo em comissão e propriedade acidental da função de confiança, por mais que as aparências terminológicas possam nos enganar. É hora de afirmar que o espaço do comissionamento situa-se exatamente entre o limite mínimo da fidúcia exigida do subordinado e o limite máximo do limiar do nepotismo reclamado do subordinante.

 Para se chegar a uma tal conclusão, é mister se fazer um desdobramento entre (1) direção, (2) chefia e (3) assessoramento. Costumamos pensar nessa trinca como se fosse uma só coisa, mas não é. São três coisas distintas, que serão desdobradas a partir do exemplo-paradigma:

1 – DIREÇÃO: para os cargos em comissão do tipo direção, a fidúcia corresponde à hierarquia direta da autoridade nomeante. O Administrador Regional do Paranoá deve gozar da confiança de seu superior hierárquico que é, ao mesmo tempo, a autoridade máxima da Administração Pública e a que o nomeou: o Governador do Distrito Federal. Observe-se que no órgão só há um único cargo de direção, que é exatamente o de Administrador Regional.

2 – CHEFIA: O chefe, por definição, é aquele que tem subordinados, e é com o seu próprio chefe, por sua vez, que tem que ter a relação de fidúcia, até o limite da autoridade nomeante ela própria. Expliquemos melhor. No âmbito da Administração Regional do Paranoá, há uma Diretoria de Obras. Seu titular deve ter a fidúcia não da autoridade nomeante, o Governador, e sim do Administrador Regional, porque, no dia-a-dia, é com quem trabalhará. Assim, o entrosamento, o bom contato, a fluência e a qualidade do serviço – a EFICIÊNCIA enfim --, tudo isso se dá com quem verdadeiramente se trabalha no cotidiano, e não com um chefe mediato com quem nunca tem contato e que talvez nem conheça pessoalmente. A capilaridade do serviço público, com sua realidade de chefia que se ramifica em sub-chefias, leva inexoravelmente a esse quadro. Não é viável que todos os sub-chefes e sub-sub-chefes de todas as repartições de toda a estrutura administrativa sejam da confiança – inevitavelmente fictícia – da autoridade nomeante, e não do diretor ou chefe de verdade, com quem efetivamente se trabalha. Isso propicia ao loteamento de cargos por razões políticas ou pessoais que tanto compromete a eficiência administrativa.

 Observação: como os nomes são equívocos, e decerto variarão pelo país afora – afinal, “diretor” e “chefe” são quase sinônimos e em muitos casos o são --, podemos inverter sua ordem, para que a nebulosidade terminológica não obscureça o rigor jurídico. Podemos entender por “Diretor” o ocupante do cargo da “Diretoria”, de tal modo que o que se falou sobre cargo de “direção” (item 1) aplica-se a cargo de “chefia” (item 2) e vice-versa. O “chefe”, então (e não o “diretor”), seria um só: o Administrador Regional. Já os “diretores” (e não os “chefes”) seriam aqueles indicados por seus cargos: Diretoria disso e daquilo. Só há uma troca de nomes; na essência, nada muda, até porque também há nomes vagos ou ambíguos como “Gerência”, “Núcleo”, “Departamento”, que não podem ser experimentados juridicamente de modo leviano.

3 – ASSESSORAMENTO: só há cabimento de cargo em comissão de assessoria, desde que direta da própria autoridade nomeante, com a fidúcia necessária (até o limite óbvio do nepotismo); se a assessoria não for da autoridade nomeante (o Governador), a fidúcia só pode ser da autoridade imediata, pois é com esta que o assessor trabalhará, conforme dito no item acima. Assim, se o Administrador Regional da Administração Regional do Paranoá dispuser de um cargo em comissão de assessoramento, aquele que vier a ocupá-lo deverá ser de sua fidúcia, e não do Governador. E ainda: se a Diretoria de Obras da Administração Regional do Paranoá dispuser de um cargo em comissão de assessoramento, aquele que vier a ocupá-lo deverá ser da fidúcia do Diretor, não do Administrador e muito menos do Governador. Tudo isso se justifica em nome da capilaridade normal das ramificações das muitas sub-chefias espalhadas pelo serviço público. Essa exigência só faz sentido, outrossim, se se articular com as exigências de que os cargos em comissão não existam em número excessivo (o que desnorteia o sentido do sistema), nem se houver comissionamento para as mesmas funções de servidores concursados (como advogados, professores etc.) ou para funções estritamente técnicas (características de cargos cujo provimento se dá por concurso).

 PELO EXPOSTO, são as seguintes teses apresentadas:

1 – há que se fazer um exercício rigoroso de pesquisa se se está diante de cargo público ou de função pública, porque isso trará várias implicações práticas nos trabalhos de controle do Ministério Público;

2 – a fidúcia ou confiança exigida para o ocupante de cargo em comissão só pode ser direta do chefe imediato, seja ele a própria autoridade nomeante ou alguma outra autoridade a quem foi conferida a possibilidade de ter sub-chefes, diretores ou assessores. A ausência de confiança, em qualquer desses casos, é motivo suficiente para ensejar a propositura ação civil pública, até mesmo, eventualmente, por ato de improbidade administrativa.

**\* \* \***

1. No MPDFT, felizmente, dos 1170 servidores no total (dos quais 856 são concursados do MPU), há apenas 11 comissionados sem vínculo, todos ocupando cargos elevados e muito disputados. [↑](#footnote-ref-1)
2. Os dados foram extraídos do Diário Oficial de 15.9.2008. No DF, são 29 as chamadas Administrações Regionais, todas em situação funcional idêntica à retratada no corpo principal. Nelas, há mais de 3.300 servidores comissionados, dentro do universo total do GDF de cerca de 16.400. [↑](#footnote-ref-2)
3. Confira-se: Lei Complementar nº. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), artigos 44 e parágrafo único, 47, parágrafo 1º., 119 e parágrafo único, 154 e parágrafo único. Já a Lei Federal nº. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), art. 7º., trata o promotor e o procurador de justiça como “órgão”. [↑](#footnote-ref-3)
4. É o caso, dentre autores pesquisados, de Hely Lopes Meirelles, Marcelo Caetano, José Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho. [↑](#footnote-ref-4)
5. Nesse sentido: Tito Prates da Fonseca, Mário Masagão, a definição dada pela Lei Federal nº. 8.112/90, art. 3º, e a base conceitual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Nesse sentido: STF, RE 424993-DF, 438328 AgR/DF, AI 504856 AgR/DF, RE 227159/GO. [↑](#footnote-ref-6)
7. Muito embora um precedente do STF não seja tão exigente. Na ADIN 3.706/MS, a unanimidade do plenário da Suprema Corte julgou inconstitucionais alguns artigos de uma lei estadual que criava cargos em comissão. Os Ministros basearam seus julgamentos no corpo da lei e alguns anexos singelíssimos, em que constam apenas as denominações dos cargos (assistente, assistentes técnico em informática, assistente técnico de laboratórios, dentre outros), mas não constam sequer as funções correspondentes, nem mesmo de modo resumido. [↑](#footnote-ref-7)
8. Curso de direito administrativo, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280. Nesse sentido: José Cretella Júnior (Curso de direito administrativo, 15 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 450) e Edmir Netto de Araújo acredita (Curso de direito administrativo, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315).. Para Lúcia Valle Figueiredo, “o elemento que vai investir no cargo [em comissão] deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar” (Curso de direito administrativo, 9 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 606). [↑](#footnote-ref-8)