

CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA (Constituição de 1988 e Lei 8.112, de 11.12.90)

O tema, creio que é um dos mais difíceis do Regime do Servidor, pois diz respeito ao **Regime Jurídico dos Cargos em Comissão**. Começo por dizer que a Constituição da República de 1988 traz, no art. 37, os princípios básicos da Administração Pública e também os princípios do Servidor Público.

Os princípios da Administração Pública veremos depois, mas antes queria fazer breve referência sobre o conceito de **servidor público**. Ou seja, como a Constituição tratou o servidor público, o que **denominou de agente público**, expressão mais **lata**, mais abrangente, que se encontra em seu art. 37, referente à Administração Pública, e no parágrafo 6.º, quando se refere à responsabilidade dos agentes públicos, que causarem danos a terceiros. A responsabilidade do Estado está consagrada no art. 37, parágrafo 6.º, como assinalado, implicando responsabilidade dos agentes públicos.

A Constituição, então, tratou tecnicamente do problema ao se referir a **agentes públicos**, porque englobou, destarte, como já o pedia a doutrina, no conceito de agente público, todos aqueles que desempenham funções públicas.

No conceito de agente público estão incluídos todos aqueles que desempenham, de qualquer sorte, função pública. Mesmo aqueles que exercem atividade privada. O parágrafo 6.º, do art. 37 é bastante claro quando diz:

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO é Professora
Titular de Direito Administrativo da PUC
— SP e Juíza do Tribunal Regional
Federal da 3.ª Região.

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.”

A expressão “agentes públicos” é mais abrangente e abriga os funcionários e servidores, bem como aqueles contratados por tempo determinado, para serviço de excepcional interesse público, e, ainda, aqueles que obtiveram a estabilidade por meio da Constituição de 1988, em suas Disposições Gerais e Transitórias e, também, os particulares em colaboração com a Administração Pública. Destarte, o termo correto é “agente público”, e que, na verdade, expressa toda a atividade que esteja sendo exercida por alguém em nome do Estado.

Por outro lado, funcionários públicos são aqueles que detêm cargos públicos, que podem ser de caráter efetivo, vitalício ou em comissão. Começo por assinalar o primeiro erro técnico que contém a Lei n. 8.112, quando diz, seu art. 2.º:

“Para os efeitos dessa lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.”

Ou seja, usou a expressão “servidor”, utilizada pela Constituição em outro sentido.

A Constituição, no seu art. 39, trata dos servidores públicos civis da União e inclui aqueles que prestam serviços às autarquias, mas, também, às empresas estatais, e proíbe a acumulação, mesmo de cargos, empregos e funções. Portanto, a expressão “servidor” é muito mais abrangente do que “funcionário”. Funcionário, sim, é aquele investido em cargo público. Temos ainda de considerar que há três tipos de cargo: o cargo em comissão, o efetivo e o vitalício.

Veremos, agora, que os princípios da Administração Pública estão enumerados no art. 37 da Constituição. Os princípios da Administração Pública são de funda-

mental importância para o tema “Cargos Públicos”.

Em primeiro lugar temos os expressamente arrolados no art. 37, que são: o **princípio da legalidade**, da **impessoalidade**, da **publicidade** e da **moralidade**. Em todas as palestras, sempre digo que o princípio da **motivação**, de transcendental importância, não obstante tenha sido extirpado do art. 37 no texto final da Constituição — pois constava até o Projeto “B”, acha-se também expresso porque esqueceram de retirá-lo do art. 93, que trata expressamente do Judiciário. Naquele artigo está dito, claramente, a necessidade de as decisões administrativas do Poder Judiciário serem motivadas.

Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica, que é a administrativa, deve motivar suas decisões, por que o administrador estaria desobrigado de motivar as suas? Onde estaria o sentido lógico disto? Num contexto sistemático, pode-se inferir que o princípio da motivação está, neste texto constitucional, como princípio da Administração Pública. A motivação é de suma importância para garantia do jurisdicionado, para a plenitude do controle jurisdicional, que também foi, neste texto constitucional, muito dilargado. Deveras, prevê expressamente nossa Constituição que a mera ameaça à lesão de direito já é passível de ser levada ao Judiciário.

Destarte, o Judiciário, na verdade, recebeu desta Constituição uma responsabilidade muito grande. A posição do Executivo estava acentuada, estava concentrada em detrimento do Legislativo e do Judiciário. Nesse texto constitucional, todavia, o Judiciário recebe sua autonomia administrativa e financeira, que é importantíssima, vez que sem ter autonomia financeira é bastante difícil assumir a posição institucional adequada.

É de particular importância o inciso XXXV que alarga o controle jurisdicional, incluindo aí não só a **lesão**, mas a **ameaça à lesão**. Inclusive, também o texto constitucional amplia para os direitos coletivos e, também, os difusos (art. 129).

Assim, pois, a motivação integra o texto constitucional, embora não esteja expressa no art. 37, e com isso concorda, para grande alegria minha, o Eminentíssimo Ministro Seabra Fagundes. Quando proferi conferência no Rio Grande do Norte — Natal, o ilustríssimo mestre disse-me que concordava expressamente que o princípio da motivação, se ficou no art. 93, podia-se dizer que era também obrigatório para a Administração Pública. Com relação ao princípio da **razoabilidade**, e da boa-fé, diria serem **princípios implícitos** do Texto Constitucional. São princípios que se espraem por todo o Texto Constitucional.

Como pode o Judiciário controlar determinado ato da Administração Pública se não fizer também o controle, sobretudo nos chamados atos discricionários, da razoabilidade? Não quero entrar nessa seara, porque os atos discricionários dariam um curso por si só.

No controle terá necessariamente o Judiciário de verificar a congruência, a pertinência lógica entre o motivo gerador do ato, ou seja, o fato que ensejou o ato administrativo e o ato praticado. Se não houver razoabilidade entre o ato praticado e o seu motivo ensejador, tal ato seria inválido. O Judiciário estará a fazer, pois, controle por meio da razoabilidade. No art. 70 da Constituição encontraria respaldo para dizer que a razoabilidade está implícita, também quando naquele artigo fala-se da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, pois afirma-se ainda, que a fiscalização será exercida quanto à **legalidade**, à **legitimidade**. Portanto, legalidade e legitimidade passam a não ser sinônimos neste texto constitucional.

A **economicidade** não pode ser verificada sem a **razoabilidade**. A boa-fé, sem sombra de dúvida, será certamente um componente de todo ato administrativo. O administrado tem direito de esperar uma administração leal e de boa-fé. Os atos praticados pela administração têm de ser feitos com boa-fé. Isso, de certa forma, decorre do princípio da moralidade admi-

nistrativa que, em boa hora, é expressa no Texto Constitucional, no seu art. 37 e art. 5.º, inciso LXXIII, que trata de ação popular. Não são apenas os atos **ilegais e lesivos** que serão objetos da ação popular, mas também os atos **imorais**, os atos que **atentem contra a moralidade administrativa**.

Esses princípios da Administração Pública informarão os problemas de interpretação, principalmente dos funcionários ou servidores *lato sensu*.

Não vou adentrar muito no Regime Jurídico Único, porque não é o tema específico da palestra. Mas não há como deixar de mencioná-lo, uma vez que o art. 39 da Constituição e o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecem sua instituição para todos os servidores da Administração Central, Autarquias e Fundações Públicas. Este regime consiste, primeiramente, na acessibilidade dos cargos públicos — esse é um regime ainda Constitucional. Esta acessibilidade depende de concurso público, salvo para cargos em comissão de livre provimento e exoneração, e, para alguns cargos, que são vitalícios.

Para o tema de hoje interessa dizer que, se os cargos em comissão prescindem de concurso, basta que se faça lei com vários ou com a maioria dos cargos em comissão. Se assim fosse, o problema constitucional, que obriga o concurso, estaria resolvido.

Todavia, isto não é assim. O texto constitucional, ao falar em cargos em comissão "declarado em lei de livre provimento e livre exoneração", está a pressupor a necessidade administrativa de tais cargos. Por isso, é importante a questão da boa-fé, da lealdade e moralidade. O cargo pode ser em comissão, quando sua vocação é para este efeito, ou seja, o elemento que vai se investir neste cargo deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar.

Se assim é, não há possibilidade de qualquer cargo ser em comissão, mesmo que a lei assim diga ou considere. Isto seria passível, por hipótese, de uma im-

pugnação judicial, em que o Judiciário poderia verificar, pelo controle amplo, que lhe é assegurado pelo texto constitucional, se aquele cargo é de molde a ser provido em comissão ou, de revés, é cargo que poderia ser pertencente ao quadro de cargos de carreira. É de se acrescentar que o texto constitucional, no seu art. 37, inciso V, diz claramente:

“Os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”.

A própria Constituição dá preferência aos servidores ocupantes de carreira para o provimento desses cargos em comissão. O Professor Adilson Dallari comenta a precariedade do dispositivo constitucional, na parte que excepciona os cargos em comissão de concurso. Os ocupantes desses cargos não estão vocacionados a ficar eternamente, mas sim a ficarem enquanto perdurar o regime de confiança.

Há cargos, entretanto, que não têm vocação para serem cargos em comissão. Um exemplo aleatório: um Procurador-Chefe, na carreira de Procurador, seria um cargo em comissão e não um cargo a ser galgado por acesso? Quando a Constituição prevê, no art. 39, que serão assegurados planos de carreira para os servidores, quis a Constituição, expressamente, a profissionalização do serviço público; e claro está que não é possível a profissionalização do serviço se não tivermos o que dar para profissionalizar, no sentido de possibilidade de acesso, de possibilitar uma carreira.

Se, ao contrário, tivermos uma profusão de cargos em comissão, que sejam ocupados não pelos méritos daqueles que vão oferecê-los, mas, sim, pelas ligações que possam ter com os detentores do poder (em qualquer Administração, seja no Executivo, Legislativo ou Judiciário), é preciso um cuidado muito grande para saber-se o limite do cargo em comissão.

O professor Dallari diz — e com isso não concordo — que este inciso V, do artigo 39, que determina a preferência

para ocupação dos cargos em comissão por aqueles que integram a carreira, enquanto não vier a lei, será mera recomendação.

De fato, não poderia sê-lo, até por força do art. 5.º, do texto constitucional, que diz que os direitos e garantias ali enumerados não são exaustivos, e possibilitou o mandado de injunção exatamente para aqueles direitos que não pudessem ser implementados por falta de lei.

Não me parece exista qualquer disposição na Constituição sobre a qual se possa afirmar que sua serventia sirva apenas de recomendação moral. Mas todas as disposições constitucionais têm, sim, muito mais do que uma recomendação: são dotadas de eficácia. Tem-se é de procurar o limite dessa eficácia para sua aplicabilidade.

Com relação à estabilidade, esta só será conseguida por meio de concurso (não vou entrar nos meandros do concurso, como tempo de sua validade, etc., porque não faz parte do tema).

É de se notar, e apenas dou uma pincelada, que quando o texto constitucional estabilizou funcionários anormalmente, mesmo aqueles que não eram concursados, não os efetivou. No entanto, o Regime Único efetiva todos e cria cargos para efetivação, em violação absoluta ao texto constitucional.

Este texto constitucional também prevê o direito à aposentadoria, modificando em pouco o que já havia. Não tínhamos a aposentadoria voluntária por implemento de idade, nem aposentadoria voluntária proporcional com limite menor de idade. As outras já havíamos conquistado.

O ponto crucial — e este vai interessar diretamente a meu tema — diz respeito à aposentadoria em cargos em comissão.

O art. 40, parágrafo 2.º, da Constituição diz expressamente:

“A lei disporá sobre aposentadoria em cargos ou empregos temporários.”

Mas a lei ainda não dispôs.

Em compensação, temos alguns dispositivos que já vão interessar para as conclusões a que vou chegar sobre o problema, inclusive da aposentadoria em cargos em comissão, se a pessoa passar tanto tempo quanto seja necessário para aquisição de direito à aposentadoria.

A outra regra constitucional é a não acumulabilidade de cargos, empregos ou funções. Ou seja, a Constituição foi taxativa ao dizer da Administração direta e Indireta. Proscreeva a acumulação de cargos, exceto aquele permissivo constitucional de dois cargos de médicos. Mas, diria, que esta Constituição visou proscreever aquela acumulação de funções que havia em épocas anteriores. A Lei n.º 8.112 proíbe, depois veremos, a quem ocupa cargo ou função de confiança, receber por órgão deliberativo.

Vejam que, no caso de aposentadoria e disponibilidade, direitos constitucionais, assegura-se a contagem recíproca do tempo de serviço da União, Estados e Municípios.

No tocante à responsabilidade, a que já me referi, se os agentes são responsáveis, com mais razão os ocupantes de cargo em comissão estão também estritamente incluídos nessa expressão.

A destituição de função pública, suspensão dos direitos políticos e indisponibilidade dos bens, na hipótese de atos de improbidade administrativa, estão previstos no art. 37, parágrafo 4.º, da Constituição e vão ser repetidas na Lei n.º 8.112, no que diz respeito à destituição de função pública e demissão.

O direito de greve e sindicalização foi uma grande modificação trazida pelo Texto Constitucional, porque até então os servidores públicos, de modo geral, não podiam fazer greve nem sindicalizar-se.

As acumulações permitidas estão citadas no art. 17, parágrafos 1.º e 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e art. 37, XVII, do Texto Constitucional. Aquelas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são anôma-

las. Na verdade, a Constituição reconheceu como indevidas determinadas acumulações e normalizou-as, encampando-as como possíveis daqui para a frente.

Resta ainda acrescentar que o Texto Constitucional tratou bem os servidores. Deu aos funcionários determinadas garantias que os mesmos não tinham, inclusive a aplicabilidade dos direitos sociais. E se são aplicáveis a esses, **também o serão aos detentores de cargos em comissão.** O primeiro é o salário mínimo com reajustes periódicos. Pincei da Constituição os itens do art. 7.º que são aplicáveis aos servidores: **a irredutibilidade de salário, salvo disposto em convenção ou acordo coletivo, e salário variável.** Mesmo este deverá atingir sempre o mínimo (Não é o que se passa no Judiciário. Mas, por exemplo, em determinadas Prefeituras do Interior, era muito comum o salário ser inferior ao mínimo). O décimo terceiro salário, uma conquista dos servidores da União, que não o recebiam antes da Constituição de 1988, o salário-família, horário de trabalho não superior a oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais, repouso semanal, serviço extraordinário com cinquenta por cento, férias com mais um terço de remuneração, e — acrescentei — **mesmo que haja mais de um período de férias.**

Suponhamos determinados cargos que, por força de serem penosos e insalubres, sejam as férias superiores a trinta dias. Se houver tais casos, a remuneração de um terço também será acrescida a estas férias proporcionalmente. Entendo que, mesmo havendo mais de um período de férias, devem ser acrescidos os trinta e três por cento. Aqui cabe um breve comentário sobre o art. 78 do Estatuto do Servidor Público, a Lei n. 8112, que prevê a conversão **in pecunia** de dez dias de férias. E o art. 79 já inadmitte tal conversão para aqueles que lidam com Raios-X, por exemplo, e que têm vinte dias de férias a cada seis meses.

Portanto, determinados funcionários que têm períodos de férias maiores, exa-

tamente por força da função, também não podem pedir conversão "in pecunia".

Por analogia, este art. 79 seria aplicável a todos que têm mais de trinta dias de férias. Do contrário, seria um dispositivo que nos daria margem a dizer que a igualdade existe, mas uns são mais iguais do que outros.

Na verdade, se não afrontar a igualdade dos cargos, que têm maiores períodos de férias, afrontaria aqueles de menor período.

Com relação ao inciso XXX, ainda do art. 7.º do Texto Constitucional, há algo de muito importante, que é a proibição de discriminação por sexo, idade ou estado civil. Todos os tribunais vêm decidindo, felizmente, que discriminação por idade é absolutamente inconstitucional, a não ser que haja a necessidade do discrimem. Por exemplo: se o Porto de Santos realizar concurso para estivador, neste caso a força física é necessária, por isso alguém de idade mais avançada não será capaz de exercer essa função; via de regra, a mulher, também, não poderá ser estivadora.

Já me referi que os princípios da Administração Pública vão ser aplicáveis diretamente a todos os funcionários, a toda a relação Administração-servidor e, via de consequência, aos cargos em comissão e funções de confiança. Disse que os cargos em comissão excepcionam a regra geral do concurso e, também, os limites dessa exceção, falei, também, que os cargos em comissão, de preferência, teriam de ser ocupados por aqueles da carreira. Na verdade, o cargo em comissão difere basicamente do cargo efetivo, porque faz parte, na verdade, do quadro de funcionários de determinada instituição, diferindo em sua forma de provimento e de exoneração, que é livre. Em consequência, temos precariedade de permanência do funcionário que ocupa cargo em comissão.

Com relação aos direitos e deveres do cargo em comissão, afirmo decorrem os direitos diretamente da Constitui-

ção. Se todos os trabalhadores, em geral, têm determinados direitos, como p. ex., a aposentadoria, não seria permitido que o ocupante de cargo em comissão ficasse por muito tempo, é dizer, o tempo necessário para implementar esta aposentadoria e não a conseguisse. Os direitos e deveres de estatutários, também, estão no art. 16, da referida lei 8.112.

É verdade que o funcionário, de modo geral, reivindica o quanto basta, mas em relação aos deveres não os encampa totalmente, não avalia muito a questão dos deveres. Todos os funcionários, quer ocupem cargo em comissão, quer sejam servidores, têm deveres importantíssimos, aliás as prerrogativas especiais do regime são para garantir os administrados. Esse Regime Único inova para mim a questão do cargo em comissão, quando determina que certos atos não podem mais ser suscetíveis só de exoneração (era muito comum acontecer o seguinte: o funcionário que ocupava cargo em comissão, comportando-se mal, era apenas exonerado, o que lhe acabava sendo um prêmio). Em determinados casos de infração aos deveres estatutários sérios, deverá ser destituído da função mediante procedimento administrativo, ficando, em consequência, proibido de voltar ao serviço público. Este ponto, a meu ver, é um dos pontos altos dessa Lei n.º 8.112, que nada mais fez do que acompanhar a Constituição, atribuindo aos atos de improbidade administrativa a indisponibilidade de bens, etc.

Também os deveres e proibições estão no texto desta lei, e um dos mais importantes trata da proibição do acúmulo de mais de um cargo em comissão. Por outro lado, os funcionários que ocupem cargos em comissão devem dedicar-se plenamente à função. Isto quer dizer incompatibilidade com todas as formas de atividade — isso está no Estatuto, na Lei n.º 8.112 — e, também, podem ser **convocados, a qualquer hora, para prestar serviços sem qualquer remuneração extraordinária**. Se aos ocupantes de cargos em comissão vão ser carreados

alguns direitos, exatamente por estarem intimamente ligados àqueles que os indicaram, devem dedicação plena ao trabalho, não somente as 40 horas de trabalho, como está expresso no art. 19, do Estatuto, da Lei n.º 8.112.

A dedicação plena é muito importante e implica que o funcionário em comissão, por exemplo, um assessor-jurídico não pode dedicar-se a outro serviço jurídico, com exceção de ministrar aulas, porque, se até Magistrado pode, não seria possível que um assessor jurídico não pudesse fazê-lo, pois se trata de um aprimoramento técnico.

Com relação à parte dos direitos, os que ocupam cargos em comissão são tão funcionários quanto os efetivos. **A única diferença, como já afirmei, é a precariedade da permanência no cargo.** Porém, têm direitos às férias, aos anuênios e às licenças; naturalmente, não à licença de dois anos, para tratar de interesses pessoais, porque esta licença não prescinde da estabilidade.

Como o detentor do cargo público em comissão não é estável, e jamais poderá sê-lo, por força de não ter prestado concurso, (estáveis seriam apenas os concursados, ou estabilizados excepcionalmente pelo Texto Constitucional, nas Disposições Transitórias), jamais poderão tirar licença para tratar de assunto de interesse pessoal, mas têm direito ao 13.º salário, à **licença-prêmio** e à aposentadoria.

Afirmo que esses direitos decorrem da contagem de tempo de Serviço Público Federal, Estadual ou Municipal, feita somente para aposentadoria. Todavia a contagem de tempo de Serviço Federal será feita para todos os efeitos. Está no art. 100. Serão todos efeitos compatíveis com o cargo e para os quais não haja proibição expressa, como na hipótese de licença para tratar de assunto pessoal.

Há vedação expressa na Lei n.º 8.112 com relação às férias e às licenças-saúde, não existe dúvida. Tem se duvidado que caibam os anuênios. Realmente, não tenho dúvida que cabem anuê-

nios, porque **se o tempo de serviço é contado**, será também contado para todas as vantagens e efeitos, como diz a própria Constituição e repete a Lei.

Haverá muita divergência sobre cargo em comissão, e não há quase nada escrito. Como nós, Juizes, não temos muito tempo para pensar em outras coisas, senão nos nossos votos e acórdãos, deixamos de lado determinados tópicos, que são mais difíceis e complicados, por falta de solicitação.

Começa a discussão por se perquirir se se conta o tempo de serviço para anuênios, e, já antevejo, a maior dificuldade será o aceite se o contá-lo para licença-prêmio e, sobretudo, para a aposentadoria.

Sei que é situação anômala: um funcionário ficar ocupando cargo em comissão até que se implemente tempo de aposentadoria. Não há, entretanto, por que aquele servidor não ter direito de se aposentar. Haverá, em face da nova Constituição, que prevê contribuição também dos servidores para sua aposentadoria, não sendo mais só a cargo do Tesouro Público contribuições por parte desses funcionários.

São problemas que não elidirão a possibilidade de aposentadoria. Consegui até encontrar precedentes, um parecer do Prof. Caio Tácito (*in* RDA 36/344) sobre um funcionário que trabalhou 35 anos e tinha se entendido que não poderia se aposentar, pois era detentor de cargo em comissão. O Prof. Caio Tácito, na ocasião, concluiu que havia tal possibilidade. Encontrei também outro parecer, no Tribunal de Contas (emitido nos autos do Processo n. 10.402/82; D.O.U. de 16/07/1982, págs. 13226/7) em que é citada uma manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence concluindo, àquela época, que cabia a aposentadoria se o funcionário tivesse ficado em comissão muito tempo, tempo necessário para a implementação da aposentadoria.

Agora, falaremos sobre a exoneração de funções. A **exoneração de funções**, não a de **cargos em comissão**, está pre-

vista no art. 35, parágrafo único, da Lei 8.112, da seguinte forma:

“Art. 35 A exoneração de cargo em comissão dar-se-á:

I — a juízo da autoridade competente;

II — a pedido do próprio servidor.

Parágrafo Único. O afastamento do servidor de função de direção, chefia e assessoramento, dar-se-á: I — a pedido; II — mediante dispensa, nos casos de: a) promoção; b) cumprimento de prazo exigido pela rotatividade da função; c) por falta de exação no exercício de suas atribuições, segundo o resultado do processo de avaliação, conforme estabelecido em lei e regulamento; d) afastamento de que trata o art. 94.”

Vejam que o provimento poderia até se dar por um lapso temporal, para que houvesse rotatividade na função. Quanto à hipótese do inciso II, letra “c”, (por falta de exação no exercício das suas atribuições) segundo resultado do processo de avaliação, conforme estabelecido em lei e no regulamento e, ainda, da letra “d” (afastamento de que trata o art. 94), a exoneração dos cargos em comissão no Regime Único prevê algo bastante diferente. Sempre se disse que o cargo em comissão é de livre exoneração — é de livre exoneração e continua sendo.

Todavia, tanto se pode exonerar por **determinação do administrador**, como a **pedido**, mas o que não havia era a **exoneração entendida como sanção**; portanto, a destituição do cargo que se encontra no art. 127, “caput”, e inciso V, art. 137, parágrafo único, e art. 132, (“caput”, incisos I, IV e VIII, X, XI), ocorre por fatores muito graves e sérios.

Para clareza, transcrevemos os artigos citados:

“Art. 127. São penalidades disciplinares:

V — destituição de cargo em comissão;

Art. 137. A demissão, ou a destituição de cargo em comissão por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I — crime contra administração pública;

IV — improbidade administrativa;

VIII — aplicação irregular de dinheiros públicos;

X — lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI — corrupção;

Na verdade, nunca vira hipóteses de cargos em comissão em que a pessoa fosse mais do que exonerada, a não ser que fosse movido processo-crime. As manchetes dos jornais desabavam matérias de grande repercussão sobre a falta de probidade dos ocupantes de tais cargos e, depois de algum tempo, vinham a ocupar outra função ou cargo em comissão em outra administração.

O art. 132 precitado prevê a demissão do funcionário e, exatamente, um dos fundamentos seria o da improbidade administrativa, que é tratado no art. 132, IV, tal seja, aplicação irregular de dinheiro público, do qual se tenha apropriado em razão do cargo ou função. No art. 127 vamos verificar que, em seu inciso VI, fala-se expressamente sobre a destituição de função comissionada e o art. 135 vai se referir a destituição de cargo em comissão, exercido por não ocupante de cargo efetivo, porque, é claro, se for ocupante de cargo efetivo, não haveria problema, pois já seria instaurado inquérito administrativo, e, em consequência, a demissão e, às vezes, até a **bem do serviço público**.

Já disse, anteriormente, que nunca tinha visto ocupante de cargo em comissão

ção, não ocupante de cargo efetivo, ser sancionado por atos de improbidade. Expressamente está dito, que a demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VII, X e XI, implica na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. De certa forma isso já estava na Constituição. Acrescenta-se o seguinte:

“Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não caberá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído de cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII e XI.”

Em algumas hipóteses só poderá haver o retorno após um longo período e, em outras hipóteses, não poderá haver retorno à Administração Pública. Isso, creio, é um avanço na responsabilidade do servidor e dos ocupantes desses cargos em comissão, pois se aplica a todos os servidores. Poder-se-ia aplicar até a Ministros do Executivo, assessores, enfim todos os servidores, pois todos são funcionários ocupando cargo em comissão.

O cargo de Ministro é cargo em comissão no Quadro de cargos. Os cargos de maior graduação são, normalmente, cargos em comissões, não só funções. Portanto, os ocupantes desses cargos, na verdade, são passíveis da aplicação de penas desse tipo e não de pura e simples exoneração. A meu ver, isso é um avanço bastante grande, pois a **indisponibilidade de bens** jamais era aplicada para outras hipóteses também consideradas graves pela lei; implicam na destituição da função pública, do cargo, com aplicação dessas sanções.

Finalizando, veremos como se substituem os cargos em comissão e as funções de confiança (art. 38). Essa enumeração é um pouco cansativa, porém é mais prático para um curso desse tipo, para que se

possa trabalhar com o texto constitucional e com a Lei n.º 8.112, apontar-se de onde se extrai tal ou qual coisa.

No art. 38, parágrafo 2.º, está claramente dito que o substituto fará jus à gratificação pelo exercício da função de direção ou chefia, paga na proporção dos dias de efetiva substituição. Fiz questão de assinalar isso, porque havia dúvidas se o servidor substituindo por menos de um mês, poderia receber pagamento.

A hipótese de não pagamento seria um absurdo pelo seguinte: há casos contemplados pelo próprio estatuto que são de substituições menores, como a licença em virtude de casamento (8 dias) e, não seria admissível que o funcionário substituisse e não pudesse receber efetivamente os dias da substituição.

Temos, ainda, a gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento — o art. 62 inova — em vez dos “quintos”, a incorporação dar-se-ia anualmente, na razão de 1/5. Esse artigo é considerado nitidamente inconstitucional, pelo Professor Adilson Dallari. A incorporação, independe de a pessoa exercer ou não o cargo. E, no que me concerne, também endosso a opinião do Professor Dallari — é inconstitucional. Porém até que seja argüida a inconstitucionalidade, está na Lei 8.112 e deve ser aplicada.

A Lei 8.112 também prevê o afastamento de cargos de direção, chefia ou assessoramento em virtude de candidatura a cargo eletivo (art. 86, parág. 1.º). Isto é importante, porque quem for candidato a cargo eletivo não poderá fazer, por exemplo, tráfico de influência. A lei prevê o afastamento obrigatório.

A licença-prêmio para os investidos em função de confiança, que tenham cargo efetivo e, além desse, tenham uma função — a remuneração é apenas do cargo efetivo. A gratificação é dada, como diz o Professor Hely Lopes Meireles, saudoso mestre, *pro labore faciendo*, quer dizer, pelo trabalho que se vai fazer.

Se o trabalho não vai ser feito, não haveria razão para, durante a licença-prêmio, a pessoa perceber a gratificação, a diferença do cargo efetivo para a função de confiança. Isso entra em nítida contradição com a própria Lei 8.112, na medida em que manda incorporar anualmente. (art. 62, parágrafo 2.º). Quer dizer, manda-se incorporar anualmente sem que a pessoa trabalhe, sem que a pessoa continue no cargo. Na prática seria o seguinte: após 5 anos, aquele funcionário que já tem incorporado fica na sua função normal e a função é exercida por outro, que nada tenha ainda incorporado, para beneficiá-lo.

Isso atenta, a meu ver, contra o princípio da moralidade administrativa e, de certa forma, aqui nós temos uma contradição grande na Lei 8.112.

A licença para tratar de interesse particular, como já afirmei, é proibida para quem ocupa cargo em comissão, por que depende de o funcionário ser estável no serviço público. Para quem exerce função, e, porém, também ocupa cargo efetivo, creio que não haveria empecilho, porque a pessoa ficaria afastada da sua função, exercendo o cargo efetivo e dentro daqueles princípios da rotatividade da

função seria até uma coisa possível. Durante o tempo de afastamento a função poderia ser dada a outra pessoa e a Administração não teria a obrigação de tê-la de volta.

Os cargos em comissão ainda estão a desafiar os estudiosos, pois o regime jurídico da Lei 8.112 é novo. A cada leitura que se faz pode se interpretar diferentemente. A Constituição, embora não tão nova, a cada leitura mais se infere dela, cruzando-se os princípios implícitos, os sobreprincípios, etc.

Creio que tudo que disse aqui, embora represente o reflexo já de profunda meditação, que procurei fazer de matéria ainda não desbravada, é claro que tem a precariedade das coisas ainda não definitivamente maturadas. Destarte, não haverá incoerência de minha parte, se depois tiver de rever alguma posição, à luz de contradita séria nas posições que ora exponho aos senhores.

Com isso, termino a exposição e coloco-me à disposição para formulação de perguntas.

Aula proferida no Conselho da Justiça do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, em 12 de março de 1991.