



OS CONTORNOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONTRATAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO RIO GRANDE DO SUL NA ESFERA MUNICIPAL

Mariana Port Marques¹

Cynthia Gruending Juruena²

RESUMO

O presente artigo desenvolveu-se com base em pesquisa jurisprudencial no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca de eventuais atuações discricionárias da Administração Pública quando da contratação dos cargos em comissão, utilizando-se de metodologia qualitativa para a seleção dos acórdãos, quais sejam, as apelações cíveis números 70057150955 e 70063716914. Antes da apresentação e análise das jurisprudências, foram trabalhadas as questões de cunho teórico, trazendo as perspectivas da governança, governabilidade, presidencialismo de coalizão e discricionariedade administrativa. A metodologia de pesquisa utilizada foi o método hipotético-dedutivo, onde foi testada a hipótese, a partir das jurisprudências, de se há e quais são os limites da discricionariedade administrativa em cargos de comissão. Os métodos de procedimento empregados foram os recursos bibliográficos e pesquisas no sítio eletrônico do TJ/RS. Os resultados preliminares indicam ser possível a atuação do Poder Judiciário perante a Administração Pública, no sentido de controlar seus atos quanto ao mérito, quando afrontem os princípios administrativos.

¹ Graduanda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa de iniciação científica PUIC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Espaço local e inclusão social”, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Ricardo Hermany e do Projeto de Pesquisa Internacional “Patologias Corruptivas”, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. E-mail: marianama@mx2.unisc.br

² Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Capes (PROSUP) tipo II. Pós-graduanda em Direito Público pela Verbo Jurídico. Integrante do Grupo de Pesquisa “Espaço local e inclusão social”, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Ricardo Hermany. Integra o Projeto de Pesquisa Internacional “Patologias Corruptivas”, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e o Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, sob coordenação da Prof. Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: cjurruena@gmail.com



Palavras-chave: administração pública; cargo em comissão; coalizões; discricionariedade; princípios.

ABSTRACT

This article was developed based on case law research of the Court of the State of Rio Grande do Sul about the eventually discretionary action of Public Administration when hiring Committee positions, using qualitative methodology for the selection of the judgment, which are the civil appeal numbers 70057150955 and 70063716914. Before the submission and examination of the judgment, it was treated the theoretical issues, bringing the perspectives of governance, governability, presidentialist coalition and administrative discretion. The research methodology that was used was the hypothetical-deductive, in which was tested the hypothesis, from the court decisions, if there is and what are the limits of the administrative discretion in commissioned workers. The procedures involved were the bibliographic resources and researches on the website of TJ/RS. Preliminary results indicate that it is possible the action of the Judiciary on the Administration to monitor its actions related to merit, when facing administrative principles.

Keywords: coalitions; commissioned workers; discretion; principles; public administration.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo irá tratar a respeito de como as alianças formadas entre partidos políticos são capazes de influenciar na governança e governabilidade de um determinado governo, que retribuirá favores pelo loteamento de cargos em comissão, constituindo grande afronta aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Neste sentido, serão analisados os conceitos pertinentes ao tema no decorrer do primeiro e segundo ponto. Como materialização desses institutos teóricos, da discricionariedade administrativa e presidencialismo de coalizão – que aqui serão tratados a partir de uma perspectiva municipal -, no terceiro ponto serão verificadas e analisadas algumas jurisprudências, disponíveis no sítio do Tribunal de Justiça do



Estado do Rio Grande do Sul, com relação à discricionariedade na contratação dos cargos comissionados e seus demais contornos.

Por último, a partir da análise jurisprudencial, verificar-se-á se possível a tutela jurisdicional sobre a atuação discricionária da Administração Pública no tocante às nomeações de cargos comissionados, analisando-se não somente quanto à legalidade do ato, mas também ao mérito, sem, no entanto, que esta tutela venha a interferir na separação dos poderes e na livre contratação e exoneração dos cargos em comissão.

Justifica-se a pesquisa pela necessidade do estudo científico acerca do tema de patologias corruptivas em âmbito local, devido ao seu amplo reflexo no interesse público, na prestação de direitos fundamentais e na garantia de uma boa administração pública.

1 GOVERNANÇA, GOVERNABILIDADE E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NA ESFERA MUNICIPAL

Antes de iniciar a análise jurisprudencial, é preciso que alguns termos conceituais sejam esclarecidos para que possa haver um melhor entendimento. Inicialmente, pela leitura do artigo 37 da Constituição Federal, tem-se a Administração Pública como o conjunto de normas, leis e funções desempenhadas para organizar a administração do Estado em todas as suas instâncias, tendo como principal objetivo e finalidade o interesse público, seguindo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, para um eficiente desempenho da máquina pública e a devida transformação no país, e para atender os anseios de toda a sociedade, tem-se a expressão governança, que, por sua vez, decorre da governabilidade de um determinado governo. Esta se refere à dimensão estatal do poder, compreendendo a forma de governo, a relação entre os poderes (Executivo e Legislativo), o sistema partidário e o equilíbrio entre as forças políticas de oposição e situação (Portal Administração, 2015).

Além disso, a governabilidade guarda grande relação com a legitimidade do gestor público, já que ela é considerada como a capacidade do governo de tomar decisões a partir da intermediação de interesses, garantindo a legitimidade em si. Já a governança envolve um caráter mais amplo, pois se relaciona com a ação e



execução das decisões feitas. Ela refere-se à capacidade administrativa dos recursos sociais e econômicos do país, isto é, ao *modus operandi* das políticas governamentais, incluindo questões do processo decisório, do financiamento de políticas e do alcance de programas de governo (Portal Administração, 2015).

O maior desafio da governabilidade é conciliar as divergências constantes nos interesses diversos da sociedade e uni-las em um ou vários objetivos comuns, uma vez que o país se configura de forma heterogênea, aumentando-se cada vez mais a demanda por políticas públicas adaptadas a cada realidade social. Em uma democracia representativa, tem-se que a sociedade é responsável por eleger seus representantes, que deverão compor o sistema político, compreendido pelos Poderes Executivo e Legislativo e, então, tomar as melhores decisões em prol do interesse comum. No entanto, este modelo esbarra em um sistema que ao invés de atender a vontade da maioria, limita-se a concentrar-se nas coligações partidárias, isto é, nas trocas de favores políticos, que visam apenas à satisfação de benefícios particulares (MEDEIROS, 2011).

Por tal motivo, o funcionamento “normal” da democracia no país caracterizou-se como dependente das chamadas “coalizões”, ou seja, das alianças formadas entre partidos políticos na busca de um objetivo específico compartilhado: alcançar ou manter-se no poder. Desta forma, não basta o cidadão escolher quem melhor representa seus interesses, porque o escolhido (Poder Executivo) deverá também obter apoio político de ampla maioria perante o Poder Legislativo, formando uma base de sustentação necessária para que suas matérias sejam aprovadas e tornem-se leis. Isto é, ele precisa primeiramente de governabilidade, para que, após, possa então efetivamente pôr em prática sua agenda governamental, atendendo à população (ou, muitas vezes ocorre de atender interesses privados) através de políticas públicas e exercer a sua governança.

Essa base de apoio político-partidário formada pelas alianças foi chamada primeiramente pelo cientista político Sérgio Abranches em 1988 de “presidencialismo de coalizão”, embora tal expressão possa ser também adaptada às esferas estaduais e municipais. Para Abranches (1988), tal fenômeno se constitui em um processo com três momentos principais: a “constituição da aliança eleitoral”, em que se elabora um programa político para tal composição; a “constituição do governo”, quando a distribuição de cargos e compromissos é efetivada, a partir do que foi programado; e a “transformação da aliança em coalizão efetivamente



governante”, que se refere ao processo de implantação das políticas governamentais.

Dessa forma, pode-se afirmar que a governabilidade em um país democrático e multipartidário como o Brasil depende do quão eficiente será o Poder Executivo em firmar acordos de mútuo interesse com o Legislativo, o que se pode traduzir em quantos cargos serão distribuídos ou em quantas verbas serão disponibilizadas. Passada esta fase, de mobilização de meios e recursos organizacionais e financeiros necessários, o governo então disporá de capacidade para definir, implementar e sustentar suas políticas públicas, destinadas a resolver os problemas da sociedade, isto é, de governar (SANTOS, 1997).

Em tese, a prática de alianças para que o chefe do Executivo alcance a governabilidade é considerada como um arranjo político-institucional benéfico à população em geral. Por meio das coalizões é possível unir vários partidos em prol de uma agenda de governo, com seus programas, planos e ações a serem executados em prol do povo, além de oferecer estabilidade e segurança política ao país.

Para José Américo Rubiano (2016), a coalizão, quando bem estruturada e bem gerida, é um espaço político democrático, gerador de serviços em melhor qualidade prestados à toda sociedade, destinatários finais da Administração Pública.

No entanto, essas alianças envolvem um papel muito mais estratégico para os partidos e seus próprios líderes políticos por trás da proposta de visar apenas ao bem comum. Após a eleição do chefe do Poder Executivo, o sucesso de seu governo não é garantido, já que, para sua permanência no poder e para conseguir ter a governança, ele precisará ceder espaços na administração a sua base política aliada (governabilidade), comprometendo a atuação da Administração e o atendimento ao interesse público.

Dentre estes espaços de trocas entre os partidos políticos, para assegurar que se mantenha a governança e a governabilidade, os cargos em comissão são considerados os mais vulneráveis, visto que ocorre de demandar custos ao Erário e não haver a prestação de bons serviços pelo ocupante. Dessa forma, o próximo ponto analisará a troca de favores políticos que ocorre a partir dos cargos em comissão.



2 A TROCA DE FAVORES POLÍTICOS UTILIZANDO-SE DOS CARGOS EM COMISSÃO

Diante das (in)tensas relações entre os poderes Executivo e Legislativo, visto que há um presidencialismo de coalizão (adaptado à esfera municipal, no presente artigo) e o multipartidarismo, a fim de se manter a governabilidade e governança é comum que os governos e partidos políticos utilizem-se de troca de favores.

Exemplo atual de barganha em troca de apoio político são os cargos comissionados de recrutamento amplo, ou seja, sem vínculo com a Administração, de livre nomeação e exoneração. Estes diferem dos cargos públicos, pois, em tese, exigem habilidades difíceis de exigir em um concurso público e precisam ser preenchidos de forma rápida, e por tempo determinado, já que as necessidades da população se renovam a cada momento, além de se tornarem cada vez mais complexas. Porém, na prática, os cargos em comissão muitas vezes se configuram como um verdadeiro clientelismo institucional, não se coadunando com um modelo de Administração Pública gerencial.

Esta prática que, em muitos casos, viola o princípio da moralidade, ocorre porque o administrador, titular do poder, precisa nomear para determinada função aquele que mais presta fidelidade aos seus ideais egoísticos – que guardam grande relação com a política –, a fim de retribuir-lhe tal favor. Deste modo, a função fica debilitada, já que não será exercida por aquele que está mais bem preparado profissionalmente, indo de encontro aos interesses da sociedade, e, conseqüentemente, aos princípios norteadores da Administração Pública (FERREIRA, 2014).

O cargo comissionado é criado por lei ordinária. A Constituição Federal pecou ao não estabelecer quantos cargos devam ser preenchidos por servidores concursados e quantos por livre nomeação, trazendo apenas que aqueles serão exercidos nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, sem exigir qualquer tipo de qualificação técnica ou profissionalização. O provimento fica então à cargo do administrador público competente e sua livre escolha, caracterizando-o como ato discricionário. De acordo com dados atuais revelados pelo site G1 da emissora de televisão Rede Globo, “o governo federal tem hoje 21,7 mil cargos comissionados, sendo 16.085 ocupados por servidores de carreira e 5.615 por não concursados” (MATOSO; PASSARINHO, 2016).



Os números acima elencados são extremamente onerosos para a Administração Pública. Além disso, esse grande número de cargos em comissão também prejudica o devido funcionamento da máquina pública, já que muitos dos comissionados não são selecionados devido ao mérito, mas sim pela troca de favores políticos, colocando o interesse público em segundo plano e comprometendo a qualidade dos serviços prestados à sociedade. Neste sentido, tem-se a equação de que quanto mais cresce o número de cargos apadrinhados, mais diminui a eficiência do serviço público em razão da falta de qualificação técnica ou profissional.

É certo que a Administração Pública dispõe de poder discricionário, prerrogativa legal à qual permite ao administrador a possibilidade de escolha quanto a quem deva nomear ou exonerar nos cargos em comissão, sem a necessidade de exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos – conforme artigo 37, inciso II, da Lei Maior – ou de processo administrativo, respectivamente. No entanto, os atos administrativos devem ser oportunos e convenientes, seguindo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, dentre tantos outros que norteiam a atividade pública, como o princípio implícito da indisponibilidade do interesse público, quando no desempenho de suas funções, todos dirigidos a atingir o fim único que é o interesse comum.

O que se observa no cenário brasileiro atual, com os cargos em comissão muitas vezes sendo utilizados para a troca de favores políticos e para que se mantenha a governança e a governabilidade do governante, é que o interesse público não é observado. A conveniência e a oportunidade da Administração Pública restaram substituídas pelas do administrador, configurando-se como desvio de poder e desmoralização do serviço público (CARVALHO, 2011).

No entendimento de Hely Lopes Meyrelles (1990, p. 109):

O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.

Além disso, a criação indiscriminada e o loteamento partidário dos cargos comissionados fraudam a legítima investidura do servidor concursado (PIRES,



2012). O sistema do concurso público surgiu justamente para tentar evitar tanto a nomeação como a exoneração discricionária para os cargos públicos, caracterizando-se como uma forma de controle prévio da atuação administrativa. A intenção era criar um sistema meritório no qual fosse possível escolher, de forma isonômica e imparcial, os melhores indivíduos para exercer determinada função, o que, com a nomeação excessiva de cargos em comissão, acaba por afrontar este sistema meritório (FERREIRA, 2014).

A fim de ilustrar tal cenário, qual seja, a troca de favores políticos utilizando-se dos cargos em comissão como moeda de barganha à formação de bases aliadas, o próximo ponto irá apresentar duas jurisprudências do tribunal de justiça do RS que configuram esta situação, analisando-as.

2 A JURISPRUDÊNCIA EM QUESTÃO NA ESFERA MUNICIPAL

Após a abordagem de conceitos como governança, governabilidade e presidencialismo de coalizão, a partir da ótica de formação das alianças político-partidárias, bem como após a explanação acerca da violação de preceitos da Administração Pública de muitos dos cargos comissionados, serão analisados os resultados da pesquisa jurisprudencial realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema.

A primeira jurisprudência encontrada trata a respeito de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, na Comarca de Montenegro, em data de 03 de setembro de 2014, pela prática de ato de improbidade administrativa, atentando contra os princípios da administração pública – legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade e isonomia –, em face de Tiane Forneck e Leonardo Luiz Müller, sendo este o Prefeito Municipal de São Pedro da Serra à época.

Nesta presente situação, o demandado, então Prefeito Municipal de São Pedro da Serra, nomeou a demandada para exercer cargo em comissão de Coordenadora de Educação Infantil, mesmo não possuindo a capacidade necessária para o exercício do cargo de coordenação, que exige nível superior em pedagogia ou pós-graduação, nos termos do art. 64 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Em seguida, o requerido nomeou a demandada para o cargo em comissão de Diretora de Educação Infantil, no qual permaneceu por cerca de 1 ano, importando afronta ao disposto no art. 35, §1º, da Lei Municipal nº 654/02, onde é estabelecido



que os cargos de diretores de escola são privativos de professor ou pedagogo do Município, postos à disposição.

Não bastando a ilegalidade das nomeações para ambos os cargos comissionados, e exatamente por não ter qualificação técnica suficiente, a ré Tiane sempre ficou em desvio de função, exercendo exclusivamente as atividades típicas de Monitora de Creche, cargo de provimento efetivo para o qual foi desaprovada no respectivo concurso, não obtendo sequer a nota mínima de 5,0 e, com isso, tirando a vaga de outra candidata concursada. Quando ouvida, a ré sequer tinha o conhecimento de que havia sido nomeada para o cargo de Diretora de Educação Infantil.

O Ministério Público então requereu a condenação dos réus pela prática de ato de improbidade administrativa, com a aplicação das sanções previstas no inciso III do art. 12 da LIA; e a inicial foi recebida em 27 de junho de 2008.

Inconformado, o demandado Leonardo Luiz Müller interpôs agravo de instrumento, o qual não foi conhecido pela Superior Instância.

Citado, o requerido Leonardo Luiz Müller apresentou contestação, aduzindo, em resumo, que os agentes políticos não estão sujeitos à LIA, porquanto, no caso dos prefeitos municipais, aplicável as disposições do Decreto-Lei 201/67. Sustentou a ausência de ilegalidade na nomeação da demandada para exercício de cargo comissionado, porquanto existia lei municipal que criou o cargo, inexistindo enquadramento da conduta em tipo penal, LIA ou outro documento legal. Requereu a improcedência do pedido e a condenação do autor aos ônus da sucumbência.

A demandada Tiane Forneck, embora citada pessoalmente, não contestou o pedido, sendo-lhe decretada a revelia. Apelou o autor sustentando a procedência, no sentido de condenar os réus Tiane e Leonardo como incursos nas sanções previstas no inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, em razão da prática do ato ímprobo previsto no art. 11, 'caput', e incisos I e V, da Lei 8.429/92".

Considerando as circunstâncias do caso, a apelação foi, à unanimidade, provida em 3 de setembro de 2014, restando os réus condenados pelo cometimento da improbidade administrativa do art. 11, *caput*, e incisos I e V, da Lei 8.429/92, e por decorrência às seguintes sanções, previstas no inciso III do respectivo art. 12:

(a) suspensão dos direitos políticos o réu Leonardo Luiz Müller por três anos;



(b) ambos à multa civil de dez vezes a última remuneração, respectivamente como Prefeito e como Diretora de Educação Infantil, com atualização monetária pelo IGP-M e juros moratórios mensais de 1% desde então (STJ, Súm. 54);

(c) ambos proibidos de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Segundo o relator Irineu Mariani, a conduta do réu Leonardo avança do âmbito da ilegalidade para o da imoralidade administrativa, uma vez que objetivou retribuir favores políticos a um vereador, pai de Tiane, integrante de Partido da coligação que apoiou o Prefeito na sua eleição, caracterizando, por isso, ato planejado e executado conscientemente, desta forma, praticado de forma dolosa.

Além disso, a evidente “burla” ao concurso público em que a ré Tiane não obteve êxito e mesmo assim foi nomeada constitui grave afronta aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. A discricionariedade no provimento de cargos públicos mediante a nomeação de cargos em comissão não pode ser confundida com liberalidade. Lamentavelmente, a concessão de destes cargos se torna “moeda de troca” ou, o que é pior, como verdadeiro “loteamento” de cargos públicos com o favorecimento de filiados e militantes de partidos políticos.

Tratou-se, assim, de inafastável utilização da máquina pública, do poder-dever de administrar a “coisa pública”, de forma flagrantemente desvirtuada dos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, para favorecer determinada pessoa (a ré Tiane) em satisfação à conveniência pessoal do então Chefe do Poder Executivo Municipal (o réu Leonardo), o que se enquadra perfeitamente à hipótese de improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429.92.

Passando à análise da segunda jurisprudência encontrada junto ao sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, esta trata a respeito de negativa de seguimento de recursos de apelação, em 24 de agosto de 2015, interpostos por Jorge Jarbas Jesus de Abreu, então Secretário Municipal de Administração do município de Jóia, e Jânio Ivan Andreatta, Prefeito Municipal do mesmo município à época, contra sentença que julgou procedente a ação civil pública fundada na prática de atos de improbidade administrativa, tipificados no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, que lhes moveu o Ministério Público.



Nesta outra situação, foram apuradas irregularidades na contratação de várias pessoas no Município de Jóia, indicadas pelo Secretário Municipal de Administração, as quais estavam, em tese, desempenhando funções de direção, chefia e assessoramento durante a gestão do então prefeito Jânio. Porém, na prática, foi verificado que essas pessoas exerciam funções típicas de execução na Administração Municipal, conforme foi constatado por documentos e pelos próprios contratados.

Novamente, segundo os relatos, uma das nomeações era uma retribuição de favores prestados por apoiar a coligação do prefeito em sua eleição na época de campanha, com claro propósito de satisfação à conveniência pessoal em detrimento do interesse público. Pelo o que foi exposto por uma das testemunhas, o contratado, a pedido do Secretário Municipal de Administração, colocou inclusive material de divulgação eleitoral no terreno de sua residência.

Segundo a relatora Denise Oliveira Cezar a respeito do que foi apresentado nos recursos, o servidor em desvio de função não configura, isoladamente, ato de improbidade administrativa, mas tão somente quando o contratado, desde sua nomeação, passa a exercer função típica de servidores efetivos, configurando o propósito de preenchimento de cargos sem o devido concurso público e a devida qualificação. Assim, ela afirma tratar-se de indevida utilização da estrutura estatal de modo absolutamente desvirtuado dos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, objetivando, mediante atos conscientemente planejados (dolo), apenas a retribuição de favores políticos para atender interesses privados. Entre os princípios afrontados estão o da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Dessa forma, considerando a gravidade das condutas e com atenção aos princípios da proporcionalidade e da suficiência, bem como ao grau de responsabilidade de cada réu (princípio da individualização da pena), a relatora entendeu que as penas foram adequadamente fixadas na sentença, negando seguimento aos recursos interpostos.

Do resultado das duas sentenças, resta claro que o administrador deve sempre se lembrar do quão importante são os princípios que regulam sua atuação enquanto sujeitos da Administração Pública, bem como exercer a sua função em atendimento ao interesse público. Dessa forma, o Poder Judiciário ocupa-se de sua função fiscalizatória quanto ao mérito dos atos discricionários, que muitas vezes se



desvirtuam dos princípios constitucionais e da sua finalidade maior que é o interesse público.

Neste sentido e verificando-se que, mesmo em cargos comissionados, ocorre um controle judicial, será analisado alguns referenciais teóricos que corroboram com tal função exercida pelo poder Judiciário.

3 O CONTROLE JUDICIAL MERITÓRIO SOBRE OS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Após a análise jurisprudencial, considerando a necessidade de atendimento dos princípios constitucionais dos atos praticados pela Administração Pública, o controle efetuado pelo Poder Judiciário exerce papel fundamental para atender às demandas dos administrados.

Apesar da tutela jurisdicional sobre a atividade administrativa sempre ter gerado controvérsias quanto à possível afronta ao princípio da separação dos poderes, a jurisprudência tem se manifestado cada vez mais a favor da respectiva intervenção. Essa possibilidade encontra fundamento no texto constitucional, por força do inciso XXXV do artigo 5º, quando preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

No tocante a este trabalho, tem-se a materialização deste preceito constitucional quanto à legitimidade do concurso público e da necessidade de atendimento do princípio da moralidade, muitas vezes sendo o mesmo burlado em face de nomeação de cargos em comissão para o favorecimento da troca de favores políticos, conforme as jurisprudências analisadas.

Dessa forma, consoante à discricionariedade administrativa, o controle judicial não se restringe apenas a verificar a legalidade dos atos perante a lei, mas também a analisá-los conforme os princípios constitucionais que norteiam a Administração. Quando estes princípios são atentados por qualquer conduta de má-fé do administrador que viole seus deveres, caracterizado está o ato de improbidade por força do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Portanto, os atos administrativos discricionários que ultrapassem os seus próprios limites possibilitam o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, o que os doutrinadores contemporâneos vêm denominando de “princípio da juridicidade”.

Desse modo, a Administração tem sua amplitude discricionária regida por determinados princípios e objetivos, ao passo que deixa de estar vinculada somente



à lei formal, passando a estar vinculada ao ordenamento jurídico como um todo: princípios, costumes e jurisprudências. Em contrapartida, como consequência, amplia-se a possibilidade de controle judicial sobre a atividade administrativa, na medida em que se permite ao julgador examinar aspectos além da legalidade, como, por exemplo, o mérito do ato, resumido no binômio oportunidade e conveniência, como forma de conter possíveis arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa. Sendo assim, os atos discricionários devem ser analisados sob o paradigma do poder-dever de “boa-administração”, o que decorre de uma sintonia entre os atos praticados pelo administrador e a finalidade legal e pública que os justifica (VIEGAS, RABELO, VIEGAS, 2011).

Para o Supremo Tribunal Federal, corte excelsa do Poder Judiciário nacional, tem-se que:

a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário número 75.421, 1976).

Logo, o poder discricionário não é ilimitado. A análise jurisdicional do mérito dos atos administrativos, exigindo-se probidade e ética por parte do administrador público, deve ser o pressuposto para uma boa administração, e, por consequência, para uma boa governança.

Para verificar a legitimidade de tal controle judicial, pode-se verificar a Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 11 em que classifica uma das três modalidades de atos ímprobos, qual seja a que viola os princípios da Administração pública, enumerando, nos respectivos incisos, as condutas ilícitas (ações ou omissões) do servidor, de forma exemplificativa.

Desta sorte, se, no caso concreto, confirmado for que determinado ato discricionário de provimento de cargo em comissão não atendeu à finalidade da norma, isto é, à satisfação do interesse público, impõe-se admitir o controle de tais atos administrativos (ASSIS, 2012).

Além do provimento indiscriminado de agentes públicos comissionados, o controle judicial também deve realizar-se quanto à criação dos próprios cargos. O legislador bem que tentou evitar o desvio de função ao estabelecer que estes



fossem destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (artigo 37, inciso V da Lei Maior), definindo limites à discricionariedade administrativa.

No entanto, pecou em permitir a exceção à regra, sem prever um percentual mínimo aos cargos a serem preenchidos por servidores de carreira, resultando no atual número excessivo de cargos comissionados na Administração, que não necessitam de prévia aprovação em concurso público ou, na maioria das vezes, de qualquer qualificação legal para exercerem as respectivas funções.

A criação de cargos em comissão destinados às funções de direção, chefia e assessoramento, que, na prática, não exerçam tais competências, desmoralizam o serviço público, legitimado pela realização do concurso público. Conforme já demonstrado, tal prática muitas vezes ocorre para assegurar a governabilidade em âmbito político, através da troca de favores, para a satisfação de interesses pessoais, como a obtenção de poder e a consecução de demais objetivos políticos, em detrimento da satisfação das necessidades da população em geral.

Desta sorte, a contratação dos cargos comissionados necessita de urgente observância aos princípios que regem a Administração Pública, a fim de evitar os atos que mitigam a atividade administrativa e o atendimento ao interesse público em decorrência da influência política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou dos embates trazidos no cenário brasileiro para se assegurar a governança e governabilidade, visto que se há um presidencialismo de coalizão e um sistema pluripartidário. Nesta senda, para que o Executivo tenha os seus laços estreitados com o Legislativo, muitas vezes o mesmo acaba por se envolver em trocas de favores políticos, sendo comum a utilização de cargos em comissão para este fim.

Da análise jurisprudencial, percebe-se que a contratação pública, especificadamente nos cargos comissionados, não raro é eivada de vício por improbidade administrativa. Além das consequências para aquele que foi aprovado em concurso público e mesmo assim preterido em benefício de outrem sem a devida qualificação, toda a sociedade em geral é atingida, visto que muitas vezes o serviço público será prestado de forma irregular e precária, afetando direitos fundamentais.



Como foi visto, essa troca de favores políticos, para assegurar a governança e governabilidade de determinado governo, muitas vezes desviam da sua finalidade maior que é o interesse público. Por isso, o controle judicial sobre a atuação da Administração Pública é de suma importância, especialmente em relação à aplicação do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), para que casos como o da jurisprudência analisada, quanto à contratação dos cargos comissionados de forma indevida, sejam devidamente fiscalizados e combatidos.

Isto pois, mesmo os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, devem atender aos princípios que regem a Administração Pública, bem como cumprir com a finalidade de respeitar o interesse público. Dessa forma, é possível um controle judicial quando a discricionariedade administrativa extrapolar os limites, para que não se constitua em um ato arbitrário.



REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sergio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados (Revista de Ciências Sociais)*, Rio de Janeiro: IUPERJ, vol. 31, no 1, pp. 3-55, 1988.

ASSIS, Paula de Resende. Os cargos públicos em comissão, a idoneidade moral e o controle pelo Poder Judiciário. *Dados* [online], 2012. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1203/OS%20CARGOS%20P%20C%9ABLICOS%20EM%20COMISS%20C%83O.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário número 75.421, julgado em 14 de outubro de 1976. Ministro Moreira Alves (relator). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1697>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação cível número 70057150955, julgada em 3 de setembro de 2014. Desembargador Irineu Mariani (relator). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70057150955&num_processo=70057150955&codEmenta=5931742&temIntTeor=true>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação cível número 70063716914, julgada em 24 de agosto de 2015. Desembargadora Denise Oliveira Cezar (relatora). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70063716914&num_processo=70063716914&codEmenta=6451932&temIntTeor=true>. Acesso em: 07 set. 2016.

CARVALHO, Helton Moraes. Criação e provimento dos cargos públicos comissionados e o controle pelo poder judiciário. *Dados* [online]. 2011, Âmbito Jurídico. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10721>. Acesso em: 23 jun. 2016.

FERREIRA, Mariana Carnaes. *O Clientelismo e os Cargos Comissionados: Impacto na Eficiência da Administração Pública*. São Paulo: 20014. Disponível em: <www.abdet.com.br>. Acesso em 06 jul. 2016.



MANFREDINI, Karla M. *Democracia Representativa Brasileira: o voto distrital puro em questão*. Florianópolis, 2008.

MATOSO, Filipe; PASSARINHO, Nathalia. Governo quer cortar 4 mil cargos comissionados, diz Romero Jucá. Dados [online]. 2016, G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/05/governo-quer-cortar-4-mil-funcoes-de-confianca-diz-romero-juca.html>>. Acesso em 22 jun. 2016.

MEDEIROS, Alexsandro Melo. *Democracia Representativa*. Dados [online]. 2011, Consciência Política. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ciber-democracia/democracia-representativa/>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

MEYRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª. Ed. RT, São Paulo, 1990, p. 109.

PIRES, Antonio. A farra dos cargos em comissão: *Brasil cabide*. Dados [online]. 2012, Jusbrasil. Disponível em: <<http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940622/a-farra-dos-cargos-em-comissao-brasil-cabide>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

Portal Administração. *Governança, governabilidade e accountability*. Disponível em: <<http://www.portal-administracao.com/2015/04/governanca-governabilidade-accountability.html>>. Acesso em: 05 set. 2016.

RUBIANO, José Américo. *Governo de coalizão ou governo de cooptação*. Dados [online]. 2016, Revista RPA News. Disponível em: <<http://revistarpanews.com.br/index.php/publi/item/322-governo-de-coalizao-ou-de-cooptacao>>. Acesso em 20 jun. 2016.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: Criação de Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte. *Dados* [online]. 1997, vol.40, n.3, pp.-. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000300003>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Dados [online]. 2011, Âmbito Jurídico. *O controle judicial dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9544&revista_caderno=4>. Acesso em 30 jun. 2016.