

PROPOSTA DE CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA DISTINÇÃO ENTRE OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO E OS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL, QUANTO AO DIREITO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.
Professor de Direito Civil na FA7 e no Instituto de Educação
Superior de Brasília. Advogado da União. Assessor de Ministro
do Superior Tribunal de Justiça

otavio.l Luiz@uol.com.br

otavio.rodrigues@mj.gov.br

Sumário: 1. Do problema e sua colocação; 2. Das manifestações vinculantes da Advocacia-Geral da União sobre os cargos de natureza especial, no que respeita ao direito administrativo disciplinar; 3. Dos cargos de natureza especial no direito positivo brasileiro. 3.1. Da evolução constitucional e legislativa. 3.2. Excursus. 3.3. Dos cargos de natureza especial na doutrina e jurisprudência brasileiras; 4. Uma proposta de taxionomia dos cargos políticos, de natureza especial e de provimento em comissão; 5. Do teste das hipóteses em face de um critério objetivo; 6. Das conclusões.

Resumo: O artigo visa a estabelecer um quadro dogmático de taxinomia dos cargos públicos de provimento transitório no direito administrativo brasileiro. As divisões entre cargos políticos, cargos de provimento em comissão e cargos de natureza especial não foram suficientemente exauridas na doutrina brasileira. Essa departição é indispensável ao fim de que se possam aplicar certos institutos de direito administrativo-disciplinar aos cargos de natureza especial, cujo regime jurídico é explicitado no estudo, a partir das fontes histórico-normativas, construções jurisprudenciais e doutrinárias.

Palavras-chave: Cargo em comissão. Cargo de natureza especial. Agente público. Agente político.

1 DO PROBLEMA E SUA COLOCAÇÃO

O regime disciplinar dos servidores públicos federais encontra sua sede material na Lei nº 8.112, 11-12-1990. É perceptível, nessa norma, a existência de sanções aplicáveis aos agentes públicos investidos em cargos de provimento efetivo e as imputáveis aos ocupantes de cargos de provimento em comissão.

No que concerne aos titulares de cargos de natureza especial, figura jurídica a latere, remanesce o notório problema de como situá-los ante o exercício da pretensão punitiva do Estado. O Parecer AGU nº GQ-35, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Sr. Presidente da República, em determinado excerto, anota que a “responsabilidade de que provém a penação do servidor não alcança os titulares de cargos de natureza especial, providos em caráter precário e transitório, eis que falta a previsão legal da punição”. Suposta essa assertiva, tem-se o problema: abrangeria essa manifestação apenas os Ministros de Estado ou teria o alcance de imunizar juridicamente os que ocupam os cargos de natureza especial, ao exemplo de Secretário-Executivo de Ministério? Seria possível criar um *discrimen* material entre os cargos em comissão, os de natureza especial e os cargos políticos, para os fins da sindicância e do processo administrativo-disciplinar? É à solução dessa problemática que se volta o vertente estudo.

2 DAS MANIFESTAÇÕES VINCULANTES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO SOBRE OS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL, NO QUE RESPEITA AO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Importa, antes de mais, revisar o conteúdo dos pronunciamentos vinculantes da Advocacia-Geral da União sobre o tema.

De rigor, o Parecer AGU nº GQ-35, que aprovou o Parecer AGU nº WM-09/94 (DJU de 16-11-1994) e a Nota nº AGU/WM-10/2004 constituem-se nas duas emanções oficiais daquele órgão sobre os cargos de natureza especial e seu controle administrativo-disciplinar.

O Parecer AGU nº GQ-35, que aprovou o Parecer AGU nº WM-09/94 (DJU de 16-11-1994), em seu conteúdo, assinala que: (a) é possível apuração de fatos, antes da indicição do agente, quando for o caso¹; (b) “o fato de não terem sido indiciados superiores hierárquicos, envolvidos nas irregularidades, atribuídas também

¹ “EMENTA: - Mandado de Segurança. Processo administrativo. Cerceamento de defesa. - Em face da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei n. 1.711/52, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado, que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu artigo 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocamente dos artigos 151, II, 156 e 159. Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como

a outros servidores, não é fator impeditivo da apenação dos últimos, porquanto a participação de cada um, presumidamente, terá sido objeto de apuração que dilucida, de forma individual, as responsabilidades administrativas, tanto daqueles ainda puníveis, quanto dos que foram desvinculados dos cargos, subtraindo-se das penalidades”; (c) “a comissão efetua a apuração na fase instrutória, de forma a elucidar a responsabilidade de cada envolvido, o que dá azo à apenação, não obstante o aspecto de superior hierárquico envolvido não haver sido indiciado, porque inviável a penalidade administrativa”.²

Por sua vez, a Nota nº AGU/WM-10/2004, fruto de uma provocação destinada a solver problema relativo a ex-Ministro de Estado, simplesmente manteve as conclusões do Parecer AGU nº GQ-35, quanto à impossibilidade de apuração disciplinar em face de ocupantes de cargos políticos. Ao viso dessa nota, a inexistência de indicição expressa cominando responsabilidades aos agentes ocupantes de cargo de natureza especial, no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União, inviabilizaria seu sancionamento. Daí, que, em suas conclusões, aponta-se:

“43. O titular de cargo político, cuja atuação nociva ao bem público seja objeto de apuração, em conjunto com a de outros autores, sem a condição de acusado, será cientificado da faina averiguadora e, se o quiser, poderá acompanhar a evolução do processo disciplinar, pessoalmente ou através de procurador regularmente constituído, bem assim proporcionar ao colegiado os informes que entender necessários à determinação da verdade do acontecido. Participação tal não ensejará indicição.”

‘acusado’), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, ‘caput’), sendo, então, ele, já na condição de ‘indiciado’, citado, por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, ‘caput’ e parágrafos 1. e 3.). Mandado de segurança deferido” (STF. Pleno. Mandado de Segurança nº 21721-9/RJ. Rel. o Sr. Min. **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**. DJU de 10-6-1994, p.77).

² O Parecer AGU nº WM-09/94, aprovado pelo Parecer AGU nº GQ-35, tem a seguinte ementa: “Apurase a responsabilidade administrativa dos servidores em geral, incluídos os titulares unicamente de cargos de natureza especial ou em comissão. Em relação aos últimos, são imperativas a indicição e defesa, ainda que tenha ocorrido sua exoneração, pois essa desvinculação é suscetível de conversão em destituição de cargo em comissão, na conformidade da Lei n. 8.112, de 1990, salvo se os fatos ilícitos precederam sua edição. A comissão de inquérito efetiva a apuração dos fatos na fase instrutória, com independência e imparcialidade, e somente indícia se comprovadas a falta e respectiva autoria. Não constitui nulidade processual a falta de indicição de quem o tenha sido em processo anterior, instaurado em virtude dos mesmos fatos, mas sendo este inacabado pelo decurso do prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos de apuração. Não é fator impeditivo da punição de servidor comprovadamente faltoso o aspecto de seus superiores hierárquicos, também envolvidos nas mesmas irregularidades, não terem sido indiciados porque a desvinculação destes do cargo de confiança tornou inviável a infligção de penalidade. A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos”.

3 DOS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

3.1. DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGISLATIVA

Fincada a posição do órgão de orientação jurídica da República, é de todo conveniente realizar uma pesquisa histórica na legislação constitucional, infraconstitucional e infralegal, que tem ou teve vigência até 2005, com vistas a acompanhar o tratamento jurídico conferido aos cargos de natureza especial.

Nas Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 inexistem alusões nominais aos *cargos de natureza especial*.

A Constituição Imperial cuidou que Ministro e Conselheiro de Estado seriam *empregados públicos*, enquanto o *status* de Deputado ou Senador corresponderia a uma função (art.32). Na Carta de 1891, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os juizes federais, os funcionários públicos, os oficiais da Armada possuíam cargos (arts.43; 50, parágrafo único; 57; 82; 85).

A *norma normarum* de 1934 estabelecia que o Presidente da República, os Ministros de Estado (art.62), os juizes (art.64, alínea a), os membros do Ministério Público (art.95, §3º) ocupavam *cargos*. Pela vez primeira, cuidou-se de afirmar que “os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” (art.168). Igualmente, de forma inédita, departiram-se os cargos de entre os demissíveis ao nuto do administrador e aqueles de provimento efetivo.

O art.172, §3º, da Constituição de 1934, declarou ser “facultado o exercício cumulativo e remunerado de comissão temporária ou de confiança, decorrente do próprio cargo”, enquanto se vedava aos Deputados, desde que fossem empossados, a ocupação de “cargo público, de que seja demissível ad nutum” (art.33, §1º, 2). Já o art.169 ditava que:

“Art. 169 – Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único – Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.”

A efêmera Constituição de 1937 deixou de trazer qualquer inovação nessa matéria.

A Constituição de 1946 enunciou que:

“Art. 188 – São estáveis:

- I. depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;
- II. depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.”

A Constituição de 1967 deferiu ao Presidente da República a competência exclusiva para a iniciativa das leis que “criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública” (art.60, inciso II). Seu art.95 distinguia entre cargos públicos de investidura por concurso e cargos em comissão, “declarados em lei, de livre nomeação e exoneração” (art.95, §2º).

Finalmente, a Constituição de 1988, mesmo em suas variegadas alterações, jamais cuidou dos cargos de natureza especial. Em sua normação persistem apenas os cargos, empregos e funções públicas (art.37, incisos I e II), podendo haver cargos de provimento efetivo e empregos públicos, cujo acesso depende de aprovação prévia em certame de provas ou de provas títulos. Existem, também, os cargos em comissão, de nomeação e exoneração livres, nos termos da lei. A expressão cargo é associada ao locus ocupado pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Prefeitos, Vereadores e magistrados.

Como visto, historicamente, não há como se extrair dos textos constitucionais um gradiente hermenêutico adequado para se analisar a estrutura e a função dos chamados cargos de natureza especial.

A tal respeito, é digno de nota que uma das mais antigas fontes normativas a prestigiar aquela nomenclatura foi o Decreto nº 84.669, de 29-4-1980 – DOU 30-4-1980, que regulamenta o instituto da progressão funcional a que se referem a Lei nº 5.645, de 10-12-1970, e o Decreto-Lei nº 1.445, de 13-2-1976. O inciso I de seu art.18 arrola explicitamente esses cargos.

A Lei nº 10.683, de 28-5-2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República, alterada pela Lei nº 11.204, de 5-12-2005, criou os cargos de natureza especial de Secretário Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (atualmente extinto), de Secretário Especial de Aquicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (art.38, caput). A esses cargos, atribuíram-se “prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado” (art.38, §1º).

A Medida Provisória nº 259, de 21-7-2005, que se converteu, com alterações, na mencionada Lei nº 11.204, de 5-12-2005, extinguiu o cargo de natureza especial de Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (art.4º, inciso II). Ao mesmo passo, criou o cargo de natureza especial de Subsecretário de Direitos Humanos da Secretaria-Geral da Presidência da República (art.5º). Ora, em face da conversão dessa norma provisória, como estampado no parágrafo anterior, os

assuntos relativos aos Direitos Humanos volveram a ser regidos por um titular de cargo especial com status de ministro.

3.2. *EXCURSUS*

A esta altura, cabe fazer um excursus.

O problema examinado, a submissão de titulares de cargo de natureza especial a processos administrativos disciplinares, até agora, aparenta não ter extraído respostas conclusivas da investigação normativa já realizada.

A solução do problema deveria atender a duas provocações hauridas dos pareceres e notas já sinalados: (á) a função nominal do cargo, se em desacordo com a função material, deveria ser desprezada, buscando-se a substância em detrimento da forma; (â) o cargo de natureza especial é uma espécie do gênero cargo em comissão, devendo submeter-se ao mesmo regime punitivo previsto em lei, o que dispensa a existência de norma específica para esses cargos.

Se verdadeiros esses postulados, desaparecido está o *discrímen* e a *ratio* da insubordinação dos titulares de cargo especial aos ritmos voltados à sanção administrativa típica.

Ao menos um desses postulados, contudo, encontra solução a partir do que já exposto.

Se, como visto, não há uma regra jurídica definidora do que seja cargo de natureza especial, nota-se que o critério da aferição material é imprestável (postulado á).

Não é recente a disputa entre a primazia da forma ou da substância no Direito. Revelha discussão filosófica, que já assaltava os gregos, especialmente vertida na obra de ARISTÓTELES, a polémica ganhou direito de cidade em Roma, na época clássica tardia, tendo-se formado inclusive duas respeitáveis escolas jurídicas, a dos Sabinianos e a dos Proculeanos. De tempos em tempos, as concepções formalistas e substancialistas ganham ou perdem ascendência sobre as idéias sociais, morais e jurídicas. Se o século XIX foi um período de evidência formal nas artes, na estética, na literatura e na moda, a última centúria timbrou-se por uma busca pela substância das coisas, o que, igualmente, se traduziu em todas as mencionadas esferas.³

Esse cansativo intervalo tem razão de ser: inibe considerações preconceituosas de *per si* quanto à preponderância da forma ou da substância. Discutir somente com base nessa dicotomia é infrutífero. E, juridicamente, não se mostra adequado como condicionante lógica. De tal mercê, se as funções do ocupante de cargo de natureza especial eram substancialmente as mesmas, quando ocupava um cargo DAS e, depois, quando este foi transformado em um cargo NES, que se dizer das funções de Secretário

³ BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência**: a história da cultura ocidental, de 1500 aos nossos dias. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p.438.

de Direitos Humanos? Como visto, em um curto intervalo, passou-se de cargo de nível especial com status de Ministro para cargo subordinado à Secretaria-Geral da Presidência, com o subsequente retorno ao nível primevo. Bem se vê que esse não é um argumento a ser mantido, por mais engenhosa e sagaz que seja sua concepção.

Mais ainda. Levando-se a extremos, ter-se-ia de imaginar um mecanismo de aferição de carga de especialidade dos locii na Administração. Tal proceder lembra as cargas de eficácia, técnica imaginada por FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA para classificar as ações. Não. A pesquisa tópica conduziria ao desprestígio das normas instituidoras dos cargos de natureza especial, que, até mesmo pela omissão legislativa, se não acham enquadrados em parâmetros diversos de importância.

Apenas ao gosto de argumentar, proponha-se, então, que amanhã sejam transformados todos os cargos comissionados (DAS) em cargos de natureza especial (NES). Como ficaria o problema? A vista do que se pesquisou, são poucos os cargos de natureza especial. Os Secretários-Executivos, o Procurador-Geral da União, o Consultor-Geral da União, o Defensor Público Geral da União e outros raros casos revelam sua ocorrência no quadro administrativo brasileiro. Seu caráter de exceção torna ainda mais adequada sua qualificação nominal. Em ocorrendo essa apoteótica explosão de cargos especiais, desequilibrando a nota de especialidade, só haveria de ser recitada a lenda de Potsdam, e dizer, com a simplicidade do camponês em resposta ao esbulhador, que por acaso era Rei da Prússia e Eleitor de Brandemburgo: “Ainda há juízes em Berlim, majestade”.

Crê-se resolvido o primeiro postulado. Tem-se, ainda, de solucionar a segunda quaestio, igualmente tormentosa, relativa à posição taxionômica e essencial dos cargos especiais.

3.3. DOS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

O postulado toma como evidentes as seguintes hipóteses de raciocínio: (a) os cargos de natureza especial são espécies dos cargos em comissão, uma vez que, sendo de livre nomeação e exoneração, destinam-se ao preenchimento, de forma transitória e precária, por pessoas que gozem da confiança dos superiores hierárquicos, no caso, do Presidente da República; (b) as características da livre nomeação e exoneração, fundada na confiança, vasocomunicam-se entre cargos de natureza especial e cargos comissionados.

Frustrada a solução hermenêutica pelo cânone da exegética, impõe-se o recurso à doutrina e à jurisprudência.

A divisão dogmática das posições ocupadas pelos agentes na Administração Pública é objeto de grande polêmica, não sendo este o cenáculo apropriado à sua decantação, muito menos esse é o fim do presente estudo.

Todavia, é indispensável esgotar essa vereda.

HELY LOPES MEIRELLES deparou os agentes do Estado em políticos e administrativos. Os agentes políticos seriam “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Esses agentes agem com liberdade funcional, descometendo-se de suas atribuições com direitos e responsabilidades próprios, firmados na Constituição e em leis especiais: “Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade que lhe são privativos”.⁴

Segundo HELY LOPES MEIRELLES as funções exercidas pelos agentes políticos têm natureza governativa, judicial e quase-judicial, ao estilo de: (a) feitura de normas legais; (b) direção dos negócios públicos; (c) deliberação independente sobre opções administrativas em sua esfera de atribuições. Define-os como “autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição”. Daí que, “em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder”.⁵

O critério discriminador entre os agentes políticos e os demais sergeants estaria em que:

“A situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados”.⁶

⁴ In. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo *et alii*. 23 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1998. p.74-79.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p.75.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p.77.

Segundo esse autor, é possível proceder a um inventário nominal dos agentes políticos: Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros; os representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público”.⁷

Em seguida, HELY LOPES MEIRELLES dedica-se a explicitar o sentido do que sejam os agentes administrativos, que, para o autor, se acham despossuídos do múnus de representação dos altos interesses políticos do Estado.⁸ Todavia, nenhuma referência direta faz aos chamados cargos de natureza especial.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO toma como pedra angular de sua classificação o conceito de agente público, compreensivo de todo e qualquer sujeito que se preste a atuar como instrumento de expressão volitiva do Poder Público, permanente ou episodicamente. Nesse universo estariam compreendidos desde o Presidente da República até os gestores de negócios públicos.⁹

No ápice da Administração Pública, estariam os agentes políticos, espécie do gênero agente público, definidos como “os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p.75.

⁸ “Os agentes administrativos não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhe são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração. Daí por que tais agentes respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício.

Esses agentes administrativos ficam em tudo e por tudo sujeitos ao regime da entidade a que servem e às normas específicas do órgão em que trabalham, e, para efeitos criminais, são considerados funcionários públicos, nos expressos termos do art. 327 do CP.

A categoria dos agentes administrativos - espécie do gênero agente público - constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração direta e indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República de 1988: a) servidores públicos concursados (art. 37, II); b) servidores públicos exercentes de cargos em comissão ou função de confiança, sem concurso, (...); c) servidores temporários, contratados ‘por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público’ (art. 37, IX)” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p.78.)

⁹ In. **Curso de direito administrativo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.227.

Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado.” Ainda em suas palavras são “agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores”. Isto porque o “vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política.” A legitimidade desses agentes não está em sua qualificação profissional ou técnica, mas, na “qualidade de cidadãos, membros da civitas e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade”.¹⁰

O autor citado não se pronunciou sobre os cargos de natureza especial. Definiu os cargos em comissão, tidos como “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”.¹¹

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO adota posição semelhante, restringindo a idéia de agente político aos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.¹²

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO informa que os agentes políticos são “aqueles os quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público”. Em seu rol de atribuições está o esboço dos “destinos fundamentais do Estado” e a criação de “estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja seus fins”. Transcrevendo-o diretamente, tem-se:

“Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito à prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores)”.¹³

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p.229.:

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p.280.

¹² In. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.423.

¹³ In. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997. p.353-355.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO escolheu a expressão agente público para qualificar genericamente “todos aqueles investidos em funções públicas, quer permanente, quer temporariamente”.¹⁴ Ao estudar os cargos em comissão, a autora aponta, de modo surpreendente, diga-se, que o Ministro de Estado é titular de um cargo em comissão do Quadro Geral de Cargos, desse modo “os cargos de maior graduação são, normalmente, cargos em comissão, não somente funções”. Sendo que, a tais agentes, aplicar-se-iam as sanções típicas do Regime Jurídico Único (dentre estas, a destituição e a demissão): “Portanto, os ocupantes de tais cargos, na verdade, são passíveis da aplicação de penas desse tipo, e não de pura e simples exoneração”.¹⁵

JOSÉ AFONSO DA SILVA, conquanto não aluda aos cargos especiais, anota que os Ministros de Estado ostentam cargo de “provimento em comissão, e, conseqüentemente, de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República”.¹⁶

Nessa mesma linha teórica de peculiares feições, DIÓGENES GASPARINI preleciona que os Ministros, Secretários de Estado são cargos em comissão, todos notabilizados pela demissibilidade ad nutum e excogitação livre por seus designadores. Ao seu viso, esses cargos “são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração”.¹⁷ Para o autor, o cargo de Ministro insere-se na classe dos locii isolados, não integrando qualquer carreira.¹⁸

ODETE MEDAUAR procede a semelhante aproximação entre o cargo de Ministro e os cargos comissionados. Para a doutrinadora, a temporariedade é o pressuposto do cargo em comissão, a qual se vincula à idéia de confiança, exibindo o critério subjetivo que presidiu a nomeação de seu titular e sua permanência no cargo. A função ministerial ajusta-se simetricamente a esse perfil.¹⁹

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO prefere o termo servidor público para designar “todos os indivíduos que estão a serviço remunerado das pessoas jurídicas de direito público”.²⁰ Em suas palavras, os “cargos em comissão são lugares nos quadros

¹⁴ In. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p.567.

¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.* p.584.

¹⁶ In. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.496.

¹⁷ In. **Direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.194.

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.* p.197.

¹⁹ “O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade; esse cargo, também denominado cargo de confiança, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança; exemplo: o cargo de Ministro de Estado. (...) De acordo com a Constituição Federal, art.37, inc.V, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, 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 às atribuições de direção, chefia e assessoramento” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p.328).

²⁰ In. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.276.

da Administração Pública, aos quais se atribuem funções de direção, chefia e de assessoramento, providas por livre nomeação e desprovidos, também, por exoneração ad nutum, e a serem preenchidas por quaisquer pessoas que satisfaçam os requisitos legais” Nenhuma alusão aos cargos de natureza especial é feita pelo autor.²¹

Singular é a opinião de IVAN BARBOSA RIGOLIN, quando situa os Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas numa posição intermediária entre agentes políticos e servidores públicos. Para esse autor, “são categorias híbridas, ou mistas, de agentes políticos, por inteiro diferenciadas das demais”.²²

Na obra de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA é encontrada uma sintética passagem em que se destaca um excerto de grande utilidade a esta investigação. O autor dispõe os cargos públicos em três ordens: (a) cargo político, cujo provimento dá-se por eleição ou tem natureza vitalícia; (b) cargo em comissão, de provimento precário e exonerável a qualquer tempo; (c) cargo efetivo, somente ocupável mediante concurso público.²³

De entre os cargos políticos estariam o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Senadores, os Deputados e seus correlatos nas unidades federadas municipais. Em um interessante trecho, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA faz menção ao cargo de natureza especial de Secretário Executivo de Ministério:

“O Poder Executivo é auxiliado pelos Ministros (art.76), que integram o corpo de auxiliares do Presidente da República e, embora não eleitos, seus ocupantes são nomeados, livremente, pelo Presidente da República, para agirem em seu nome e do Governo. Daí exercerem funções políticas. *Há alguns integrantes do governo que são equiparados aos Ministros, como os Secretários Executivos.*”²⁴

Outrossim, em repertórios enciclopédicos jurídicos, é possível encontrar a descrição do *cargo de governo*, assim entendido aquele nomeado pelo Presidente da República, diretamente relacionado com a função governamental.²⁵

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p.286.

²² In. **O servidor público nas Reformas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.15.

²³ In. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.15-16.

²⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.* p.16.

²⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.13. p.202; NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002; SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.207.

Quanto à uma referência explícita aos cargos de natureza especial, ousa-se dizer que a quase totalidade da boa doutrina brasileira não lhe dedicou um único parágrafo. Ao exemplo de todas as precedentemente citadas, os demais estudos, manuais e monografias não mencionam esses cargos, e, por óbvio, silenciam quanto à sua peculiar natureza.²⁶

Infrutífera também a investigação em periódicos especializados, a partir da década de 1980, quando exsurge essa categoria no direito brasileiro.²⁷

As construções pretorianas revelam semelhantes líveis de incerteza taxionômica.

As definições encontradas nos arestos permitem formular estes grupos de casos sobre a estrutura de cargos na Administração Pública Federal:

(i) Os cargos em comissão e os cargos de natureza especial ocupam posições específicas distintas, não se prefigurando um liame de gênero a espécie, mas, de gênero e gênero.

Nesse sentido, citam-se: a) a Apelação em Mandado de Segurança nº 9.601.514.821-DF, apreciada em Primeira Turma Suplementar do Tribunal Federal da Primeira Região, com ementa no DJU de 17-3-2005, p.40, forte em voto do rel. o Sr. Juiz JOÃO CARLOS COSTA MAYER SOARES²⁸; b) a Remessa Necessária nº 9.302.170.926/

²⁶ Nesse rol alistam-se as obras de ALEXANDRE DE MORAES (**Constituição do Brasil interpretada** e legislação constitucional. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.851), LUÍS ROBERTO BARROSO (**Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.144), CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (**Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3., t.3. p.66), UADI LAMMÊGO BULOS (**Constituição Federal anotada**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.643), ANDRÉ RAMOS TAVARES (**Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.943), LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR (**Curso de direito constitucional**. 7 ed. revis. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.302) CELSO RIBEIRO BASTOS (**Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.442), EDIMUR FERREIRA DE FARIA (**Curso de direito administrativo positivo**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.140), EGBERTO MAIA LUZ (**Direito administrativo disciplinar**. São Paulo: José Bushatsky, 1977. *passim*), J. M. OTHON SIDOU (**Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997) e JOSÉ ARMANDO DA COSTA (**Controle judicial do ato disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. *passim*).

²⁷ Por todos, citam-se: CARVALHO NETO, José Francisco de. Estatuto jurídico do ocupante de cargo em comissão. In. **Jurídica** : administração municipal, v.9, n.6, p.1-2, jun. 2004; PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Funções de confiança e cargos em comissão. In **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, v.7, n.1, p.93-96, abr./jun. 2000).

²⁸ “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MP 1.160/95. PORTARIA MARE 3.596/95. PUBLICAÇÃO DA ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO - DAS -, NÍVEIS 6, 5 E 4 E DE NATUREZA ESPECIAL. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. NÃO-OCORRÊNCIA. DECOMPOSIÇÃO DA ESTRUTURA EM VENCIMENTO, REPRESENTAÇÃO MENSAL E GADF.

1. A Portaria MARE/3.596, de 27 de outubro de 1995, em cumprimento à determinação contida na MP 1.160/95 (reeditada sob o número 1.195/95) – que afastou o critério de reajustamento dos quintos previsto na MP 831/95 -, apenas publicou a composição da estrutura de remuneração dos cargos em comissão do grupo Direção e Assessoramento Superior - DAS, níveis 6, 5 e 4, e dos cargos de natureza especial, que serviram de base para a incorporação dos quintos, decompondo-a em vencimento, representação mensal e gratificação de atividade pelo desempenho de função - GADF. (Cf. TRF1, AC 2000.33.00.009742-1/BA, Primeira Turma, Juiz convocado Itelmar Raydan Evangelista, DJ 27/09/2004.)

2. Apelação não provida.”

RJ, julgada pelo Tribunal Federal da Segunda Região, em Terceira Turma, voto condutor do Sr. Juiz CELSO PASSOS ao estilo do DJU de 7-12-1995, p.85.262.²⁹ “Administrativo – Servidor público – Retificação do ato de aposentadoria. – Procedentes as razões apresentadas pelo autor, que provou o efetivo exercício em cargos em comissão e funções de confiança por mais de 20 anos, interpolados, além do cargo de natureza especial de diretor-presidente da companhia por mais de 06 anos consecutivos, resultando na incorporação de 5/5 das – 101.6.

– Sentença reconhece que o autor faz jus, além das vantagens concedidas, à representação mensal correspondente, na forma da Lei 6732/79, DL 1445/78 e art.180, II, §2º da Lei 1711/52.

– Prova nos autos demonstra que o art.180, da Lei 1711/52, teve seus requisitos satisfeitos pelo autor.

O Supremo Tribunal Federal, *en passant*, expressou essa relação distinta ao consignar que “na MP 296/91, à primeira vista, os arts. 2º a 6º cuidam de autênticas reavaliações dos vencimentos reais de carreiras ou cargos diferenciados, que não se podem afirmar de logo desarrazoadas ou discriminatórias: exemplos significativos (diplomatas, grupos DAS, cargos de natureza especial)”³⁰

(ii) O cargo de Ministro de Tribunal Superior tem natureza cargo de natureza especial.

O mesmo Tribunal Federal da Primeira Região, em Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 199.901.000.325.009-DF, apreciada em Primeira Seção, conforme DJU de 7-2-2000, p.80, rel. o Sr. Juiz JIRAIR ARAM MEGUERIAN, assim decidiu: “Porque o acesso ao cargo, de ‘natureza especial’, de Ministro de Tribunal Superior se faz pela forma de provimento originária de nomeação, em regime jurídico próprio e específico, inclusive remuneratório, ‘rompe-se com os laços do passado,

²⁹ “Administrativo – Servidor público – Retificação do ato de aposentadoria. - Procedentes as razões apresentadas pelo autor, que provou o efetivo exercício em cargos em comissão e funções de confiança por mais de 20 anos, interpolados, além do cargo de natureza especial de diretor-presidente da companhia por mais de 06 anos consecutivos, resultando na incorporação de 5/5 das - 101.6.

– Sentença reconhece que o autor faz jus, além das vantagens concedidas, à representação mensal correspondente, na forma da Lei 6732/79, DL 1445/78 e art.180, II, §2º da Lei 1711/52.

– Prova nos autos demonstra que o art.180, da Lei 1711/52, teve seus requisitos satisfeitos pelo autor.

– Sentença confirmada e remessa oficial a que se nega provimento.

– Decisão unânime.”

³⁰ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525/DF, Tribunal Pleno, Rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 2-4-2004, p.8.

submetendo-se, o novo juiz, única e exclusivamente às disposições da Lei Complementar n. 35/79' (STJ: RMS 8.408-RS, DJU 16 FEV 98)."

(iii) Os cargos de natureza especial podem abranger hipóteses diversas do cargo de Ministro

O Pretório Excelso, em diversas ocasiões, considerou os cargos de Auditor, Procurador da Fazenda e membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas como ostensivo da *natureza especial* (RTJ 115/18; 115/47; 67/324).

(iv) A titularização de cargo de natureza especial não dota seu ocupante da mesma dignidade jurídica de Ministro de Estado

O Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos (Questão de Ordem no Inquérito nº 2044, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 17-12-2004, DJU de 8-4-2005, p.7³¹; Agravo Regimental na Reclamação nº 2356/SC, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 10-6-2005, p.5)³², apreciou a natureza jurídica dos cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, aos quais a lei conferiu prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios. Para essas espécies, denegou-se-lhes o foro privilegiado, típica garantia dos ministros propriamente ditos.

(v) Os cargos de natureza especial são espécies do gênero comissão de provimento em comissão

Recolhem-se os arestos citados na excelente Nota Interna nº 166/2005/EAT/DDPU/PGU/AGU, todos do Tribunal Federal da Primeira Região, relativos a ocupação de imóveis funcionais. Em um dos acórdãos está colocado que a parte foi nomeada “para outro cargo em comissão”, o qual seria um “outro cargo de natureza especial na Agência Nacional de Vigilância Sanitária”. Em outro prejudgado, está dito que “o ocupante do cargo em comissão, de natureza especial, denominado Procurador-Geral da Justiça do Trabalho”.

4 UMA PROPOSTA DE TAXIONOMIA DOS CARGOS POLÍTICOS, DE NATUREZA ESPECIAL E DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

É severa a assimetria taxionômica observada na dogmática e na jurisprudência. Ante essa constatação, incumbe tentar estabelecer alguma ordem nesses

³¹ “EMENTA: STF - competência penal originária: Ministros de Estado. Para efeito de definição da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, não se consideram Ministros de Estado os titulares de cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aqüicultura e Pesca da Presidência da República. Precedentes” (RT 837/503).

³² “EMENTA: Reclamação: improcedência. Para efeito de definição da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, não se consideram Ministros de Estado os titulares de cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aqüicultura e Pesca da Presidência da República. Precedente (Inq-QO 2044, Pleno, Pertence, 17.12.2004)” (RTJ 194-01/147).

conceitos, a partir de um mínimo de uniformidade conceitual nesse emaranhado de contradições. Valendo-se do método das aproximações específicas, oriundo da velha lógica-formal do Estagirita, é lícito estabelecer um elemento comum aos cargos políticos, de natureza especial e de provimento em comissão: todos são de livre nomeação e exoneração pela autoridade. O único critério é o nuto, inescapável dos controles da causa-motivo.

Coadjuva sobremaneira essa constatação. Primeiramente, porque estabelece um ponto de aproximação entre as espécies. Em segundo lugar, por vulnerar um dos fundamentos do que se convencionou denominar de postulado *â*: os cargos de natureza especial são espécies do gênero cargo em comissão, pois também sujeitos ao libitum da autoridade quanto ao provimento e à exoneração. Se os cargos políticos também o são, é falho o argumento de que se estaria diante de uma relação *genus ad spes*. Em sendo verdadeira a tese, como se colocariam os cargos políticos em face dos cargos comissionados? A se entender que os últimos ocupam o locus reservado ao gênero, como defendem alguns autores³³, o problema encontraria solução radical: todos os cargos timbrados pelo elemento *fidúcia* como causa eficiente da nomeação sujeitar-se-iam ao procedimento disciplinar. Inclusive, os ministros de Estado.

Admitida como verdadeira a premissa de que a *fidúcia* e o *libitum* são notas características definidoras da essência dos três cargos, todos restariam colocados numa relação *spes ad spes*. Passa-se, pelo método das aproximações, ao que os diferencia.

Os chamados cargos políticos, atualmente em franco declínio teorético, pois é nítida a evolução no sentido de retirá-los da torre de marfim a que lhes destinou a dogmática clássica, têm sua natureza assentada no exercício de funções de império: “Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988”³⁴. São os “formadores da vontade superior do Estado”³⁵. Correspondem aos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.³⁶

É bem razoável admitir que a especificidade do exercício das funções dirigentes do Estado exima esses agentes políticos do controle disciplinar comum dos servidores. Entretanto, vejam-se dois outros casos: o Secretário-Executivo de Ministério, ocupante de cargo de natureza especial, e o titular de Secretaria Especial, também ocupante de mesmo cargo, mas, com status de Ministro.

É inegável que o Secretário-Executivo, denominado em alguns países de Vice-Ministro, conquanto ocupe cargo de natureza especial, acumula funções tipicamente administrativas (é o responsável pela gestão interna da Pasta, de modo especial ante

³³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Op. cit.* p.567; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.* p.328.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p.75.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p.229.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.* p.423.

os órgãos de controle interno e externo, pois é o ordenador de despesas delegante) e políticas, seja na representação externa do Ministério, na divisão de atribuições desse jaez com o titular do plexo e em suas ausências, quando responde interinamente pelo expediente ordinário ministerial. Esse sujeito, com tão híbridas quanto importantes funções, titulariza cargo de natureza especial, mas, na ortodoxia dogmática não é um agente político. Coube a REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA o mérito de ter sido o único doutrinador a atinar para essa natureza ambígua dos Secretários-Executivos, dando-lhes o mesmo tratamento dos demais agentes políticos, por equiparação (“Há alguns integrantes do governo que são equiparados aos Ministros, como os Secretários Executivos”).³⁷

A questão assume contornos ainda mais delicados quando se vislumbram os Secretários Especiais. Nomeadamente titulares de cargos de natureza especial (Lei nº 10.683/2003, art.38, caput), mas, dotados das mesmas “prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado” (art.38, §1º). O Supremo Tribunal Federal, a despeito dessa equiparação, não lhes concedeu foro privilegiado em matéria penal, “malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República. Precedente”.³⁸

O mesmo vale para o cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central do Brasil, uma autarquia, não se esqueça, assemelhado, por lei, a Ministro de Estado.³⁹ De tal mercê, seria lógico deduzir a seguinte ordem classificatória: (a) Ministros de Estado; (b) Secretários Especiais ou Presidentes de autarquia, com status de Ministro de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial; (c) Secretários-Executivos, ocupantes de cargos de natureza especial; (d) Demais ocupantes de cargos de natureza especial; (e) Ocupantes de cargos de provimento em comissão.

Agora, tem-se de atravessar o Rubicão. Os integrantes das alíneas a, b e c têm em comum uma elevada carga de império e politicidade em suas funções— para se parodiar FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. Diz-se uma paródia, porque não existe um detector de carga de eficácia ou de carga de intensidade política, capaz de testar, com precisão científica, essa preponderância de atuações de gestão ou de imperium. Está-se diante do dilema: (a) ou todos os cargos de natureza especial são isentos da atuação disciplinar; (b) ou se estabelece uma linha divisória entre esses, cuidando haver alguns mais especiais que os outros.

³⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.* p.16.

³⁸ Inq-QO nº 2044. Pleno. Rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. j. 17.12.2004.

³⁹ “O cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado. Parágrafo único. A competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública” (art.2º, Lei nº 11.036, de 22-12-2004).

Ora, como a lei não distinguiu entre os cargos de natureza especial, a rigor, a punição disciplinar de seus ocupantes, em tese, atingiria Ministros e Secretários-Executivos. Estes últimos somente seriam excluídos mediante o emprego da técnica do aferidor de cargas, reservando-se-lhes, em prejuízo da expressão legal uniforme que os qualifica, tratamento dispar por ocuparem-se de atividades com maior preponderância de imperium que de gestão.

Tido por válido esse critério, restaria aceitar que uns poucos cargos de natureza especial fossem submetidos à perquirição disciplinar. Assim, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, o Procurador-Geral da União, Consultor-Geral da União, o Secretário-Geral de Contencioso e o Secretário-Geral de Consultoria e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional (Lei Complementar nº 73 de 10-2-1993, art.49, incisos I e III); o Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil e o Chefe do Gabinete Pessoal do Presidente da República (Lei nº 10.683/2003, art.39, inciso II), por não atenderem ao requisito da atuação de império, seriam os únicos atingidos por essa exceção.⁴⁰

5 DO TESTE DAS HIPÓTESES EM FACE DE UM CRITÉRIO OBJETIVO

Para se concluir, restaria um último exercício lógico.

Demonstrada a falácia do postulado â (“os cargos de natureza especial são espécies do gênero cargo em comissão pois também sujeitos ao libitum da autoridade quanto ao provimento e à exoneração”), o único problema não solvido está acima posto: departir ou não os cargos de natureza especial.

Um bom teste é confrontar essas hipóteses com um gradiente objetivo. De entre todos, por conter princípios suportados em conceitos jurídicos indeterminados suficientemente decantados na dogmática e na jurisprudência, o mais útil é o caput do art.37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Como já ressaltado, os princípios do art.37 são amplamente conhecidos, definidos e exauridos por remansosa dogmática. Desnecessário tecer quaisquer

⁴⁰ Esse estado de coisas lembra bem a famosa classificação encontrada em *uma certa enciclopédia chinesa*, que JORGE LUÍS BORGES descreveu e MICHEL FOUCAULT divulgou em seu livro “As palavras e as coisas” (FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses**: une archéologie des sciences humaines. Paris, Gallimard, 1966). Segundo essa enciclopédia, intitulada “*Império Celestial do Conhecimento Benevolente*”, todos os animais poderiam ser desse modo classificados: “(a) pertencentes aos imperado; (b) embalsamados; (c) domesticados; (d) leitõezinhos; (e) sereias; (f) fantásticos; (g) cães vadios; (h) incluídos na presente classificação; (i) que tremem como idiotas; (j) inumeráveis; (k) limpos com delicada escova de pêlos de camelo; (l) *et coetera*; (m) que acabaram de quebrar um jarro d’água; (n) que, vistos à distância, parecem moscas”.

aclarações ou enunciar conceitos sobre os mesmos. São tomados aqui como verdades axiomáticas. Elimine-se a questão da eficiência e da publicidade, pois incompatíveis com este procedimento de investigação.

Confronte-se, inicialmente, o princípio da legalidade ao caso concreto: (a) inexistência prévia cominação da pena de destituição do cargo de natureza especial, a lei cuida tão-somente dos cargos comissionados (art. 135 e 137, do Regime Jurídico Único); (b) a conversão de exoneração em demissão tem seu comando normativo especificado para os cargos em comissão (art. 135, parágrafo único, do Regime Jurídico Único); (c) a lei não estabeleceu tratamento administrativo-disciplinar específico para os cargos de natureza especial.

Mesmo se considerando os lindes próprios do Direito Administrativo Disciplinar, independente e autônomo em face do Direito Penal, não se pode esquecer que se estaria interpretando extensivamente uma norma restritiva de direitos.

Quanto à impessoalidade, o estabelecimento de *discrimens* não previstos em lei, para o fito de separar ocupantes de cargos de natureza especial pelo conteúdo de suas funções, é precisamente uma violação desse primado.

No que respeita à moralidade, dois aspectos devem ser observados. O primeiro, diz com a tutela plena da coisa pública e o sancionamento dos fatores de ilícitos em sede administrativa. Para os ocupantes de cargo de natureza especial, a incidência da pena de destituição, fim último do processo disciplinar para os cargos em comissão, seria a menor das sanções. O agente envolvido nesses desvios de conduta é alcançável na esfera criminal e civil, bem ainda nos procedimentos judiciais de feição atípica – ação civil pública ou ação de improbidade administrativa. Todos os graus de severidade persecutória remanesceriam intangíveis. Diga-se que até mesmo os agentes políticos estão ao alcance desses mecanismos de defesa do Estado. E, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal considerar estes últimos – Governadores, Prefeitos etc – insusceptíveis de figurarem como réus nas ações de improbidade, em nada se perderia quanto ao sustentado nestas linhas. De fato. A exclusão daquelas não aproveita os ocupantes de cargo de natureza especial, da mesma forma que se não deferiu foro privilegiado aos Secretários Especiais com prerrogativas de ministro.⁴¹

Nessa situação, o ato destitutivo, em sendo tido como válido para os titulares de cargos especiais, não traria qualquer vantagem ao interesse público, além de permitir a ampla discussão judicial de sua validade, à míngua de substrato sensível no plano da legalidade. Em casos tais, a destituição apresenta-se como aquelas avoengas penas

⁴¹ Questão de Ordem no Inquérito no 2044, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17-12-2004, DJU de 8-4-2005, p.7; Agravo Regimental na Reclamação no 2356/SC, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10-6-2005, p.5.

aplicadas aos crimes de lesa-majestade. Se os réus não tinham sido alcançados em vida pela Justiça del Rey, eram, depois de mortos, desenterrados e julgados perante as mesas da Consciência ou a Casa da Suplicação. Aplicavam-se os açoites ao cadáver e era ele obrigado a ouvir a condenação póstuma.

ERNST KANTOROWICZ relata como foi construída a teoria constitucional inglesa quanto à dualidade do monarca-homem e o monarca-Estado.⁴² O autor usa de uma metáfora persuasiva: durante muitas décadas, grandes vultos da Coroa e da Igreja escolhiam ser sepultados em tumbas dúplices. Em cima, o morto retratado em seus trajes magnos. Abaixo, o mesmo corpo, em fase de decomposição. Encontrável em várias igrejas na Europa, esses sepulcros simbolizam com perturbadora intensidade o caráter transitório do exercício de funções públicas. No fim, resta apenas o homem. As dignidades são passageiras. Sic gloria transit mundi.

6 DAS CONCLUSÕES

Em conclusão, pode-se afirmar que: a) os cargos de natureza especial não são espécies dos cargos em comissão; b) os cargos de natureza especial acham-se insusceptíveis de padecerem as penalidades legais atualmente aplicáveis aos cargos em comissão; c) a essência dos cargos de natureza especial aproxima-se da natureza dos cargos políticos, quanto ao exercício de atividades relacionadas ao imperium e às funções de direção superior do Estado; d) os cargos de natureza especial sujeitam-se a outras modalidades constitucionais e legais de punição por ilícitos.

Na hipótese de haver a transformação do cargo comissionado em cargo de natureza especial, mantendo-se o mesmo ocupante, este último poderá responder pelos atos praticados durante o exercício dos misteres anteriores.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. revis. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência**: a história da cultura ocidental, de 1500 aos nossos dias. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3., t.3.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- CARVALHO NETO, José Francisco de. Estatuto jurídico do ocupante de cargo em comissão. In. **Jurídica** : administração municipal, v.9, n.6, p.1-2, jun. 2004.
- COSTA, José Armando da. **Controle judicial do ato disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines**. Paris, Gallimard, 1966.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- KANTOROWICZ, Ernst. **Os dois corpos do rei: um estudo de teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.13.
- LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo et alii. 23 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Funções de confiança e cargos em comissão. In **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, v.7, n.1, p.93-96, abr./jun. 2000.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público nas Reformas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

**PROPOSAL OF SCIENTIFIC CRITERION FOR
DISTINCTION BETWEEN COMMISSIONED OFFICES
AND SPECIAL NATURE OFFICES, ACCORDING
TO ADMINISTRATIVE-DISCIPLINARY LAW**

Abstract: This article aims to establish a taxinomic structure for provisory public offices in Brazilian administrative law. Brazilian scholars have not yet established clearly the differences among political offices, commissioned offices and special nature offices. This distinction is essential for the employment of adequate administrative-disciplinary actions in cases of special nature offices. The respective juridical regimen is presented in this study, based on historical, jurisprudential and doctrinal sources.

Key words: Commissioned offices. Special nature offices.