

**Título :** O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PÚBLICAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E OS CARGOS DE LIDERANÇA E ASSESSORAMENTO PREVISTOS NA REFORMA ADMINISTRATIVA

**Autor :** Marinês Restelatto Dotti

## **DOCTRINA – JUN/2021**

### **O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PÚBLICAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E OS CARGOS DE LIDERANÇA E ASSESSORAMENTO PREVISTOS NA REFORMA ADMINISTRATIVA**

#### **MARINÊS RESTELATTO DOTTI**

Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora de livros e artigos jurídicos. Professora em cursos de Pós-Graduação em Direito Público. Conferencista na área de licitações e contratações da administração pública. Currículo atualizado: <http://lattes.cnpq.br>

**Resumo:** A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, consoante estabelece a Constituição Federal. Este mesmo diploma prevê, ainda, duas formas de acesso a funções no âmbito da administração pública, sem que seja necessária a realização de concurso público: a primeira delas, por meio da contratação de pessoas, por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público; a segunda, pelo exercício de cargo em comissão por pessoa sem vínculo definitivo com a administração pública, desde que criado por lei, traduzindo-se na contratação de cargos de liderança e assessoramento proposta pela PEC nº 32/2020. O exercício de atividades no âmbito da administração pública pode efetivar-se, também, por meio da terceirização de serviço ou terceirização de mão de obra, transferindo-se, nesse modelo, ao setor privado, atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade pública, ou seja, atividades-meio ou de apoio ao regular desempenho das atividades finalísticas, estas exercidas, exclusivamente, por servidores e empregados públicos concursados. Norma vigente, aplicável às empresas estatais federais, e recente voto de Ministro do Supremo Tribunal Federal, preveem, em caráter excepcional, que funções finalísticas, próprias de empregados e servidores públicos, respectivamente, sejam terceirizadas ao setor privado.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Acesso a funções estatais por meio de concurso público. 3. Preenchimento de funções de confiança e de cargos em comissão. 3.1 exercício de funções de direção, chefia e assessoramento. 3.2 cargos em comissão e a prática do nepotismo. 3.2.1 aplicação da Súmula Vinculante 13. 3.2.2 contratação de parentes para o exercício de cargos políticos. 3.3 escolha de funções de confiança e de cargos comissionados baseada na meritocracia. 3.4 a reforma administrativa e a escolha de cargos de liderança e assessoramento. 4. Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. 4.1 contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público decorrente da pandemia causada pelo coronavírus. 5. Trabalho voluntário na administração pública. 6. Terceirização de atividades no âmbito da administração pública. 6.1 terceirização de atividades exercidas por empregados públicos de empresas estatais. 6.2 contratação de advogados privados pela administração pública. 7. Conclusão.

#### **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 estabelece três formas de acesso a funções no âmbito da administração pública. A primeira delas, com previsão no art. 37, inciso II, segundo o qual a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista

em lei. A segunda, prevista no inciso V do art. 37, o qual preceitua que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos de carreira, de acordo com percentuais estabelecidos na respectiva lei de criação, podendo-se preencher as vagas restantes por pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública. A terceira, encontra supedâneo no mesmo art. 37, inciso IX, do qual se extrai que a administração pública poderá realizar a contratação de pessoas, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. A Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, desempenha o papel de norma autorizadora da contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal. De registrar-se, ainda, que a Emenda Constitucional nº 106, de 2020, instituidora do regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente da pandemia causada pelo coronavírus, possibilita a adoção de processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter emergencial, para o efeito de contratação por tempo determinado (temporário).

O exercício de atividades no âmbito da administração pública também pode ser objeto de terceirização, observando-se que atividades finalísticas devem ser desempenhadas, exclusivamente, por servidores e empregados públicos, acessíveis por meio de concurso público, sendo vedado, pois, o repasse dessas atividades a terceiros. Norma vigente aplicável às empresas estatais federais e voto de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Constitucionalidade, preveem, no entanto, que funções finalísticas, desempenhadas por empregados e servidores públicos, respectivamente, podem ser terceirizadas, em caráter excepcional. A Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o serviço voluntário, admite o exercício de atividade voluntária no âmbito de entidade pública de qualquer natureza, não gerando, essa relação jurídico-contratual, vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

Esquadrinhar os atuais tipos de funções que podem ser desempenhadas no âmbito da administração pública, a contratação de cargos de liderança e assessoramento proposta pela PEC nº 32/2020, em equivalência aos cargos em comissão previstos na Constituição Federal, e, ainda, a particular terceirização de atividades no âmbito da administração pública constituem os escopos deste estudo.

## **2. ACESSO A FUNÇÕES ESTATAIS POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO**

Consoante estabelece o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. O desempenho de atividades finalísticas estatais, portanto, são exclusivas de servidores e empregados públicos, acessíveis por meio de concurso público.

A realização de concurso público é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, por meio do qual: (a) aferem-se aptidões necessárias aos ocupantes de cargos e empregos públicos na administração pública; (b) privilegia-se o sistema de mérito; (c) proporciona-se aos interessados participarem do certame em igualdade de condições; (d) selecionam-se os candidatos mais aptos a firmarem a relação jurídica estatutária ou laboral conforme o vínculo a ser encetado; (e) afasta-se a prática ilegítima do nepotismo.

Como assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do “*merit system*”, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (RE nº 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, DJe: 18/04/2016).

Raquel Carvalho <sup>1</sup> ensina que:

Não só em cumprimento à regra do inciso II do artigo 37 da CR, entende-se que o concurso público consubstancia a melhor forma de recrutamento de agentes. Afinal, trata-se de um espaço aberto à sociedade que viabiliza integração nos quadros do Estado, donde se conclui tratar-se de um instrumento de concretização do princípio democrático. Malgrado a pouca disponibilidade governamental de os realizar contemporaneamente, é certo que concursos admitem a inserção de novos atores sociais que podem ser provenientes da classe média ou das camadas mais pobres da

população, o que resulta em mobilidade social pelo critério merecimento. Importante sublinhar que o concurso viabiliza a participação dos cidadãos na expressão da vontade pública, o que torna realidade na própria estrutura do Estado a multiplicidade típica do mundo pós-moderno. Ademais, esse procedimento exclui critérios subjetivos irrelevantes para a Administração e enseja que sejam privilegiados elementos objetivos com base em que o Poder Público selecionará o profissional que de fato é capaz de atender as necessidades estatais. A jurisprudência vem advertindo que “O concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica dos interessados em ocupar funções públicas, e no aspecto seletivo, são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento.” [1] Com isso, reduzem-se os riscos de discriminações ilícitas, dos apadrinhamentos clientelistas que ocorrem através de indicações exclusivamente políticas. Combate-se a cultura do empreguismo e do exercício de cargo como um favor que merece retribuição política. Rompe-se com o risco de alta rotatividade no quadro de pessoal que precisa de continuidade técnica no exercício de atividades permanentes que exigem memória e competência adquirida pelo exercício. Busca-se uma blindagem em face dos chamados “trens da alegria”, ainda comuns na realidade administrativa contemporânea. Evitam-se critérios desproporcionais que significam favores e privilégios de alguns interessados em desfavor de outros candidatos, muitas vezes mais capacitados para o exercício da função pública. Quando se assegura competitividade efetiva em um procedimento idôneo, permite-se que a escolha da Administração se dê conforme o paradigma do mérito, com apuração objetiva do merecimento. Nesse contexto, a igualdade real deixa de ser um discurso teórico e se torna uma norma concretizável no cotidiano jurídico do Estado. É Adilson Abreu Dallari quem pontua:

“O concurso público somente interessa aos fracos, aos desprotegidos, àqueles que não contam com o amparo dos poderosos capazes de conseguir cargos ou empregos sem maiores esforços. A realização de concursos públicos sempre terá uma forte oposição daqueles que dispõem de meios para prover cargos e funções por outros meios.”

Sob essa perspectiva, o concurso público não apenas densifica, mas concretiza princípios como a moralidade, igualdade, eficiência e impessoalidade, na medida em que instala uma disputa aberta aos interessados que preencham as condições mínimas ao exercício da função estatal. Nessa competição, o objetivo é afastar pessoas despreparadas e admitir a integração daqueles profissionais que demonstram melhores condições para a atividade administrativa. Para tanto, o Estado avalia o conhecimento dos candidatos e suas aptidões pessoais, de modo a selecionar aqueles que podem melhor exercer as competências públicas.

Nesse contexto, o concurso público surge como o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e empregos públicos. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação.

A realização de concurso público <sup>2</sup> parte da presunção de que o servidor ou empregado público preenche, pela independência e profissionalismo na defesa do interesse público, a necessidade do administrador de encontrar proficiência na realização de seus fins, daí ser despicienda a procura de terceiros fora do quadro dos agentes efetivados por concurso, quando o princípio republicano requer a participação ativa e engajada de todos os cidadãos nos assuntos públicos.

### **3. PREENCHIMENTO DE FUNÇÕES DE CONFIANÇA E DE CARGOS EM COMISSÃO**

Estabelece a Constituição Federal em seu art. 37, inciso V, que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Existem, pois, as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, os quais podem ser preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos de carreira, de acordo com percentuais estabelecidos na respectiva lei de criação. Cargos em comissão, portanto, devem ser ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, podendo-se preencher as vagas restantes por pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.

De acordo com o 1º Boletim da Administração Pública Federal <sup>3</sup>, Autárquica e Fundacional,

produzido pela Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, o qual reúne informações sobre a força de trabalho, orçamento e soluções de modernização para órgãos públicos, do total de cargos e funções comissionadas do Executivo federal, 93% (noventa e três por cento) são ocupados por servidores concursados.

### **3.1 exercício de funções de direção, chefia e assessoramento**

O Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido de que a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais. O tema, objeto do Recurso Extraordinário (RE) 1041210 <sup>4</sup>, teve repercussão geral reconhecida e julgamento de mérito no plenário virtual. A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

As funções de confiança e os cargos em comissão devem ser criados por lei e se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento na administração pública e são, respectivamente, preenchidos ou exercidos mediante livre nomeação pela autoridade competente, na contrapartida das respectivas livres exoneração e dispensa, a qualquer tempo (“*ad nutum*”), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou.

### **3.2 cargos em comissão e a prática do nepotismo**

O fenômeno do nepotismo tal qual como inclinação de nossa herança colonial, contrapõe-se à formalização de um modelo de gestão racional, baseado nos princípios da moralidade, impessoalidade e interesse público, além de ser uma prática de exclusão social que torna tais princípios constitucionais, garantias do cidadão, um discurso vazio frente à necessidade de democratizar a administração pública.

Armerinda Alves de Oliveira <sup>5</sup> leciona que:

Compreender o nepotismo requer uma análise da origem da cultura e das relações familiares brasileiras, pois, se essa prática ainda é corriqueira é porque, mesmo no Brasil contemporâneo, as relações patrimonialistas não foram completamente superadas. As origens da tradição de favorecimento de amigos ou parentes no processo de seleção para cargos públicos são encontradas no decurso de formação do Estado brasileiro. A primazia do modelo patriarcal de família e a manutenção das relações patrimonialistas na gestão da coisa pública explicam a perpetuação desse comportamento, que viola o postulado republicano e a democracia.

Na Administração Pública, a sobreposição das relações pessoais, em detrimento da impessoalidade cria grandes entraves ao desenvolvimento econômico, pois a livre iniciativa e a isonomia entre os cidadãos, características essenciais à existência da livre concorrência, sucumbe frente à concessão de favores e privilégios a determinados grupos sociais. A presença desse tipo de relação pessoal e familiar evidencia que, em um Estado com traços patrimonialistas, o aparelho de estado se volta para a satisfação das vontades dos governantes que, por sua vez, preocupados em se perpetuar em seus cargos, empregam parentes, fazendo do Estado uma extensão familiar.

Uma das dificuldades que levam ao risco de investidura em cargos em comissão de pessoa enquadrada nas hipóteses de nepotismo refere-se aos normativos que regem a proibição de tal prática, de difícil implementação em face tanto da dependência de declaração própria daquele que incide na proibição quanto da apresentação de eventual denúncia.

#### **3.2.1 aplicação da Súmula Vinculante 13**

O nepotismo, que busca favorecer nomeações para o exercício de cargo em comissão com relação de parentesco com agentes públicos, configura prática ilegítima. Envolve escolha pessoal em

detrimento dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, assim como da garantia fundamental da igualdade de oportunidades.

A Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal preceitua que:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Segundo a Suprema Corte <sup>6</sup>, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na administração pública, por meio da Súmula Vinculante 13, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) nomeação de cônjuge ou companheiro da autoridade nomeante para cargo em comissão ou função comissionada (a união estável, instituto reconhecido como entidade familiar, nos termos do art. 226, §3º, da Constituição Federal, e do art. 1.723 do Código Civil, é relação de parentesco que enseja a caracterização de nepotismo); ii) relação de parentesco, até o terceiro grau, entre a pessoa nomeada para cargo em comissão ou função comissionada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco, até o terceiro grau, entre a pessoa nomeada para cargo em comissão ou função comissionada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada; iv) relação de parentesco, até o terceiro grau, entre a pessoa nomeada para cargo em comissão ou função comissionada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante; e v) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão, função comissionada ou cargo político.

As restrições constantes na referida Súmula são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição Federal, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.

Em decorrência direta da aplicação desses princípios, a cláusula vedadora da prática de nepotismo no seio da administração pública, ou de qualquer dos Poderes da República, tem incidência verticalizada e imediata, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo, ou seja, não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na administração pública <sup>7</sup>. Normas com esse conteúdo dão concretude aos princípios citados, insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, os quais têm aplicabilidade imediata.

Registre-se que no âmbito das empresas estatais, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), deu um importante passo ao vedar a nomeação de parentes para exercerem cargos de direção e funções como membros dos conselhos administrativos dessas entidades. Confira-se:

Art. 17.

[...]

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

[...]

**§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.** (grifo não consta no original)

[...]

Art. 22. O Conselho de Administração deve ser composto, no mínimo, por 25% (vinte e cinco por cento) de membros independentes ou por pelo menos 1 (um), caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 1º O conselheiro independente caracteriza-se por:

I - não ter qualquer vínculo com a empresa pública ou a sociedade de economia mista, exceto participação de capital;

II - **não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau ou por adoção, de chefe do Poder Executivo, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado ou Município ou de administrador da empresa pública ou da sociedade de economia mista;** (grifo não consta no original)

Parente pode ser competente e desempenhar a contento a atividade que lhe for atribuída, mas sua contratação para ocupar cargo em comissão carrega forte presunção de privilégios e favorecimentos que normas e jurisprudência, apropriadamente, tentam evitar.

### 3.2.2 contratação de parentes para o exercício de cargos políticos

Cargos de natureza política, como o de Secretário de Estado ou Secretário Municipal, não se submetem às hipóteses da Súmula Vinculante 13, que veda a prática do nepotismo na administração pública. Assim entendeu o Ministro Gilmar Mendes, em medida cautelar na Reclamação 27605/RS<sup>8</sup>, ao suspender os efeitos de decisão que determinou o afastamento de Secretário de Município, nomeado pelo pai, prefeito municipal. De acordo com o Ministro, a Corte possui decisões que fixam o entendimento segundo o qual os cargos de natureza política, como o de Secretário de Estado ou Secretário Municipal, não se submetem às hipóteses da Súmula Vinculante 13 do STF (RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12.9.2008; Rcl 6650 MC-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21.11.2008).

Extrai-se, ainda, da jurisprudência do STF:

Direito Administrativo. Agravo interno em reclamação. Nepotismo. Súmula Vinculante 13. 1. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral. Precedentes. 2. Não há nos autos qualquer elemento que demonstre a ausência de razoabilidade da nomeação. 3. Agravo interno a que se nega provimento (Rcl 28024 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 29.05.2018);

Agravo regimental em reclamação. 2. Nomeação da esposa de Vice-Prefeito para ocupar cargo de secretária municipal. Agente político. 3. Ausência de violação ao disposto na Súmula Vinculante 13. 4. Não cabimento da reclamação. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 29317 Agr/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 19.03.2019);

NOMEAÇÃO PARA CARGOS POLÍTICOS DO PRIMEIRO ESCALÃO DO PODER EXECUTIVO. CRITÉRIOS FIXADOS DIRETAMENTE PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXCEPCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA SV 13 NO CASO DE COMPROVADA FRAUDE. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO VÁLIDA. DESPROVIMENTO. PRECEDENTES. 1. O texto constitucional estabelece os requisitos para a nomeação dos cargos de primeiro escalão do Poder Executivo (Ministros), aplicados por simetria aos Secretários estaduais e municipais. 2. Inaplicabilidade da SV 13, salvo comprovada fraude na nomeação, conforme precedentes (...). (Rcl 34.413 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, 1ª T, j. 27-9-2019, DJE 220 de 10-10-2019).

Os cargos de natureza política são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também, por seus titulares serem detentores de um “*múnus*” governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos, consoante decidido pelo Ministro Dias Toffoli<sup>9</sup>, ao traçar a distinção entre cargos políticos e administrativos.

A Suprema Corte, consoante se extrai dos julgados citados, tem afastado a aplicação da Súmula

Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, como Secretários de Estado e Secretários Municipais, incluindo-se, o afastamento, por aplicação extensiva e em razão da natureza política do cargo, a Ministros de Estado, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral do parente, existência de indício de fraude à lei, “troca de favores” ou nepotismo cruzado <sup>10</sup>, circunstâncias em que a nomeação de parente para cargo político mostra-se atentatória aos princípios que norteiam a atividade do administrador público, sobretudo os da eficiência e moralidade.

### **3.3 escolha de funções de confiança e de cargos comissionados baseada na meritocracia**

Um processo de profissionalização da administração pública deve reduzir, mais e mais, o espaço para improvisações e desacertos nas escolhas de funções de confiança e de cargos comissionados. Algumas instituições públicas não executam processo formal sucessório baseado em competências internas, experiência, conhecimento técnico, cultura orientada para resultados, gestão de talentos e transparência para selecionar suas funções de confiança e cargos comissionados.

Há, ainda, escolhas de funções de chefia e direção baseadas em apadrinhamento político, relações de amizade, de parentesco ou de reciprocidade, sem apreço à meritocracia, produzindo riscos para a produtividade e qualidade do serviço público e, ao fim, para o alcance do princípio constitucional da eficiência.

Otero <sup>11</sup>, administrativista português, anota que:

Não se encontra isenta uma Administração Pública legitimada democraticamente, todavia, de um fenómeno de politização ou colonização administrativa pelos partidos políticos: a intervenção dos partidos políticos fazendo de quase toda a máquina administrativa um palco da luta hegemónica do “Estado do partido governamental” (v. *supra*, nº 6.1.2), além de gerar um domínio informal das estruturas administrativas (v. *supra*, nº 6.5.2), determina também uma infiltração no próprio aparelho administrativo de *boys ou fidèles du gouvernement* que, alimentando nomeações políticas quase sempre sem especiais habilitações científicas ou qualificações técnicas, tendem a valorizar um vínculo político em detrimento do relacionamento jurídico-institucional e a provocar uma transferência do centro decisório dos gabinetes administrativos para as salas dos directórios partidários.

No Brasil contemporâneo, as relações patrimonialistas não foram completamente superadas. As origens da tradição de favorecimento de amigos ou parentes no processo de seleção para cargos públicos são encontradas no decurso de formação do Estado brasileiro. Um processo eficiente e eficaz de profissionalização na administração pública deve reduzir, mais e mais, o espaço para a escolha de indivíduos despreparados, afastando os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de agentes que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos públicos. Se estes são utilizados como moeda de troca em transações políticas não exatamente republicanas, faz-se necessário reduzir as posições de livre nomeação e incrementar o acesso e a ascensão a elas por critérios de mérito na administração pública.

A Lei nº 13.346, de 10 de outubro de 2016, que dispõe sobre a extinção de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores e a criação de funções de confiança denominadas Funções Comissionadas do Poder Executivo, veio a estabelecer que:

Art. 5º Ato do Poder Executivo federal definirá os critérios, perfil profissional e procedimentos gerais a serem observados para a ocupação das FCPE e dos cargos em comissão do Grupo-DAS.

§ 1º Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão:

I - incluir em seus planos de capacitação ações destinadas à habilitação de seus servidores para o exercício das FCPE e para a ocupação de cargos em comissão do Grupo-DAS, com base no perfil profissional e nas competências desejadas e compatíveis com a responsabilidade e complexidade inerentes à função ou ao cargo;

II - estabelecer programa de desenvolvimento gerencial para os ocupantes das FCPE e de cargos em comissão do Grupo-DAS.

§ 2º Cabe à Fundação Escola Nacional de Administração Pública - ENAP:

I - apoiar e promover os programas de capacitação referidos neste artigo; e

II - coordenar e supervisionar os programas de capacitação gerencial de pessoal civil executados pelas demais escolas de governo da administração pública federal.

§ 3º Poderão ser considerados nos critérios para ocupação de DAS e de FCPE a conclusão, com aproveitamento, de cursos legalmente instituídos para a formação e o aperfeiçoamento de carreiras.

Louvável a publicação do diploma citado, a demonstrar a preocupação do Poder Executivo federal na escolha de funções gerenciais baseada na responsabilidade e complexidade inerentes à função ou ao cargo e, ainda, na qualificação dessas atribuições por meio de planos de capacitação.

A Portaria Conjunta nº 254, de 23 de junho de 2020, do Ministro de Estado da Economia e do Presidente da Fundação Escola Nacional de Administração Pública – Enap, instituiu o Grupo de Desenvolvimento de Líderes do Futuro e o Programa Piloto "LideraGOV" de Desenvolvimento de Líderes, voltado ao aprimoramento do desenvolvimento de pessoas dos quadros de pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional com os objetivos de: (a) oportunizar o desenvolvimento estratégico de líderes no âmbito da administração pública federal por meio de programas de desenvolvimento específicos; (b) definir as competências de liderança para o setor público necessárias para o aprimoramento institucional e para o desenvolvimento do País; (c) identificar servidores públicos com aptidão de gestão e potencial de liderança e ofertar-lhes a participação em programas de liderança e em ações de desenvolvimento profissional; (d) criar mecanismos de incentivo ao desenvolvimento profissional contínuo de servidores públicos em posições de liderança; (e) zelar para que a administração pública federal tenha sempre servidores públicos qualificados e disponíveis para exercer posições de liderança de forma eficiente, eficaz e efetiva; (f) acompanhar a evolução profissional do servidor público egresso do programa de desenvolvimento de líderes, a partir de cadastro específico; e (g) construir rede de servidores públicos com alta capacidade de gestão e liderança a partir dos egressos do programa de desenvolvimento de líderes.

No âmbito das empresas estatais (sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias), a Lei nº 13.303/2016 <sup>12</sup> deu um importante passo ao afastar a influência política e o aparelhamento partidário nas estatais, com a exigência de pré-requisitos técnicos, de formação acadêmica e de experiência profissional para os ocupantes de cargos de direção e membros dos Conselhos Administrativos.

O modelo de recrutamento de cargos de livre provimento de natureza gerencial, selecionados exclusivamente da instituição pública, em perfis de competências essenciais tais como: qualificação técnica, experiência, memória institucional, comprometimento, habilidade para motivar, integridade, disposição para compartilhar e iniciativa, afirma a boa governança, desenvolve e retém profissionais com as competências desejadas, cria um esforço laborativo para a melhor alocação de lideranças, produz a motivação de agentes subordinados e induz melhorias à produção de resultados para a sociedade.

### **3.4 a reforma administrativa e a escolha de cargos de liderança e assessoramento**

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 32/2020, também denominada de "PEC da Reforma Administrativa", que visa alterar disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa, apresenta, como ponto central das mudanças, a forma de ingresso de novos servidores nas atividades estatais. São propostos cinco tipos de vínculo com o Estado: vínculo de experiência, por prazo determinado, cargo com vínculo por prazo indeterminado, cargo típico de Estado e cargos de liderança e assessoramento. Assim:

Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá:

I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público;

II - vínculo por prazo determinado;

III - cargo com vínculo por prazo indeterminado;



IV - cargo típico de Estado; e

V - cargo de liderança e assessoramento.

De acordo com a PEC, ato do chefe de cada Poder disporá sobre os critérios mínimos de acesso aos cargos de liderança e assessoramento e sobre a sua exoneração. Referidos cargos de liderança e assessoramento equivalem aos atuais cargos em comissão previstos no inciso V do art. 37 da Constituição Federal, ou seja, aqueles acessíveis a pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.

Ouve-se que os servidores públicos são pouco operosos e que dificilmente perdem seus cargos, razão pela qual os cargos de liderança e assessoramento, de livre nomeação e exoneração, previstos na PEC nº 32/2020, trarão energia nova e compromisso. Em verdade, a perspectiva de “carregar o piano” para o júbilo e gáudio do líder ou assessor recém-chegado e que, geralmente, pouco conhece da rotina do trabalho que lhe cabe liderar ou assessorar, constitui um dos principais fatores de desmotivação dos servidores públicos concursados, conhecedores das regras e rotinas operacionais, dotados de memória institucional e desejosos em progredir na carreira.

A perda do cargo por mau desempenho de servidores públicos encontra previsão na Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, ou seja, há mais de duas décadas, cujo teor é o que segue:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Louvável a inserção de mecanismos para avaliar e, ao fim, afastar servidores públicos que não comprovem o regular desempenho de suas funções, assim como, é justo premiar aqueles que participam e contribuem para os bons resultados alcançados por instituições públicas. No entanto, verifica-se um reduzido ou quase inexistente sistema de premiação aplicável a servidores públicos em razão de sério, dinâmico e satisfatório desempenho funcional. A concessão de cargos de chefia e direção a servidores públicos em razão de satisfatório desempenho constitui-se em mecanismo de premiação, é verdade, mas não raro a escolha desses cargos não se baseia em sistema de mérito ou premiação, mas sim, em escolhas pessoais amparadas na reciprocidade, relações de amizade e até acomodações partidárias.

Ante o sistema jurídico vigente, qual seja o de que após avaliação prévia, assegurada a ampla defesa, o servidor poderá perder o cargo em razão de mau desempenho, exsurtem as seguintes indagações: as instituições públicas, em regra, estabelecem metas a serem alcançadas pelos seus agentes, as quais, se não atendidas podem ensejar a perda do cargo? As instituições estimulam a capacitação e o aperfeiçoamento de seus agentes para que estes desempenhem satisfatoriamente suas atribuições, alcançando-se, assim, o princípio da eficiência? É legítimo que as instituições se valham do desvio de função para o efeito de alcançarem suas finalidades? Os cargos de chefia e direção são qualificados para o desempenho de suas atribuições, para estabelecerem metas e para estimularem o cumprimento exemplar de atividades a serem desenvolvidas pelos subordinados? Em resumo, as instituições ao mesmo tempo em que estabelecem sistemas de avaliação de seus servidores proporcionam mecanismos eficazes para que estes alcancem os resultados esperados?

Fazer incorporar padrões elevados de conduta pela administração pública para orientar o comportamento dos agentes públicos constitui diretriz da governança pública<sup>13</sup>, mas isso só acontecerá se as instituições permitirem que seus agentes possam propor metas individuais e de interação com as de outros agentes ou grupos; que essas metas sejam avaliadas e seus autores recompensados quando do efetivo alcance dos resultados esperados; que tais agentes sejam

liderados por chefias e direções altamente qualificadas e com expertises consolidadas e, ainda, que planos contínuos de capacitação lhes sejam oportunizados.

#### **4. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO**

O exercício de funções na administração pública também pode efetivar-se por meio da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Tal possibilidade encontra assento na Constituição Federal. Assim:

Art. 37. 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:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público segundo o art. 2º da Lei nº 8.745/1993: (a) assistência a situações de calamidade pública; (b) assistência a emergências em saúde pública; (c) realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; (d) admissão de professor substituto e professor visitante; (e) admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro; (f) atividades: especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; de identificação e demarcação territorial; finalísticas do Hospital das Forças Armadas; de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC; de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM; técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública; técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea i e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade; didático-pedagógicas em escolas de governo; de assistência à saúde para comunidades indígenas; e com o objetivo de atender a encargos temporários de obras e serviços de engenharia destinados à construção, à reforma, à ampliação e ao aprimoramento de estabelecimentos penais; (g) admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação; (h) admissão de pesquisador, de técnico com formação em área tecnológica de nível intermediário ou de tecnólogo, nacionais ou estrangeiros, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa, ao desenvolvimento e à inovação; (i) combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica; (j) admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação; (k) admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de Atenção Básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde (SUS), mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação; e (l) admissão de profissional de nível superior especializado para atendimento a pessoas com deficiência, nos termos da legislação, matriculadas regularmente em cursos técnicos de nível médio e em cursos de nível superior nas instituições federais de ensino, em ato conjunto do

Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Ministério da Educação.

Consoante preceitua o art. 5º da Lei nº 8.745/1993, tais contratações somente poderão ser feitas com observância de dotação orçamentária específica e mediante prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Ministério da Economia) e do Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontrar o órgão ou entidade contratante, conforme estabelecido em regulamento.

O contratado por tempo determinado para atender necessidade de excepcional interesse público desempenha funções públicas de forma precária e temporária, desobrigado, portanto, de concurso público e desvinculado do regime estatutário <sup>14</sup> da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Vincula-se, obrigatoriamente, ao Regime Geral de Previdência Social de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

O contratado, nessa modelagem, não pode receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato; ser nomeado ou designado, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança; e ser novamente contratado, com fundamento na mesma lei de regência, qual seja a Lei nº 8.745/1993, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º do referido diploma (“assistência a situações de calamidade pública” e “combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica”), mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º da Lei, retro citado.

O contrato firmado com pessoa para atender necessidade temporária de excepcional interesse público extingue-se-á, sem direito a indenizações, nas seguintes hipóteses previstas no art. 12 da Lei nº 8.745/1993: (a) em decorrência do término do prazo contratual; (b) por iniciativa do contratado; e (c) pela extinção ou conclusão do projeto, definido pelo contratante, quando necessária a contratação de técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública.

#### **4.1 contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público decorrente da pandemia causada pelo coronavírus**

A Emenda Constitucional nº 106, de 2020, instituidora do regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente da pandemia causada pelo coronavírus, com o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade <sup>15</sup> e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração, concedeu ao Poder Executivo federal, no âmbito de suas competências, a possibilidade de adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, dispensada a observância dos incisos I e II do § 1º do art. 169 da Constituição Federal, na contratação de que trata o inciso IX do *caput* de seu art. 37, limitada a dispensa às situações de que trata o referido inciso (IX), sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.

Dispõem os incisos I e II do § 1º do art. 169, que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas desde que atendidas duas condições: a primeira, se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e a segunda, se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Durante o estado de calamidade pública nacional decorrente da pandemia causada pelo coronavírus, portanto, poderá ser contratado pessoal por tempo determinado, visando atender necessidade temporária e excepcional, dispensadas as exigências previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 169 da Constituição Federal, ou seja, dispensadas as exigências de prévia dotação

orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

## **5. TRABALHO VOLUNTÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A Lei nº 9.608/1998 admite, desde que atendidos requisitos normativos, a atividade voluntária no âmbito de entidade pública de qualquer natureza ou de instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. Afigura-se, pois, juridicamente possível a utilização do serviço voluntário, observando-se, para esse fim, as disposições do Decreto nº 9.906, de 9 de julho de 2019, que instituiu o Programa Nacional de Incentivo ao Voluntariado, o Conselho do Programa Nacional de Incentivo ao Voluntariado, o Prêmio Nacional de Incentivo ao Voluntariado e o Selo de Acreditação do Programa Nacional de Incentivo ao Voluntariado. A atividade voluntária não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

A atividade voluntária não pode substituir os recursos humanos necessários para a consecução dos fins do Estado (atividades finalísticas), atuando eminentemente de forma complementar, de forma a não servir, como regra, de ferramenta para suprir a carência estatal. O princípio da complementariedade como norteador da atividade voluntária objetiva, justamente, evitar que a administração pública incorra em violação à regra constitucional do concurso público.

A Advocacia-Geral da União, por meio do PARECER n. 00031/2020/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00400.001078/2019-57), concluiu que não se verifica qualquer óbice à utilização de servidores aposentados como voluntários em órgãos ou entidades pública, desde que o exercício se dê em atividades auxiliares e complementares. Recomenda que seja demonstrada a excepcionalidade e a complementariedade da atividade a ser desenvolvida pelo voluntário e, ainda, formalizado termo de adesão, garantindo-se a minimização de risco de caracterização e desempenho de atividade finalística. Encerra a manifestação jurídica:

“Malgrado o voluntariado deva ser destacado tanto no âmbito público, privado, como na sociedade civil, deve-se ter em mente que se trata de um fenômeno ainda recente na Administração Pública, sendo recomendável que se crie uma infraestrutura para a prestação de tal serviço, notadamente com o desenvolvimento não só de mecanismos de incentivo, como de controle da atuação dos eventuais colaboradores, para se evitar que qualquer regra constitucional seja violada no exercício de tão nobre atividade.”

## **6. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A terceirização de atividades no âmbito da administração pública encontra previsão no vetusto e ainda vigente Decreto-lei nº 200, de 23 de fevereiro de 1967. Confira-se:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Constitui diretriz da boa governança, segundo o referido diploma, a transferência de atividades da administração pública federal a terceiros (privados), a ser formalizada mediante contrato ou concessão.

José dos Santos Carvalho Filho <sup>16</sup> leciona sobre a terceirização na administração pública:

“Terceirizar” não significa a transferência integral dos serviços e atividades que fazem parte do processo das instituições; se assim fosse, estariam estas inteiramente esvaziadas e despidas dos fundamentos econômicos, políticos, sociais, administrativos sobre os quais se amparam. A verdadeira e legítima terceirização representa a possibilidade de transferir a terceiros apenas algumas

atividades de apoio (atividades-meio), ou seja, os serviços da mera rotina de gestão que não dizem respeito aos reais objetivos a serem alcançados.

Ocorre que, em algumas situações, tal processo se tem prestado a simular a transferência indevida de funções primordiais das instituições, permitindo que pessoas inescrupulosas se locupletem das distorções perpetradas nesse modelo de transferibilidade ao promoverem disfarçada locação de mão-de-obra.

As pessoas administrativas estão capacitadas a terceirizar algumas atividades de apoio, como os serviços de conservação e limpeza, vigilância, copa e cozinha, e outros do mesmo gênero. Essa terceirização é adequada e legítima, formalizando-se por meio de contratação administrativa e procedimento licitatório, como o permite a Constituição e a legislação aplicável.

Entretanto, as funções institucionais primordiais dos entes administrativos são insuscetíveis de terceirização, inclusive e principalmente quando visam a propiciar, por via oblíqua, dissimulada locação de mão-de-obra tudo em total descompasso com o sistema adotado constitucionalmente. Aqui estaremos diante de terceirização ilegítima, dela não se podendo socorrer a Administração Pública.

A terceirização preconizada desde o Decreto-lei nº 200/1967 visa transferir, ao setor privado, atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade pública, ou seja, atividades-meio ou de apoio ao regular desempenho das atividades finalísticas, estas exercidas, exclusivamente, por servidores e empregados públicos concursados.

A contratação da execução, por terceiros, de tarefas inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade ou órgão da administração pública, afronta o princípio do concurso público, previsto no art. 37, inciso II (a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração), da Constituição Federal, sendo, por isso, ilegal.

No âmbito federal, a proibição a que terceiros executem tarefas inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade pública encontra previsão no Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, *verbis*:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

**IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.** (grifo não consta no original)

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Também no âmbito da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a qual dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da

administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Assim:

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

**IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.** (grifo não consta no original)

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Salutar que a administração pública transfira determinadas atividades acessórias e instrumentais a setores privados que conhecem e dominam as melhores técnicas de execução de serviços, sendo vedada, no entanto, a contratação de terceiros para a execução de atividades próprias de categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade pública, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. É que a terceirização de atividades finalísticas e/ou de funções contempladas nos planos de cargos do órgão ou entidade contraria o inciso II do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual o acesso a tais funções depende de prévia seleção mediante concurso público.

Além disso, a terceirização indevida pode ensejar prejuízos ao erário decorrentes de possível acolhimento, pela Justiça do Trabalho, de pleitos dos terceirizados, garantindo-lhes o direito ao recebimento das mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, na esteira da Orientação Jurisprudencial 383 SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

### **6.1 terceirização de atividades exercidas por empregados públicos de empresas estatais**

Preceitua o art. 28 da Lei nº 13.303/2016 (o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) que a contratação de terceiros destinados à prestação de serviços às empresas estatais será precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em seus artigos 29 e 30, as quais dispõem sobre dispensa e inviabilidade de licitação, ensejando, destarte, a contratação direta.

O Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, que regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303/2016, nada estabelece a respeito da terceirização de serviços nas empresas estatais, criando uma zona de incerteza e discricionariedade sobre quais atividades podem ser executadas mediante contrato de terceirização, o que não raro tem resultado em violação ao mandamento constitucional sobre o provimento de cargos e empregos públicos exclusivamente mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal).

Veja-se, contudo, o que disciplina o Decreto nº 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do caput quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

A terceirização deve representar a possibilidade de transferir a terceiros algumas atividades de apoio (atividades-meio), acessórias e instrumentais às atividades finalísticas da empresa estatal, estas exclusivas de empregados públicos, segundo disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, este determinante de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, preceitua o Decreto nº 9.507/2018 que não serão objeto de execução indireta nas empresas estatais federais atividades que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus respectivos planos de cargos e salários.

No entanto, os incisos I, II, III e IV do *caput* do art. 4º do referido diploma enumeram exceções a essa vedação, quais sejam: contratações em caráter temporário; incremento temporário do volume de serviços; atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual, mais segura, trazer redução de custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; e contratações decorrentes da impossibilidade de competição dentro do mercado concorrencial em que se insira a empresa estatal.

Justificam-se as exceções: a vedação absoluta às empresas estatais a que contratem determinados profissionais no mercado privado, existindo empregados públicos atuantes na área da contratação, traduz-se em óbice ao desempenho das atribuições dessas entidades que atuam em regime de competição com o mercado privado e cuja vedação a este não alcança.

## **6.2 contratação de advogados privados pela administração pública**

Dispõe a Constituição Federal que:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Consoante estabelecem os dispositivos constitucionais retro citados, o exercício de assessoria e consultoria jurídicas e a defesa em juízo das entidades federativas compete a advogados públicos, cujo ingresso nas classes iniciais das carreiras efetiva-se por meio de concurso público de provas e títulos.

Recentemente, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 45 (número único 4003252-92.2016.1.00.0000), a respeito da constitucionalidade dos artigos 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações e Contratações Administrativas) - que tratam, respectivamente, da qualificação dos serviços técnicos profissionais especializados e das hipóteses de inviabilidade de licitação (inexigibilidade) -, elencou os requisitos indispensáveis à legitimidade da contratação direta de advogados privados, pela administração pública, com base na inexigibilidade de licitação. São eles: natureza singular do serviço, notória especialização do profissional a ser contratado, observância de procedimento administrativo formal, contratação pelo preço de mercado e “*i nadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público*”.

Veja-se excerto do voto a respeito desse último requisito:

[...]

#### III.4. Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público

39. A Constituição Federal dedicou uma série de normas à advocacia pública, ao cuidar expressamente da Advocacia-Geral da União (art. 131, caput), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 131, § 1º) e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132).

40. A advocacia pública tutela interesses dos entes públicos, e não da pessoa do administrador, do agente político ou do gestor. E, portanto, as funções constitucionais dos advogados públicos coincidem com a tutela do interesse público, que inclusive pode, por vezes, entrar em conflito com os interesses pessoais do administrador.

41. Por tal razão, como regra geral, a assessoria jurídica das entidades federativas, seja na vertente consultiva, seja na defesa em juízo, caberá aos advogados públicos.

**42. Todavia, o fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores, por si só, não obsta a contratação de advogado particular para a prestação de um serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública, e.g. em razão da especificidade e relevância da matéria ou da deficiência da estrutura estatal. Pense-se, por exemplo, numa demanda ou situação que exija atuação de advogado no exterior**

**43. Também aqui, a fundamentação exercerá relevante papel, ao dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública naquele caso específico, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle e da própria sociedade.** (grifo não consta no original)

44. Cabe aqui fazer expressa menção ao fato de que todo este raciocínio deve aplicar-se e estender-se, por identidade de fundamentos, também àqueles Municípios que possuam um quadro próprio de procuradores, não se restringindo às esferas federal e estadual. E isto se dá em razão da idêntica



natureza das funções constitucionais da advocacia pública em qualquer que seja a entidade da Federação. **Assim, nos Municípios que disponham de um quadro próprio de procuradores, em regra, caberá a estes o exercício das funções inerentes à advocacia pública.** (grifo não consta no original)

45. Não se pode, entretanto, ignorar o fato de que um grande número de Municípios brasileiros não tem procuradorias institucionalizadas. Muitos sequer comportam manter procuradorias jurídicas como um órgão permanente de sua estrutura. Esse é um dado concreto que não pode ser desconsiderado, até por força do princípio da realidade na Administração Pública.

46. **Portanto, os Municípios – dispendo ou não de uma procuradoria jurídica estruturada –, tanto quanto as outras entidades federativas, também podem ter a necessidade prática de realizar contratação direta de serviços advocatícios. E, quando tal ocorrer, a contratação com fundamento nos arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/1993, deverá pautar-se pelos mesmos parâmetros e condicionantes ora assentados.** (grifo não consta no original)

De acordo com o voto, especial atenção deverá ter o gestor público ao decidir pela terceirização de atividades a advogado privado, a ser contratado por meio de inexigibilidade de licitação, quando tais atividades, terceirizadas, sejam, também, desempenhadas por quadro próprio de advogados públicos da instituição. É que a “*disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos*”. Traduz-se o requisito previsto no voto, acerca da observância, pelo gestor contratante, de eventual “*i nadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público*”: a terceirização de atividades que são próprias do cargo público, *in casu*, de advogados públicos, infringe o disposto nos artigos 37, inciso II, 131 e 132 da Constituição Federal, segundo os quais a investidura nessa função depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos. Por isso, segundo o voto, somente em caráter excepcional, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública, caberá a contratação direta de advogados privados.

## 7. CONCLUSÃO

O concurso público é instrumento técnico de promoção dos princípios constitucionais, principalmente do postulado da isonomia, firmando-se como um meio de se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, razões essas que fundamentam a previsão constitucional (art. 37, inciso II) de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

A Constituição Federal prevê outras duas formas de acesso a funções no âmbito da administração pública, contudo, afastadas da prévia realização de concurso público. A primeira delas, por meio da contratação de pessoas, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. A segunda, pelo exercício de cargo em comissão por pessoa sem vínculo definitivo com a administração pública, desde que criado (o cargo) por lei, a ser preenchido mediante livre nomeação pela autoridade competente, na contrapartida das respectivas livres exoneração e dispensa, a qualquer tempo, seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou, destinando-se, exclusivamente, às atribuições de direção, chefia e assessoramento na administração pública. Não raro o preenchimento de tais cargos guarda estreita relação com acomodações partidárias, vínculos de amizade, de reciprocidade e até de parentesco, situações estas com alta probabilidade de perpetuarem-se com a contratação de cargos de liderança e assessoramento proposta pela PEC nº 32/2020. Um processo eficiente e eficaz de profissionalização na administração pública deve reduzir, mais e mais, o espaço para a escolha de indivíduos com tais vínculos. O modelo de recrutamento de cargos de livre provimento de natureza gerencial, selecionados exclusivamente da instituição pública, em perfis de competências essenciais tais como: qualificação técnica, experiência, memória institucional, comprometimento, habilidade para motivar, integridade, disposição para compartilhar e iniciativa reafirmam a boa governança.

O exercício de atividades no âmbito da administração pública pode efetivar-se, também, por meio da terceirização de serviço ou terceirização de mão de obra, velha conhecida da administração pública, a qual remonta ao Decreto-lei nº 200/1967. Visa transferir, ao setor privado, mediante contrato,

atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade pública, ou seja, atividades-meio ou de apoio ao regular desempenho das atividades finalísticas, estas exercidas, exclusivamente, por servidores e empregados públicos concursados.

Nada obstante esta última assertiva, extrai-se do ordenamento jurídico, notadamente do Decreto nº 9.507/2018, hipótese autorizadora de que empresa estatal federal terceirize atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus respectivos planos de cargos e salários, nas situações excepcionais que o próprio diploma elenca, com o fim de proporcionar àquela (empresa estatal) atuação concorrencial equânime com o mercado privado. Recentemente, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 45, veio a estabelecer a possibilidade de que instituições públicas terceirizem atividades que são próprias de advogados públicos, concursados, portanto, a advogados privados, contratados por meio de inexigibilidade de licitação, mas em caráter excepcional e desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da carreira. A duas situações descritas, permissivas de que a esfera privada desempenhe atividades finalísticas que são próprias de empregados e servidores públicos visam um único propósito, qual seja o alcance de resultados que sejam ótimos para a administração pública e, ao fim, e é o que se espera, para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

AIRES, Hilton Boenos; MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro de. A corrupção política e o seu papel na formação da identidade política brasileira. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 1, volume 6, p. 567-609, 2015.

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. O novo Direito Administrativo e governança pública: responsabilidade, metas e diálogo aplicados à Administração Pública do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Ética e jeitinho brasileiro. <https://jota.info/especiais/etica-e-jeitinho-brasileiro-10042017>. Acesso em 02.11.2020.

BELLOW, Adam. *Em louvor do nepotismo: uma história natural*. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

BRASIL. 1º Boletim da Administração Pública Federal, Autárquica e Fundacional. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia>. Acesso em 21.10.2020.

CARVALHO E SOUSA, Guilherme. *A responsabilidade do estado e o princípio da confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Terceirização no setor público: encontros e desencontros*. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, n. 89, 2009.

CARVALHO, Raquel. Concurso público: importância, execução indireta e artigo 24, XIII, da Lei 8.666 Ou ... Como escolher parasitas. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2020/02/12/concurso-publico-importancia-execucao-indireta-e-artigo-24-xiii-da-lei-8-666/>. Acesso em: 27.10.2020.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira*. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GAETANI, Francisco. *Funcionalismo Público*. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Corrupção: Ensaios e*

críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HEINEN, Juliano; OHLWEILER, Leonel Pires; RAMOS, Rafael. (Orgs). Fundamentos do Direito Administrativo Contemporâneo. Porto Alegre: Sapiens, 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LORENTE, Vitória Marques. Corrupção no Brasil e estratégias de combate. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 203-257, maio/ago. 2016.

MARANHÃO, Mauriti; MACIEIRA, Maria Elisa. Os indicadores nossos de cada dia: avaliação quantitativa do desempenho organizacional. São Paulo: Baraúna, 2015.

MARÇAL, Thaís Boia. Temas de direito Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELLO, Evaldo Cabral de. Pernambuco no período colonial. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). Corrupção: Ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 16ª ed., 2014.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. Controle democrático da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Armerinda Alves de. Nepotismo na administração pública brasileira: panorama histórico e associação à corrupção. Rev. da CGU - Brasília 9(14): 511-533, jan/jul. 2017.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo. A profissionalização da administração pública e dos órgãos de controle externo. <http://www.conjur.com.br/2017-fev-14/contas-vista-profissionalizacao-administracao-orgaos-controlado-externo>.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 3 ed., 2011.

PASTANA, Débora Regina. Justiça Penal no Brasil Contemporâneo: discurso Democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Caracterização da configuração do ato de improbidade por violação aos princípios da administração pública: o princípio da moralidade e o agir probo do agente público. São Paulo: Revista Síntese Direito Administrativo, v. 12, nº 141, Set/2017.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos do direito administrativo contemporâneo. Organizadores: OHLWEILER, Leonel Pires; HEINEN, Juliano; RAMOS, Rafael. Porto Alegre: Sapiens, 2017.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição federal. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Tribunal de Contas da União, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. Brasília. 2014.

\_\_\_\_\_, Referencial de combate à fraude e à corrupção aplicável a órgãos e entidades da

administração pública. Brasília. 2017.

ZARDO, Francisco. Os papéis do poder judiciário na aplicação da lei anticorrupção. Revista Novos Rumos. Edição nº 187. Revista oficial da Associação dos Magistrados do Paraná, p. 27. <https://dotti.adv.br/os-papeis-do-poder-judiciario-na-aplicacao-da-lei-anticorruptcao/>

ZENKNER, Marcelo. Histórico da Lei nº 8.429/1992: a corrupção lato sensu e seus reflexos na sociedade brasileira contemporânea. São Paulo: Revista Síntese Direito Administrativo, v. 12, nº 141, Set/2017.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Raquel. *Concurso público: importância, execução indireta e artigo 24, XIII, da Lei 8.666 Ou ... Como escolher parasitas*. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2020/02/12/concurso-publico-importancia-execucao-indireta-e-artigo-24-xiii-da-lei-8-666/>. Acesso em: 27.10.2020.

<sup>2</sup> O Decreto federal nº 9.739, de 28 de março de 2019, institui medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece normas sobre concursos públicos e dispõe sobre o Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal - SIOG.

<sup>3</sup> [https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-da-administracao-direta-autarquica-e-fundacional/boletim\\_da\\_administracao\\_direta\\_autarquica\\_e\\_fundacional-numero\\_1.pdf/view](https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-da-administracao-direta-autarquica-e-fundacional/boletim_da_administracao_direta_autarquica_e_fundacional-numero_1.pdf/view). Acesso em 21.10.2020.

<sup>4</sup> EMENTA Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. 1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria. 3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 4. Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. (RE 1041210 RG. Órgão Julgador: Tribunal Pleno: Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27.09.2018. DJe: 22.05.2019)

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Armerinda Alves de. Nepotismo na administração pública brasileira: panorama histórico e associação à corrupção. Rev. da CGU - Brasília 9(14): jan/jul. 2017. p. 530.

<sup>6</sup> STF, Rcl 27944, AgR/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.11.2017.

<sup>7</sup> STF, ADI 3745/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.08.2013.

<sup>8</sup> STF. Rcl 27605/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe: 05-09-2017.

<sup>9</sup> STF, Rcl 7590/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14.11.2014.

<sup>10</sup> STF, Rcl 22286 AgR/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 02.03.2016.

<sup>11</sup> OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 3 ed., 2011, p. 294.

<sup>12</sup> De acordo com o art. 17, § 5º, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), no caso de indicação de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, deverão ser atendidos os seguintes quesitos mínimos: a) o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos; b) o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista; c) o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos junto ao Conselho de Administração e a Diretoria.

<sup>13</sup> O Decreto federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece que: Art. 4º São diretrizes da governança pública: [...] **V - fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades;** (grifo não consta no original) [...]

<sup>14</sup> De acordo com o art. 11 da Lei nº 8.745/1993, aplica-se ao pessoal contratado de forma temporária o disposto nos artigos 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112/90.

<sup>15</sup> O Decreto Legislativo nº 6, de 2020, reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos Terceirização no setor público: encontros e desencontros. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, n. 89, p. 60-71, 2009.

**Como citar este texto:**

DOTTI, Marinês Restelatto. O exercício de atividades públicas na ordem jurídica brasileira e os cargos de liderança e assessoramento previstos na reforma administrativa, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 03 jun. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.