

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN : Saúdo o relatório proferido pelo Eminentíssimo Ministro Relator. Apenas para rememorar as premissas que conduziram às minhas conclusões na matéria, permito-me consignar que se trata de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República que questiona dispositivo da Lei Federal nº 8.112/1990, especificamente o parágrafo único do art. 37, que enuncia:

Art.137. [...].

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

Ressalta-se que o dispositivo se refere a vedação dos Servidores Federais demitidos ou destituídos do cargo em comissão pela prática de **crimes contra a administração pública** (art. 132, I), **atos de improbidade** (art. 132, IV), **aplicação irregular de recursos públicos** (art. 132, VIII), **lesão aos cofres públicos** (art. 132, X) ou **corrupção** (art. 132, XI) reintegrarem os cargos da administração pública.

A tese da PGR, que é acolhida pelo i. Relator, é que tal dispositivo estaria em desacordo com o artigo 5º, XLVII, b da Constituição e impor a pena de caráter perpétuo a estes servidores.

Com o respeito às opiniões distintas, peço vênias para divergir.

Ainda que se entenda pela aplicação dos princípios de Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo sancionador, o dispositivo impugnado não importa em pena ou sanção ao servidor pela ilicitude cometida. Trata-se de uma condição para exercício de cargo, tal quais são as vedações ao nepotismo, inexistência de antecedentes criminais, qualificação profissional, entre outros. Não se trata de penalidade ou sanção a pessoa, pois não há direito subjetivo ao exercício de cargos em comissão.

O regime jurídico de Direito Administrativo se estrutura a partir dos princípios constitucionais delineados no art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O Ilustre Professor Marçal Justen Filho menciona ser possível se aludir a um código genético do Direito Administrativo imposto pela Constituição, registra-se:

A estruturação do direito administrativo é produzida pela Constituição, a qual delinea os princípios fundamentais, indica as situações em que será indispensável a existência de regras e fornece as diretrizes de desenvolvimento do sistema normativo. Ainda que o conteúdo concreto do regime administrativo somente possa ser conhecido mediante as regras efetivamente adotadas, pode-se afirmar que sua **identidade é determinada pela Constituição**. Talvez se pudesse aludir a uma espécie de código genético do direito administrativo, imposto pela Constituição. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Revista do Tribunais, São Paulo, 2014. P 142)

Nesse sentido, moralidade como princípio administrativo constitucional orienta a regulação da disciplina infraconstitucional do direito administrativo. E, o acesso e exercício dos cargos públicos deve sempre obedecer aos princípios constitucionais, na busca da primazia do interesse público.

E assim, tal como previsto no inciso I do artigo 37 da Constituição, a lei estabelece algumas requisitos para que a pessoa possa acessar tais cargos. Ao tempo e modo, o preenchimento dos cargos, empregos e funções públicas está condicionado ao cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei. São exemplos: a comprovação de qualificação profissional, ilibada reputação, a inexistência de antecedentes criminais.

A matéria de requisitos de acesso aos cargos públicos não é estranha ao exame desta Suprema Corte. Em processo sob a relatoria do Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, julgou-se que -salvo as exceções - o requisito de inexistência de tatuagem para o exercício de função pública viola os preceitos constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade de expressão, da proporcionalidade e do livre acesso aos cargos públicos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO

CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIORIZEM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBSCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFASTÁVEL JUDICIAL REVIEW. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. IN CASU, A EXCLUSÃO DO CANDIDATO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFIRMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESES ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

[..] (RE 898450, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17.08.2016)

Como também julgou-se recentemente, sob a relatoria do Eminentíssimo Ministro Barroso, que a simples existência de processo em curso ou inquéritos penais não autoriza a eliminação de candidatos em concurso público :

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. IDONEIDADE MORAL DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PÚBLICOS. INQUÉRITOS POLICIAIS OU PROCESSOS PENAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 1. Como regra geral, a simples existência de inquéritos ou processos penais em curso não autoriza a eliminação de candidatos em concursos públicos, o que pressupõe: (i) condenação por órgão colegiado ou definitiva; e (ii) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente. 2. A lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por

exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada, em qualquer caso, a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade. 3. Por se tratar de mudança de jurisprudência, a orientação ora firmada não se aplica a certames já realizados e que não tenham sido objeto de impugnação até a data do presente julgamento. 4. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese de julgamento: "Sem previsão constitucional adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal".

(RE 560900, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 06.02.2020).

Importante ressaltar a distinção do caso citado acima para o caso em apreço. Nesta oportunidade, trata-se de requisito previsto em lei de condenação transitada em julgado de ilícitos graves contra a administração pública. Requisito que está de acordo com os princípios constitucionais de direito administrativo e da proteção do interesse público.

A forma mais segura de se atingir esses objetivos é por meio do concurso público, regra geral para o provimento dos cargos. Por este motivo é que a doutrina trata da excepcionalidade dos cargos em comissão:

A vontade constitucional é que os cargos em comissão sejam uma exceção. A Constituição pretende que os titulares de cargos públicos sejam, como regra, providos mediante um processo de seleção norteado por critérios objetivos e sejam investidos de garantias que lhes assegurem isenção no desempenho das suas funções. Ou seja, não é compatível com a Constituição que a generalidade dos cargos públicos seja de "livre" provimento e demissão

JUSTEN FILHO, Marçal . Curso de Direito Administrativo. Revista do Tribunais, São Paulo, 2014.p.941

Como o acesso aos cargos em comissão não passa pela regra geral do concurso público, o requisito previsto no parágrafo único do artigo 137 da Lei Federal 8.112 tem especial relevância quando aplicado aos cargos de comissão.

Da mesma forma, a matéria de requisito para o exercício de cargo em comissão não é estranha ao Tribunal. Exemplo reiterado é o da vedação ao nepotismo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO DE APADRINHADOS EM CARGOS DE CONFIANÇA. DESVIO DE FINALIDADE. VIOLAÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PROVIMENTO MOTIVADO PARA ATINGIR INTERESSES PESSOAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 279 DO STF.

1.O provimento de cargos de livre nomeação e exoneração devem obedecer aos requisitos encartados na Constituição Federal, vale dizer a) devem ser destinados às funções de direção, chefia e assessoramento; **b) devem ser observados os princípios que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros.**

2.In casu, o Tribunal a quo entendeu que a criação e o provimento de 27 (vinte e sete) cargos em comissão se deu exclusivamente para atender a interesses particulares dos ora agravantes, servindo de recompensa política aos contemplados, de forma que restaria configurado a improbidade administrativa no termos da Lei infraconstitucional de regência Lei 8.429/92 - desvio de finalidade e violação ao princípio da moralidade administrativa.

3.Dissentir desse entendimento implicaria no reexame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância face o teor da Súmula 279 do STF, verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

4. Agravo regimental desprovido.

(AI 842925 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23.08.2011)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado.

(MS 23780, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28.09.2005)

Os requisitos estabelecidos em lei para o preenchimento de cargos públicos são concretizações do regime constitucional de direito

administrativo, e, especialmente em relação aos cargos de comissão, importam em restrições da discricionariedade administrativa e uma maior vinculação à lei e aos princípios administrativos constitucionais. Nesse sentido, ressalto – mais uma vez, oportuna lição do Prof. Marçal Justen Filho:

A proposta da ampla e ilimitada autonomia para provimento e demissão dos cargos em comissão é uma concepção originada dos primórdios do constitucionalismo, impregnada de uma ideologia imperial. A instauração de regime jurídico fundado no instituto da função, na vinculação de todas as competências à realização do interesse público e a proscrição de decisões derivadas de puro subjetivismo impedem a manutenção da ideia de que a investidura ou a exoneração em cargo em comissão possa ser objeto de uma decisão livre -não, pelo menos, se livre significar arbitrária. A restrição à autonomia para provimento e exoneração reflete a evolução que impregna o próprio conceito jurídico de discricionariedade. É evidente que a discricionariedade não autoriza o exercício de escolhas fundadas exclusivamente em critérios subjetivos da autoridade estatal.

JUSTEN FILHO, Marçal . Curso de Direito Administrativo. Revista do Tribunais, São Paulo, 2014.p.941

Neste sentido, entendo que a proibição de servidor demitido ou destituído de cargo em comissão retomar ao serviço público configura mais um dos diversos requisitos de investidura em cargo público, conforme previsto do art. 37, inciso I e não vislumbro ofensa ao artigo 5º, XLVII, "b", da Constituição da República.

Ante o exposto, homenageando as conclusões diversas, manifesto divergência em relação às conclusões do i. Relator e julgo improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É como voto.