

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, PRESIDENTE DO
EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DE CONTROLE
EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO BRASIL – ANTC**, entidade de classe de âmbito nacional sem fins econômicos, com homogeneidade em sua representação, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 16.812.795/0001-72, legalmente representada, na forma do artigo 34, inciso I do Estatuto, por seu Presidente, **Francisco José Gominho Rosa**, CPF 307.141.094-87, Auditor de Controle Externo, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea “a”, no art. 103, IX, ambos da Constituição Federal, e no art. 2º, IX, da Lei nº 9.868/1999, ajuizar a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

C/C MEDIDA CAUTELAR

em face do *caput* e §3º do art. 9º da Lei Complementar estadual nº 232, de 21 de novembro de 2013, na redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar estadual nº 256, de 16 de janeiro de 2015, bem como dos arts. 17, §3º e 19, §§ 5º e 6º (na redação dada pelo art. 14 da Lei Complementar estadual nº 232/2013), 27 e 34 da Lei Complementar estadual nº 204, de 06 de julho de 2011, todas do Estado de Sergipe, pelas razões que passa a expor.

INTRODUÇÃO

A LC 256, de 2015, ao incluir o §3º ao artigo 9º da LC 232, de 2013, textualizando que “**além das funções exercidas pelos Analistas de Controle Externo I e II, compete aos Coordenadores das Unidades Orgânicas encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos**”, vem abrindo margem para que o TCE/SE interprete no sentido de que os “cargos” de coordenadores de unidades orgânicas finalísticas de fiscalização e instrução processual podem ser de livre provimento em comissão, e de que a lei lhes teria delegado todas as funções dos



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

cargos efetivos (Analistas de Controle Externo I e II), típicas de Estado, e, além destas, o acréscimo de encerrar a instrução processual e aprovar as manifestações técnicas finalísticas de controle externo.

A manifesta inconstitucionalidade dessa interpretação se dá, pelo menos, sob três fundamentos: *primeiro* pelo fato de que os nove “cargos” de coordenadores de unidades orgânicas do Tribunal **não têm atribuições descritas em lei** (art. 17, §3º, 19, §§5º e 6º e 27 c/c 34, todos da LC 204, de 2011), ao arrepio da tese de Repercussão Geral (Tema 1.010) fixada pelo **Supremo Tribunal Federal (RE 1.041.210)** que, dentre outros aspectos, fixou: “**d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir**”.

No mesmo sentido, restou consignado no Tema 670 (RE 719870): “**I – No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para questionar a validade de leis que criam cargos em comissão, ao fundamento de que não se destinam a funções de direção, chefia e assessoramento, o Tribunal deve analisar as atribuições previstas para os cargos**”.

A Procuradoria Geral da República, em situação idêntica, manifestou-se no sentido de que o que se verifica no TCE/SE configura clara usurpação de competências, conforme Parecer Ministerial lançado na ADI 6440-PA, em 28.08.2020, nos seguintes termos: “Um dos objetivos do Supremo Tribunal Federal, ao exigir a descrição das atividades dos cargos em comissão, **é evitar a usurpação das funções exclusivas dos servidores efetivos, notadamente daqueles que trabalham na atividade-fim da instituição**”.

Como *segundo fundamento* da inconstitucionalidade na interpretação que entrega funções finalísticas de controle externo a agentes comissionados, tem-se que assim o TCE/SE adotaria modelo de “composição, organização e fiscalização” completamente divorciado do modelo Federal de controle externo das contas públicas, ferindo a exigência de quadro próprio de pessoal prevista no art. 73 da CF/88 que, por ser matéria que trata de “*composição, organização e fiscalização*” do Tribunal de Contas da União – TCU, constitui mandamento de **replicação simétrica obrigatória aos demais Tribunais de Contas brasileiros** – princípio da simetria constitucional previsto no art.



75 - vide ADI 5323-RN (Relatora Min. Rosa Weber) e ADI 4978-RR (Relator Min. Marco Aurélio).

O padrão de organicidade do TCU, em especial o quadro próprio de pessoal (art. 73), foi regulamentado pelo art. 110 da Lei nº 8.443, de 1992, que dispõe sobre sua Lei Orgânica. Na “organização e fiscalização” do TCU, existem apenas 28 (vinte e oito) cargos em comissão, sendo 2 (dois) por gabinete de ministro – cargos de representação, portanto – nenhum deles ligados a unidades técnicas de fiscalização e instrução processual. No TCU, todas as funções gerenciais (direção, chefia e assessoramento) finalísticas de controle externo são funções de confiança, para as quais são designados ocupantes do seu quadro próprio de pessoal: os encargos gerenciais das unidades técnicas finalísticas de auditoria e instrução processual são reservadas aos ocupantes dos cargos efetivos com titularidade plena para tais funções, visto que a eles incumbe “encerrar a instrução”, parte essencial das decisões da Corte.

O terceiro fundamento da inconstitucionalidade guarda estreita relação com os dois primeiros e é, em larga medida, consequência destas: trata-se da manifesta violação às normas de processo e garantias processuais das partes, ferindo o disposto nos 73 c/c 96, I, “a”, 75, todos da CF/88, na medida em que consente que agentes demissíveis *ad nutum*, sem independência e sem competência legal para atividades de auditoria e instrução processual, possam exercê-las e, mais ainda, comandá-las. Além de serem nulos os atos lesivos ao patrimônio público praticados em vício de competência (Art. 2º, ‘a’ da Lei nº 4.717/1965), os agentes sem estabilidade são **livremente escolhidos, indicados e dispensados pelo relator dos processos** (art. 28 da LC 204, de 2011), o que compromete a independência e a imparcialidade no planejamento, execução e monitoramento de auditorias e instruções processuais, permitindo interferência de julgador na investigação e instrução processual típica de modelos inquisitoriais.

Se para a auditoria e instrução processual é necessário dispor de competência legal plena, por maior razão ela é necessária para encerrar a instrução processual e aprovar informações técnicas, de modo que a única interpretação possível é que o posto de “coordenador” de unidade técnica, criado sem atribuições legais, não tem natureza de cargo de livre provimento em comissão, mas de função comissionada, atrelada às atribuições legais do cargo efetivo, podendo recair apenas em quem detém

competência legal plena. A desaprovação de instruções e manifestações por agentes sem competência legal plena consente que exerçam, por via transversa e ilegítima, atos de fiscalização e instrução processual, desconsiderando, assim, que a atividade controladora afeta a esfera de direitos subjetivos de agentes que prestam contas ao Tribunal de Contas sergipano, conforme manifestou o Min. Marco Aurélio, na ADI 5128-SE.

I – DA LEGITIMIDADE ATIVA E DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

De acordo com a jurisprudência do STF, a legitimidade para o ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade por parte de entidades de classe pressupõe uma série de requisitos: caracterização como entidade de classe ou sindical, decorrente da representação de categoria empresarial ou profissional; abrangência ampla do vínculo de representação, exigindo-se que a entidade represente toda a respectiva categoria, e não apenas fração dela; caráter nacional da representatividade, aferida pela demonstração da presença da entidade em pelo menos nove estados; e pertinência temática entre as finalidades institucionais da entidade e o objeto da impugnação¹.

A ANTC – Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil **é uma entidade de classe de âmbito nacional**, sem fins lucrativos, que tem por finalidade representar, patrocinar e defender, de forma exclusiva, os interesses gerais dos titulares de cargo de provimento efetivo com atribuições plenas para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial e demais ações de controle externo (**Auditores de Controle Externo**), relacionados com o seu exercício funcional e prerrogativas constitucionais.

Frise-se que a ANTC congrega, de forma homogênea, os Auditores de Controle Externo, que, como dito, correspondem a agentes públicos de um único segmento, visto serem ocupantes de cargos públicos efetivos que atendem, cumulativamente: **(a) mesma natureza** (finalística, de auditoria e instrução processual nos respectivos Tribunais de Contas); **(b) mesmo grau de complexidade e responsabilidade** (superior); e **(c) o mesmo requisito de investidura** (aprovação em concurso público específico que exigiu nível superior como requisito mínimo).

¹ STF, ADI 6103, Rel. Ministro Alexandre de Moraes.



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

No bojo de sua estrutura estatutária, a ANTC dispõe, dentre outros vários, sobre seus fundamentos e objetivos, alguns dos quais se destacam:

Art. 3º A ANTC tem como fundamentos:

(...)

III - a **dignidade do cargo de Auditor de Controle Externo, que decorre das atribuições legais que lhe são conferidas para o exercício de fiscalizações, auditorias governamentais e demais ações típicas de controle externo inseridas na competência dos Tribunais de Contas.**

(...)

VI - o **padrão nacional** de organização e funcionamento da unidade de controle externo dos Tribunais de Contas;

VII - a **imprescindibilidade do Tribunal de Contas** independente, imparcial e apartidário, **como instância julgadora e garantidora do devido processo legal na esfera do controle externo.**

Art. 4º Constituem objetivos fundamentais da ANTC:

(...)

IV – defender:

(...)

b) o **concurso público como única forma de ingresso no cargo de Auditor de Controle Externo;**

(...)

XV – **promover a representação e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos Auditores de Controle Externo**, ativos e aposentados, podendo, para tanto, ajuizar mandado de segurança, individual ou coletivo, mandado de injunção, **ação direta de inconstitucionalidade** e outras medidas judiciais e administrativas, independentemente de autorização por meio de Assembleia Geral;

XVI - **atuar como substituto processual dos associados, representando, judicial e extrajudicialmente, de ofício ou a requerimento, os direitos e os interesses de seus associados.** (g.n.).

Nesse contexto, em vista das disposições estatutárias supramencionadas, cabível salientar que **no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Sergipe (TCE-SE), a ANTC representa tão somente os integrantes do cargo denominado de Analista de Controle Externo II**, visto que investidos por concurso público de nível superior para a titularidade plena das atribuições finalísticas de auditoria, inspeção e demais procedimentos de fiscalização na esfera de controle externo, atividades de complexidade e responsabilidade superiores.

Assim, demonstrada que a requerente é entidade de classe de âmbito nacional, pois presente em mais de nove estados da federação, resta configurada a sua legitimidade ativa para o ingresso de ação de controle concentrado de constitucionalidade, com



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

fundamento no art. 103, segunda parte do inciso IX, da CF/88 e art. 2º, IX da Lei nº 9.868/99.

Inclusive, cabível pontuar que a **legitimidade ativa da ANTC** para a provocação do controle abstrato de constitucionalidade **já foi reconhecida por essa Excelsa Corte em outras oportunidades, a exemplo das ADIs nº 6440/PA e 6532/AM.**

No tocante à **pertinência temática**, esta se faz clara quando observamos que os dispositivos impugnados refletem diretamente na atuação e no desenvolvimento regular das atividades dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas, em especial os representados do Estado de Sergipe.

Isso porque a LCE nº 256/2015 objurgada, ao alterar o *caput* e acrescentar o §3º ao art. 9º LCE nº 232/2013, pertinente “*quadro de pessoal efetivo do tribunal de Contas do Estado de Sergipe*”, o fez com redação que tem sido interpretada, pelo TCE/SE, de modo a contrariar diretamente dispositivos da Constituição Federal.

Além destes, destaca-se a necessidade de se realizar a interpretação conforme à CF/88 em face dos arts. 17, §3º, 19, §§ 5º e 6º, 27 e 34 da LCE nº 204/2011, uma vez que o TCE/SE vem interpretando esta norma no sentido de permitir que pessoas sem vínculo efetivo com a Administração Pública e que não titularizam as atividades de fiscalização e instrução processual no âmbito do TCE/SE assumam funções que possuem atribuições exclusivas dos Auditores de Controle Externo, situação essa que é também inconstitucional (vide ADIs 4978 e 5323 – “Em matéria de organização, composição e atribuições fiscalizadoras, os Tribunais de Contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios devem observar o modelo jurídico estabelecido pela Constituição Federal” – Art. 75 da CRF/88).

Isso porque, no entender da parte ora requerente, os mencionados dispositivos, se não interpretados em conformidade com a CRFB/88, violam normas e garantias constitucionais e processuais, descumprindo exigência de quadro próprio de pessoal, mitigando a regra do concurso público e usurpando competências exclusivas, situação esta que prejudica diretamente os associados da requerente, para além, é claro, de colocar em risco de ofensa a direitos subjetivos daqueles que, por vínculo legal ou contratual, prestam contas ao Tribunal de Contas sergipano.



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Frise-se que se está a tratar de atividades técnicas, permanentes e finalísticas do Tribunal de Contas, exclusivas de Estado, alcançadas pelas alterações no *caput e no* § 3º do art. 9º LCE nº 232/2013, notadamente quanto às coordenações das referidas atividades no âmbito das unidades orgânicas do TCE/SE (técnicas e finalísticas).

Esses “postos” foram positivados/criados na LCE nº 204, de 06 de julho de 2011, sem trazer descrição alguma das atribuições desses “cargos”, conforme se comprova a partir de uma leitura dos artigos 17, §3º, art. 19, §§ 5º e 6º, e art. 27 c/c art. 34 da LCE 204/2011.

Essa ausência de definição das atribuições em lei tem permitido a ocorrência de **usurpação por ocupantes de cargo exclusivamente em comissão** das mencionadas competências técnicas, finalísticas e exclusivas de Estado, regularmente incumbidas aos Auditores de Controle Externo.

Não sobejam dúvidas, portanto, de que a ANTC se qualifica como entidade de classe legitimada para efeito de instauração do processo de controle normativo abstrato de constitucionalidade, consoante exegese estampada na segunda parte do inciso IX do art. 103 da Constituição Federal de 1988, conquanto inquestionável a pertinência temática presente entre a postulação e o prejuízo aos associados da Requerente.

II – BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

No Estado de Sergipe, fora editada a Lei Complementar estadual nº 204, de 06 de julho de 2011, a qual estabelece “*a Estrutura Administrativa do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e do Ministério Público Especial; cria, modifica e extingue órgãos e cargos; e dá providências correlatas*”.

Do que importa salientar, tem-se que a Diretoria de Controle Externo de Obras e Serviços é integrada pela Coordenadoria de Auditoria Operacional e Coordenadoria de Engenharia. Na redação dada pela Lei Complementar estadual nº 232, de 21 de novembro de 2013, os §§5º e 6º do art. 19 da LCE 204/2011 passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art. 19. (...)

§ 5º. O **Coordenador de Auditoria Operacional**, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02, é escolhido **entre profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade e é privativa de bacharel em Economia, Engenharia ou Contabilidade.**



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

§ 6º. O Coordenador de Engenharia, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02, é escolhido entre profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade e é privativo de bacharel em Engenharia.

Além desses, cabível trazer o teor dos arts. 17, §3º, 27 e 34 da LCE 204/2011, cujas atribuições dos cargos e competências dos órgãos são finalísticas de Controle Externo, atividades de fiscalização e instrução processual, não se tratando, pois, de órgãos que desempenham atividades administrativas ou de apoio. Vejamos:

Art. 17.

[...]

§3º A Coordenadoria Jurídica é dirigida por um Coordenador, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02, privativo de bacharel em Direito, com o apoio de um Coordenador Adjunto, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-03, privativo de bacharel em Direito.

Art. 27. Funciona junto ao **Gabinete do Conselheiro uma Coordenadoria de Controle e Inspeção que será coordenada pelo Coordenador de Controle e Inspeção que será escolhido entre profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade e é privativo de bacharel em Direito, Administração, Economia ou Contabilidade, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02.**

Art. 34. Ficam criados um cargo de Diretor, símbolo CCE-01A, **seis cargos de Coordenador**, símbolo CCE-02, um cargo de Coordenador Adjunto, símbolo CCE-03, dois cargos de Secretário-Chefe, símbolo CCE-04D, três cargos de Chefe de Gabinete, símbolo CCE-07, treze cargos de Assessores, símbolo CCE-10, que passam a integrar a estrutura administrativa da Presidência do Tribunal de Contas e um cargo de Secretário-Chefe de Gabinete do Procurador-Geral, símbolo CCE-04D e cinco cargos de Chefe de Gabinete de Procurador, símbolo CCE-04B.

Pois bem. A LCE nº 232/2013, que “*Reestrutura o Quadro de Pessoal Efetivo do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, e dá providências correlatas*”, veio a ratificar o entendimento de que **são exclusivas de Estado as funções de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios de competência do Tribunal de Contas**, legalmente atribuídas a regulares ocupantes de **cargos públicos efetivos** que integram o quadro próprio de pessoal do Tribunal, conforme o plexo de atribuições legais de cada cargo.

Art. 9º **As funções de execução do controle externo, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, que incumbem ao Tribunal de Contas, devem ser exercidas, exclusivamente, pelos Analistas de Controle Externo I e II.**

§ 1º Os Analistas de Controle Externo I e II, responsáveis pela execução de atividades nos termos desta Lei Complementar, e em razão das funções de fiscalização que **executam, desenvolvem atividades exclusivas de Estado.**



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

§ 2º Incumbe, ainda, aos Analistas de Controle Externo I e II, a prestação de apoio técnico e administrativo do próprio Tribunal de Contas, conforme estrutura estabelecida na Lei Complementar nº 204, de 06 de julho de 2011.

Ocorre que, em 16 de janeiro de 2015, foi editada a Lei Complementar Estadual nº 256/2015, que veio a alterar dispositivos da LCE nº 232/2013, em especial o supracitado art. 9º, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º. Os dispositivos adiante indicados na Lei Complementar nº 232, de 21 de novembro de 2013, passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 9º. As funções de execução do controle externo, de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, que incumbem ao Tribunal de Contas, devem ser exercidas pelos Analistas de Controle Externo I e II e **Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal.**

§ 1º. ...

§ 2º. ...

§ 3º. **Além das funções exercidas pelos Analistas de Controle Externo I e II, na forma dos §§ 1º e 2º deste artigo, aos Coordenadores das Unidades Orgânicas compete encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos.**” (destacamos).

Da leitura da alteração ora questionada, tem-se que as funções fiscalizatórias e instrutórias finalísticas de controle externo, que são atividades de Estado, também são exercidas pelos chamados “*coordenadores*” das unidades técnicas, aos quais incumbe, **adicionalmente**, “*encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos*”.

Assim, de partida, como se vê, o “posto” de coordenador de unidade orgânica (unidade técnica, finalística e permanente) não é uma mera chefia de ordem administrativa. Na medida em que a esses coordenadores compete “*encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos*”, eles desempenham atividades finalísticas de controle externo, exclusivas de Estado, e a competência legal plena para exercer essas atividades é um dos pressupostos para que seja possível, adicionalmente, coordená-las.

A problemática surge quando ao invés de se interpretar no sentido de que as alterações legislativas realizadas correspondem a acréscimos de responsabilidades gerenciais atreladas às atribuições exclusivas do cargo efetivo – de modo a só poderem recair sobre quem detém competência legal plena para o desempenho da totalidade das atribuições de fiscalização e instrução processual, que abrange instrução de recursos e rescisórias, inclusive, e são de natureza exclusiva de Estado – **estas vêm sendo**



inconstitucionalmente interpretadas pelo TCE/SE no sentido de que tais encargos gerenciais técnicos, finalísticos e permanentes poderiam ser delegados/entregues a ocupantes de cargos de livre provimento em comissão, que não pertençam à carreira de Estado aqui representada.

Tal interpretação do TCE/SE, repise-se, dá-se de forma absolutamente dissociada dos preceitos constitucionais, vez que estende aos ocupantes de cargos exclusivamente em comissão atividades fiscalizatórias finalísticas que legalmente pertencem, com exclusividade, ao cargo de natureza efetiva do quadro próprio de pessoal do Tribunal de Contas, provido por concurso público específico para tal fim.

Ou seja, **quer o TCE/SE aplicar entendimento de que seria possível delegar a comissionados sem vínculo com o Tribunal funções exclusivas de Estado**, contrariando não apenas a sua própria Lei Orgânica, como também o texto constitucional.

Em outras palavras, pretende a e Corte de Contas do Estado de Sergipe interpretar que o fato de ocupar posto gerencial da Unidade Técnica (**coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal**) é capaz de investir qualquer agente, ainda que ocupante de cargo exclusivamente em comissão, de competência legal plena para atividades técnicas, permanentes e finalísticas que legalmente pertencem a **cargo efetivo** que titulariza as atividades de Estado de auditoria e instrução processual do Tribunal de Contas, que corresponde à “*função de investigação e acusação*” na esfera do Controle Externo.

A interpretação do TCE/SE, aliás, apartada de normas de processo e garantias processuais das partes (art. 73 c/c 96, I, “a” da CF), ao consentir que ocupantes de cargo exclusivamente em comissão sejam coordenadores de unidades técnicas, **tem permitido que comissionados sem vínculo encerrem a instrução processual e aprovem informações técnicas**. Ocorre que tais tarefas gerenciais e acréscimos de responsabilidades devem ser incumbidas a agentes que já sejam legalmente competentes para exercer, de forma plena, a instrução processual e lavrar informações técnicas, notadamente em razão do disposto no artigo 1º, §3º, I da Lei Complementar Estadual n. 205/2011 (Lei Orgânica do TCE/SE), cuja literalidade textual é clara ao dispor que “**as conclusões hauridas na fase de instrução processual, tendo por suporte os relatórios**



e informações elaborados pelas unidades técnicas de instrução constituem parte essencial das decisões do Plenário ou das Câmaras”.

No âmbito do TCE/SE, o cargo de Analista de Controle II é o cargo provido por concurso público para titularizar, de forma plena, as atividades auditoriais e instrutórias. Diversamente, o atual cargo efetivo de Analista de Controle Externo I, *sub judice*², trata-se do cargo original de Assistente de Controle Externo, provido por concurso de nível médio para atribuições de auxílio, cujos agentes foram alçados à condição de nível superior, com a nomenclatura do cargo de nível superior, significativo acréscimo de atribuições e equiparação remuneratória ao cargo de Analista de Controle Externo II (este sim **sempre** provido por concurso de nível superior), em inconstitucionalidade, aliás, enquadrada na tese fixada pelo RE 740.008: “é inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso público a exigir nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior”.

Porém, independentemente do reconhecimento da inconstitucionalidade na transformação operada e no aproveitamento dos agentes de nível médio no cargo transformado, o fato é que a própria lei atual não confere a esses agentes (originais de nível médio) competência para instruir recurso de reconsideração, agravo contra decisão monocrática, agravo contra decisão colegiada, embargos de declaração, pedidos de reexame, ação rescisória, além de não poderem coordenar auditorias.

Ora, se o analista de controle externo I não pode realizar ordinariamente todas as atividades auditoriais e instrutórias, não é o fato de ser designado para uma “coordenação” que o tornará apto para exercer plenamente tais atividades e, mais ainda, para coordená-las, encerrando a instrução e aprovando as manifestações técnicas produzidas por agentes legítimos. Disso se conclui que a competência de coordenar unidade técnica e encerrar instrução processual depende, invariavelmente, da competência plena para tanto, ordinariamente (no cargo efetivo), esta somente atribuída, legal e legitimamente, ao cargo de analista de controle externo II (Auditor de Controle Externo).

Afinal, trata-se de funções gerenciais e não de um novo plexo de atribuições que possam induzir a caracterização de um outro cargo, até por se tratarem de atribuições

² ADI 5128-SE, aguardando julgamento por este e. STF



inerentes a um cargo efetivo e, por isso, não poderiam ser simultaneamente atribuídas a cargos de livre provimento em comissão.

Tal afirmação se funda no fato de que, para além de se tratar de atribuições exclusivas de Estado, são consideradas extensões das atribuições de cargos efetivos e somente podem recair em quem detém competência plena para a função. Sem congregação de atribuições legais, não há como se falar em regular desempenho de atividades em nome do Estado, muito menos há como imaginar um incremento de responsabilidade (encerrar instrução e aprovar manifestações técnicas) naquilo que não se possui.

Explica-se. A Lei Orgânica do TCU, em igual sentido da LOTCESE, em seu art. 1º, §3º, I, dispõe que *as conclusões obtidas na fase de instrução são parte essencial das decisões do Tribunal*, e as referidas conclusões da instrução são: *relatório* da equipe de auditoria ou do responsável pela análise do processo e *parecer das chefias imediatas*, da Unidade Técnica.

Ora, se para a instrução processual é necessário dispor de competência legal plena, por maior razão ela é necessária para encerrar a instrução processual e aprovar informações técnicas, na medida em que a desaprovação abre margem para que agente público não dotado de competência legal plena venha a desempenhar, por via transversa e ilegítima, atos de fiscalização e instrução processual, atribuições não descritas em lei que criou o cargo.

Não se faz possível conceber que tais atividades de Estado possam ser desempenhadas por ocupantes de cargos exclusivamente em comissão, demissíveis *ad nutum*, seja por comprometer os pressupostos de independência e imparcialidade que lastreiam o devido processo legal, seja pela impossibilidade de estender a um cargo de provimento em comissão atribuições de cargo efetivo.

Ainda, noutro giro, pela inobservância ao princípio da simetria constitucional, que estabeleceu o Tribunal de Contas da União como paradigma de organização e fiscalização para os demais Tribunais de Contas, **sendo materialmente inconstitucional a norma de regência da organização ou funcionamento de Tribunal de Contas estadual divorciada do modelo federal de controle externo das contas públicas** (ADI 5323-RN) e, mais recentemente, a ADI 4978, julgada em 09.12.2020.



Ressalte-se, por fim, que foi a própria Constituição Federal que determinou um quadro próprio de pessoal para os Tribunais de Contas (art. 73, caput), na única passagem em que o texto constitucional faz uso dessa expressão.

O e. Ministro Marco Aurélio, inclusive, na ADI 5128/SE (ajuizada pela PGR para questionar a transformação de cargo de nível médio anteriormente mencionada), foi taxativo no sentido de que **a estrutura do quadro de pessoal do Tribunal de Contas afeta direitos subjetivos dos gestores de órgãos e entidades da administração pública.**

Isso porque, conforme já salientado, os Tribunais de Contas concentram, em um só órgão, **competências para investigar, acusar e julgar**, e a própria CF/88 garantiu-lhes os meios para seu exercício: **um quadro próprio de pessoal, um colegiado de julgadores e um ministério público especial atuando junto a eles**, compondo a tríade essencial a um processo regular, devido e imparcial.

Desvirtuar-se de tais preceitos pode levar os Tribunais de Contas não somente a deixarem de cumprir sua missão constitucional, mas, ainda, a **imprimirem danos à coletividade e serem altamente corrosivos à democracia**, visto que o exercício de suas competências pode ensejar responsabilizações pessoais, podendo refletir, inclusive, em direitos políticos.

Atuações irregulares, permeadas por interesses conflituosos ou que não se coadunem com o interesse público, apartam essas instituições do dever de imparcialidade, podendo vir a afastar bons gestores da vida pública, contribuir para perseguir inimigos e favorecer amigos, além de influenciar decisivamente em processos eleitorais, desequilibrando alicerces democráticos e comprometendo os fins do § 5º do art. 11 da Lei nº 9.504/97 c/c art. 1º, I, “g” da Lei 64/90, alterada pela Lei da Ficha Limpa.

A partir da presente contextualização legislativa local, a ora requerente passará a expor as razões de mérito, no sentido de demonstrar a existência de **inconstitucionalidade material nas normas impugnadas, a fim de que seja realizada a interpretação conforme ao texto constitucional para que se resguarde a impossibilidade de ocupantes de cargos exclusivos de livre provimento em comissão virem a desempenhar** as funções típicas do controle externo, de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, que



incumbem ao Tribunal de Contas, bem como as competências adicionais de encerramento da instrução processual e aprovação das informações técnicas constantes nos autos.

III – DO MÉRITO

III.1 – ENCARGO GERENCIAL DE “COORDENADOR”, CRIAÇÃO POR LEI ESPECÍFICA SEM DEFINIR ATRIBUIÇÕES: NATUREZA DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA

Consoante já mencionado, em 16 de janeiro de 2015, o artigo 9º da Lei Complementar Estadual n. 232, de 2013, foi alterado pelo artigo 1º da Lei 256/2015, passando assim a dispor:

Art. 9º. As funções de execução do controle externo, de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, que incumbem ao Tribunal de Contas, devem ser exercidas pelos Analistas de Controle Externo I e II e **Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal.**

§ 1º. ...

§ 2º. ...

§ 3º. **Além das funções exercidas pelos Analistas de Controle Externo I e II, na forma dos §§ 1º e 2º deste artigo, aos Coordenadores das Unidades Orgânicas compete encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos.**

Reforça-se, Excelências, que não houve o estabelecimento do rol de atribuições desses “coordenadores” de unidades orgânicas do Tribunal (unidades técnicas finalísticas e permanentes). Tem-se, dessa forma, que **não se trata de novo plexo de atribuições que caracterizariam novo cargo**, o que revela que não se trata de cargos de livre provimento em comissão, **mas sim de funções comissionadas (ou funções de confiança)**, conforme se passa a detalhar.

Memora-se que a LCE 204/2011 criou os postos/encargos de coordenação dessas unidades orgânicas do TCE/SE, mais especificamente nos artigos 17, §3º, art. 19, §§ 5º e 6º, e art. 27 c/c art. 34 (**coordenador jurídico, coordenador de engenharia, coordenador de auditoria operacional e seis coordenadores de controle e inspeção**), todas unidades técnicas de fiscalização e instrução processual, cujas manifestações e relatórios constituem parte integrante das decisões do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (art. 1º, §3º, I da Lei Orgânica do TCE/SE).



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Assim, as chefias das 9 (nove) Unidades Técnicas finalísticas do Tribunal são incumbidas aos “*Coordenadores*”, que possuem responsabilidades gerenciais criadas pela LCE nº 204/2011. Em seu artigo 17, §3º, dispõe que a Coordenadoria Jurídica é dirigida por um Coordenador, ocupante do Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02, privativo de bacharel em Direito, com o apoio de um Coordenador Adjunto, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-03, privativo de bacharel em Direito.

À aludida Coordenadoria incumbe o desempenho de atividades finalísticas de Controle Externo, conforme se extrai da Resolução TC 317, de 2018, e que, de forma secundária e excepcional, também defende as prerrogativas institucionais do Tribunal de Contas sergipano, a saber:

I - fazer, com a devida antecedência ou quando solicitado, o levantamento dos nomes dos responsáveis cujas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas tiverem sido, por decisão irrecorrível, rejeitadas ou tidas por irregulares em razão de falhas insanáveis;

II – examinar documentação, sob o ponto de vista jurídico, e todo e qualquer processo relativo às competências do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe de natureza jurisdicional;

III - analisar recursos, procedimentos pertinentes a direitos funcionais, atos de admissão de pessoal, desde a composição de concursos públicos até a nomeação ou contratação, (Art. 71, III da CRFB/88)

IV – analisar processos de aposentadoria, reforma, pensão, reserva remunerada e revisões, nos termos do art. 68, inciso III da Constituição do Estado de Sergipe;

V– examinar rescisórias e pedidos de consulta;

VI - manifestar-se em todas as demais hipóteses previstas em lei, regulamento, resolução ou Regimento Interno.

Importante esclarecer que, não obstante à Coordenadoria Jurídica também caiba a defesa do procuratório judicial e extrajudicial do Tribunal, trata-se de competência complementar do órgão, que não se confunde com a defesa jurídica feita pelas Procuradorias de Estado, de forma ampla e irrestrita. É que, no caso dos Tribunais de Contas, tem esse Egrégio Tribunal reconhecido que essa atuação guarda direta relação com a “defesa do exercício da função constitucionalmente deferida ao Tribunal de Contas”, exatamente em razão da possibilidade da existência de ações em conflito com o ente a que se vinculam esses Tribunais, ou seja, essa competência anômala para ir a Juízo sem ser por meio da Procuradoria Geral do Estado se dá com vistas a defender



CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

exclusivamente as competências elencada no artigo 71 da CRFB/88, competências finalísticas de Controle Externo.

Não por outra razão, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o exercício dessa competência anômala também é materializada por meio da atuação de um Auditor de Controle Externo – Área de Controle Externo.

Para além disso, Excelência, imprescindível chamar atenção que o **TCE/SE dispõe de uma Assessoria Jurídica**, órgão integrante da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, nos termos do art. 3º, II da Lei Complementar nº 204, de 06 de julho de 2011. Esse, diferentemente da Coordenadoria Jurídica, é órgão de natureza exclusivamente administrativa.

Ao tratar das Coordenadorias de Auditoria Operacional e de Engenharia, a dita LCE nº 204/2011, nos §§ 5º e 6º do art. 19, impõe que **a escolha dos Coordenadores de Engenharia e de Auditoria Operacional deve recair entre “profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade”**:

Art. 19. (...)

§ 5º. O **Coordenador de Auditoria Operacional**, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02, é escolhido **entre profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade e é privativa de bacharel em Economia, Engenharia ou Contabilidade**.

§ 6º. O Coordenador de Engenharia, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02, é escolhido entre profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade e é privativo de bacharel em Engenharia.

O art. 27 c/c art. 34, de igual formal, ao preconizar que funciona **junto ao Gabinete do Conselheiro uma Coordenadoria de Controle e Inspeção (CCI)**, criou **06 (seis) cargos de coordenador**, os quais deverão ser escolhidos entre profissionais “*de comprovada experiência na respectiva área de atividade*”, também já deixando clara a exigência da comprovada experiência e atuação na atividade-fim do Tribunal.

Art. 27. Funciona **junto ao Gabinete do Conselheiro uma Coordenadoria de Controle e Inspeção** que será **coordenada pelo Coordenador de Controle e Inspeção** que será **escolhido entre profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade** e é privativo de bacharel em Direito, Administração, Economia ou Contabilidade, ocupante de Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02.

(...)

Art. 34. Ficam criados um cargo de Diretor, símbolo CCE-01A, **seis cargos de Coordenador**, símbolo CCE-02, um cargo de Coordenador Adjunto, símbolo CCE-03, dois cargos de Secretário-Chefe, símbolo CCE-04D, três cargos de Chefe de Gabinete, símbolo CCE-07, treze cargos de Assessores,



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

símbolo CCE-10, que passam a integrar a estrutura administrativa da Presidência do Tribunal de Contas e um cargo de Secretário-Chefe de Gabinete do Procurador-Geral, símbolo CCE-04D e cinco cargos de Chefe de Gabinete de Procurador, símbolo CCE-04B.

Antes mesmo de adentrar nos aspectos de ordem técnica, que serão adiante abordados e são extremamente relevantes, oportuno alertar para o risco de politização negativa no processo de indicação de comissionados sem vínculo para atuar no Órgão de Instrução (Unidades Orgânicas), o que deve merecer atenção e cuidado específicos.

Isso porque o artigo 27 da LC 204, de 2011, que dispõe sobre a Coordenadoria de Controle e Inspeção (Unidade técnica de instrução), está inserido no Capítulo IV, que trata dos “Gabinetes dos Conselheiros”, onde também se encontra alocado o art. 28, cujo texto dispõe que “os cargos que integram o Gabinete de Conselheiro são nomeados pelo Presidente do Tribunal, **por indicação do titular.**” Assim, como a estrutura orgânica do Tribunal – diferente do modelo adotado pelo TCU – vincula as unidades técnicas de investigação e instrução processual aos conselheiros titulares, tem-se, portanto, 6 (seis) Coordenadorias de Controle e Inspeção vinculadas aos relatores originários, o que tem comprometido a imparcialidade no planejamento, na execução e no monitoramento de auditorias e instruções processuais.

Quanto aos aspectos técnicos e jurídicos, observe-se que, **ao criar os “postos” de coordenador, a referida LC nº 204, de 2011, não descreveu suas atribuições legais**, ao contrário, deixou expresso que o servidor designado para coordenar tais unidades técnicas finalísticas de fiscalização e instrução processual seria escolhido entre “*profissionais de comprovada experiência na respectiva área*”.

Nesse contexto, é certo afirmar que não se faz possível interpretar que o legislador esteja se referindo a pessoas estranhas ao quadro próprio de pessoal do tribunal, visto ser inviável que terceiro detenha **experiência** em *auditoria operacional, auditoria de obras públicas, análises de atos de pessoal, inspeções, instruções processuais de pareceres prévios de contas de governadores e prefeitos, instruções de contas de gestão ou instruções recursais*, **atividades sem correspondência na iniciativa privada, por serem típicas de Estado** e cuja “*experiência na área*” se alicerça, **necessariamente, na competência legal plena para o exercício dessas atividades finalísticas de controle externo no âmbito do Tribunal de Contas.**



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Disso facilmente se extrai que tais atividades de direção e chefia no âmbito das unidades técnicas finalísticas de auditoria e instrução processual, embora formalmente sejam referenciadas como *cargos em comissão*, são, em essência, **funções de confiança (ou funções gratificadas)**, por se tratarem, em verdade, de **acréscimos de responsabilidade gerencial atreladas às atribuições legais dos cargos efetivos com competência legal plena para essas atividades**, as quais não estão franqueadas a ocupantes de cargos de livre provimento em comissão.

Aliás, **interpretar de forma diversa levaria, invariavelmente, à inconstitucionalidade dos “cargos em comissão” criados pela referida LCE 204/2011, ante a ausência da previsão das suas atribuições legais.**

É que a obrigatoriedade de o rol de atribuições estar previsto na própria lei que os criar, a propósito, **foram fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em teses de repercussão geral (Tema 670³ – RE 719870 e Tema 1.010 - RE 1.041.210)**, que, dentre outros aspectos, esta última fixou: **“d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”**. Vejamos a ementa do acórdão:

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,

³ I- No julgamento de ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para questionar a validade de leis que criam cargos em comissão, ao fundamento de que não se destinam a funções de direção, chefia e assessoramento, o Tribunal deve analisar as atribuições previstas para o cargo.



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

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.

Interessante colacionar trechos da manifestação do e. Ministro Relator Dias

Toffoli:

Esta Corte já se debruçou sobre a questão por diversas vezes, havendo afirmado que a regra para o provimento de cargos efetivos no serviço público é o concurso público de provas ou de provas e títulos sendo a criação e o provimento de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, exceção à regra, motivo pelo qual o tema deve ser compreendido nessa condição.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os cargos em comissão somente se justificam quando presentes os pressupostos constitucionais autorizadores de sua criação.

Dentre esses pressupostos, destaco a necessidade imposta pela CF/88 de que as atribuições do cargo comissionado criado sejam adequadas às atividades de direção, chefia ou assessoramento, não se podendo compreender nesse espectro atividades meramente burocráticas, operacionais ou técnicas. (...)

Vai nesse sentido a jurisprudência da Corte, conforme adiante se vê:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3. Ação julgada procedente” (ADI nº 3.706/MS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 5/10/07).

(...)

Conforme bem ressaltado pela douta Procuradoria-Geral da República, no parecer ofertado no presente feito, para que se configure como cargo de direção ou chefia, a lei deve-lhe conferir “atribuições de efetivo estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas. Já o assessoramento requer conhecimentos técnicos, no auxílio especializado à tomada de decisões dos chamados programas normativos finalísticos, em que se abrem grandes campos de avaliação e de opções discricionárias dos agentes públicos”.

Fora dessas situações, o que em geral se afigura é cargo com atribuições rotineiras da Administração Pública, operacionais, burocráticas ou técnicas, que prescindem da relação de confiança entre nomeante e nomeado e, por essas mesmas razões, devem ser providos de modo efetivo, e não precário, e precedidos de regular concurso público de provas ou de provas e títulos.

(...)

Por fim, urge que as atribuições dos cargos estejam previstas na própria lei que os criou, de forma clara e objetiva, não havendo a possibilidade de que sejam fixadas posteriormente.



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

É certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei. Daí ser imprescindível que a lei que cria o cargo em comissão descreva as atribuições a ele inerentes, evitando-se termos vagos e imprecisos. De fato, somente com a descrição das atribuições dos cargos comissionados na própria lei que os institui é possível verificar o atendimento do art. 37, inciso V, da CF/88.

Sobre este último ponto, conforme também ponderado na manifestação do e. Ministro Dias Toffoli, convém frisar que o e. Supremo Tribunal Federal possui entendimento firme pela necessidade da descrição das atribuições dos cargos comissionados na lei que os criou:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. **CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei. Precedente: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 15/2/2011.** (...) 5. Agravo regimental DESPROVIDO. (RE nº 806.436/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 17/9/14).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. **CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.** (RE nº 752.769/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24/10/13).

Neste último julgado, a e. Ministra Cármen Lúcia, relatora, assim se pronunciou:

Como assentado na decisão agravada, este Supremo Tribunal fixou a inconstitucionalidade de lei que crie cargos em comissão cujas atribuições dispensem a necessária relação de confiança ou que delegue poderes ao chefe do Poder Executivo para estabelecê-las mediante decreto. (...)

Esse entendimento é aplicável aos casos em que a lei silencia sobre as atribuições dos cargos em comissão, de modo a inviabilizar a análise da burla, ou não, ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público previsto no art. 37, inc. II, da Constituição da República.

Assim, para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, **necessariamente**



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento.

Entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, inc. II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos. (g.n.).

Hialino, portanto, que o entendimento desse e. STF é firme no sentido de que cargos em comissão não podem exercer atribuições burocráticas, técnicas ou operacionais, bem como exige que as atribuições destes cargos em comissão estejam expressamente descritas, de forma clara e objetiva, na lei que os instituir.

No caso concreto, tem-se que o ordenamento jurídico estadual dispôs, porquanto não poderia ser diferente, que “*as funções de execução do controle externo, de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, que incubem ao Tribunal de Contas*” são atividades de Estado exclusivas de cargos de provimento efetivo, conforme já dito.

Ocorre que, em 2015, a partir da vigência da LCE 256/2015, passou-se a prever que aquele que estiver investido no cargo de coordenador, além da competência plena para o desempenho das atividades de fiscalização e instrução processual, adicionalmente competirá, ainda, o encerramento da instrução processual e a aprovação das informações técnicas constantes nos autos, do que resulta afirmar, mais uma vez, que não almejou o legislador conferir, por via transversa e ilegítima, atribuições não previstas na lei de criação dos cargos integrantes da estrutura do Tribunal de Contas sergipano.

Assim, a LCE 256/2015, ao dispor que os “*coordenadores*” teriam atribuições de auditoria e instrução processual, de natureza técnica, burocrática, operacional e finalística, não estendeu a estes, indistintamente, funções típicas de cargos efetivos, mas evidenciou que deter essas atribuições seriam pressupostos das funções de “*encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos*”, de modo que estas correspondem a acréscimos de responsabilidades caracterizadoras de funções e não de cargos em comissão.

Nessa toada, questiona-se: **sem deter competência legal plena para atividades de fiscalização e instrução processual, como poderia um agente de cargo em comissão dispor do incremento gerencial de encerrar a instrução e aprovar manifestações técnicas?** Se não detém competência legal plena para elaborar



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

informações técnicas e instruir todas as espécies processuais, como admitir que um agente de cargo em comissão tenha a atribuição de aprová-las ou não?

Frise-se que em nenhuma das normas aqui questionadas, em especial da LCE 204/2011 que criou o “cargo em comissão” de coordenador de unidades técnicas do TCE/SE, consta o rol de atribuições deste “cargo” de coordenador, com a necessária descrição clara e objetiva das atividades a serem desempenhadas para aferição da compatibilidade com o art. 37, II e V da CF/88.

Aqui, **encontra-se a inconstitucionalidade material do §3º do artigo 17 e §§5º e 6º do art. 19 da LCE 204/2011, bem como de seus arts. 27 e 34**, uma vez que instituíram “cargo em comissão” sem que houvesse a previsão das suas atribuições, violando-se, portanto, o art. 37, II e V da CF/88, bem como o entendimento desta Excelsa Corte, em especial os Temas 670 e 1.010 de repercussão geral (RE 1.041.210/SP).

E, ato contínuo, **a inconstitucionalidade material do §3º e caput do art. 9 da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015**, visto que conferem a um “cargo em comissão” (Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal), na interpretação que vem sendo dada pelo TCE/SE, atribuições de Estado exclusivas de cargo de provimento efetivo integrante do quadro próprio do TCE/SE, em violação aos arts. 37, II e V, e também aos arts. 71, 73 c/c 96, I, “a”, todos da CF/88.

Isso porque, Excelências, nenhuma interpretação lógica, jurídica e pautada por interesses republicanos albergaria o poder da autoridade nomeante de entregar a ocupantes de cargos em comissão, que não integram o quadro próprio de pessoal do Tribunal de Contas, **criados sem atribuições legais** e demissíveis *ad nutum*, o exercício de atribuições típicas de Estado, menos ainda os acréscimos de responsabilidades gerenciais **técnicas e finalísticas** de encerrar e aprovar instruções processuais elaboradas por aqueles que detêm competência legal plena.

Logo se vê que esse “cargo em comissão” (essencialmente, função comissionada), devido a sua natureza efêmera, não pode ser preenchido por pessoas estranhas à carreira de Auditor de Controle Externo (denominado Analista de Controle Externo II, no TCE/SE), porquanto as atribuições reveladas na norma impugnada se mostrar atividade inerente à atividade finalística de fiscalização e instrução processual,



levando entendimento diverso ao caminho da manifesta violação do disposto no artigo 37, II e V da Constituição Federal.

Nessa mesma linha são os ensinamentos do professor Carvalho Filho:

No que se refere aos cargos em comissão, impõe-se observar – já antecipamos – que, de acordo com o art. 37, II, da CF, suas funções limitam-se às de chefia, direção e assessoramento, funções essas que, em virtude de especificidades funcionais, ostentam certo destaque nos quadros de servidores. Assim, **a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanentes ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional.**

As funções de “*encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos*”, que foram adicionalmente conferidas aos Coordenadores de Unidade Orgânica do TCE/SE, para além das atividades de Estado exclusivas de cargo efetivo, representam um acréscimo de responsabilidade técnica e finalística para este último.

Pontua-se que no julgamento da ADI 3602/GO essa e. Suprema Corte fixou a posição no sentido de ser “*inconstitucional a criação de cargos em comissão para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se como os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei como tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concedida pelo Constituinte (art. 37, V, CF)*”.

Torna-se imprescindível trazer à baila trechos do entendimento do d. PGR, em parecer emitido no último dia 28/08/2020, no âmbito da ADI 6440/PA, ajuizada pela ANTC sobre a criação de cargos em comissão do TCE/PA, e a caracterização da **usurpação de competências** verificada na interpretação adotada pelo TCE/SE à ocupação dos cargos de coordenador. Explica-se.

A PGR esclarece que “um dos objetivos do Supremo Tribunal Federal, ao exigir a descrição das atividades dos cargos em comissão, é evitar a usurpação das funções exclusivas dos servidores efetivos, notadamente daqueles que trabalham na atividade-fim da instituição”: exatamente a situação do TCE/SE, ao interpretar que os “cargos” de coordenador das unidades técnicas e finalísticas (sem atribuições previstas em lei) podem ser de livre provimento em comissão, usurpando atribuições exclusivas de Estado, titularizadas por cargo efetivo da estrutura. A seguir, trechos do parecer:



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

4. MÉRITO: CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM ESPECIFICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES

(...)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que os requisitos para criação de cargos em comissão envolvem a aplicação dos princípios da moralidade pública, da publicidade, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade, e o respeito à regra do concurso público (CF, art.37, II e V).

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. Tais cargos destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

No RE 1.041.210, julgado na sistemática da repercussão geral (Tema 1.010), o STF firmou o entendimento de que a lei que cria cargos em comissão há de especificar as atribuições respectivas, sob pena de inconstitucionalidade.

Foi além e enumerou outros critérios aplicáveis para aferir eventual violação à regra constitucional do concurso público, quais sejam: (i) a criação de cargos em comissão restringe-se ao exercício de funções de direção, chefia e assessoramento; (ii) tal criação pressupõe relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; (iii) proporcionalidade entre o número de cargos comissionados criados e o número de cargos efetivos; e (iv) descrição das atribuições dos cargos em comissão, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Mais recentemente, na ADI 5542, o Plenário do STF confirmou a tese:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. ARTS. 1º E 3º AO 9º DA LEI Nº 14.415/2014, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA E DOMINANTE. PRECEDENTES. 1. A Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público – ANSEMP é entidade de classe de âmbito nacional que possui por finalidade defender, judicial e extrajudicialmente, direitos e interesses de servidores do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados, ativos e inativos, conforme expresso no art 2º de seu estatuto social. Preenchido o critério de pertinência temática. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica e dominante no sentido de que os requisitos para criação de cargos em comissão envolvem a aplicação de diversos princípios, tais como o princípio do concurso público, da moralidade pública, da publicidade, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade, como bem se percebe pela interpretação do art. 37, II e V, 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. Os cargos em comissão destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento. 3. Em recente decisão, no julgamento do RE 1.041.210, Rel.Min. Dias Toffoli, essa Corte fixou tese acerca dos requisitos para a criação de cargos em comissão, quais



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

sejam: 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 as autoridades 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. São esses, portanto, os requisitos para criação de cargos em comissão. Na hipótese, os dispositivos impugnados preenchem todos os requisitos autorizadores. Nesse sentido, alguns precedentes que contribuíram na formação da tese: ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 376.440-ED, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 735.738-AgR, Rel. Min. Rosa Weber; ADI 3.233, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia. 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. (ADI 5542/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, DJE de 3.2.2020) - grifos nossos.

Um dos objetivos do Supremo Tribunal Federal, ao exigir a descrição das atividades dos cargos em comissão, é evitar a usurpação das funções exclusivas dos servidores efetivos, notadamente daqueles que trabalham na atividade-fim da instituição.

O art. 10 da Lei 7.592/2011, o art. 9º, anexo V, da Lei 7.681/2012 e o art. 9º da Lei 8.938/2019 não descrevem as atribuições específicas dos cargos em comissão criados, diferentemente do que fazem quanto aos cargos efetivos a serem providos por concurso público.

A ausência de descrição das atribuições dos cargos em comissão criados nas leis impugnadas impede a análise sobre a destinação de tais cargos, já que a mera nomenclatura é inábil a aferir as atividades a serem efetivamente desempenhadas. Fere-se, portanto, a transparência, a publicidade, e, por consequência, a moralidade administrativas.

Exame da denominação dos cargos criados revela que nem todos estavam destinados ao desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento. O Anexo V do art. 9º da Lei 7.681/2012 impugnado criou, sem descrever as atribuições, cargos estritamente técnicos, a exemplo de assessor e assistente de informática, assessor administrativo, assessor de fiscalização e assistente de transporte.

Violou-se, assim, mais um dos critérios definidos pelo STF: a impossibilidade de que atividades técnicas, finalísticas e burocráticas sejam desempenhadas por ocupantes de cargos em comissão, restritos a atividades de direção, chefia e assessoramento.

(...)

A inconstitucionalidade faz-se mais evidente ao se constatar que as mesmas leis impugnadas, silentes quanto às atribuições dos cargos em comissão criados, descreveram expressamente as atribuições dos cargos de provimento efetivo por elas também instituídos.

(...)

Portanto, a criação de cargos em comissão não prescinde da descrição das atividades a serem exercidas por seus ocupantes como controle da destinação a atividades de direção, chefia e assessoramento.



O que se observa das normas ora impugnadas é justamente a ausência da previsão de atribuições para o cargo em comissão de Coordenador de Unidade Técnica do TCE/SE, **havendo flagrante usurpação de competências ante a designação de comissionados para atividades de Estado técnicas e finalísticas de controle externo, exclusivas de cargo efetivo** do quadro próprio e permanente de pessoal do Tribunal, ferindo “a transparência, a publicidade, e, por consequência, a moralidade administrativas”.

Não é demais acrescentar que a necessidade de relação de confiança de autoridade nomeante não se compatibiliza com as atividades técnicas de auditoria e instrução processual dos Tribunais de Contas, pelo contrário, pode comprometê-las a partir da inobservância da independência, da imparcialidade e da segregação de funções esperadas, atributos que lastreiam as normas e garantias processuais, cuja inobservância pode conferir aparência de legitimidade a fiscalizações e instruções processuais *ad hoc*.

Nesse contexto, **são materialmente inconstitucionais as normas objeto da presente ADI** que vêm possibilitando que as citadas atribuições sejam exercidas por ocupantes de cargos em comissão, *nomeáveis e demissíveis ad nutum*, sem o vínculo institucional que confere ao agente com competência legal exclusiva e prerrogativas básicas de estabilidade para resistir a pressões e atuar em nome do Estado.

Em caráter subsidiário, há de ponderar que apesar de os dispositivos ora impugnados padecerem de inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 37, II e V, 71, 73 c/c 96, I, “a”, da CF/88, mostra-se possível a **utilização do método de interpretação conforme** como mecanismo de controle de constitucionalidade.

Para isso pressupõe que de certa disposição normativa plurissignificativa, apenas um significado (diga-se: norma) seja o admitido como compatível com a Constituição, com a consequente exclusão de todos os outros possíveis.

O problema, entretanto, é que as leis impugnadas não reconhecem, expressamente, a necessidade de ser provido por um cargo efetivo com competência exclusiva e plena para o exercício das atividades de Estado acima mencionadas, o que tem possibilitado que sejam exercidas por um cargo comissionado.

Pois bem, em homenagem à própria presunção de constitucionalidade das leis, nos casos dos referidos cargos, **é possível manter as normas válidas, caso se**



vislumbrar um requisito constitucional adicional para seu provimento: desde que o nomeado ao cargo em comissão de “Coordenador de Unidade Orgânica” do TCE/SE seja um ocupante de cargo de provimento efetivo cujo rol de atribuições albergue, de forma plena, todas as atribuições de fiscalização e instrução processual, quando, então, não haverá violação ao Texto Maior.

Isto é, expurgar-se-iam, por inconstitucionalidade, as demais interpretações que conduzissem a um provimento por indivíduo fora da carreira que não detém a competência plena para o exercício das atividades de Estado acima descritas.

Tal compreensão se justifica, porquanto, além dessas atribuições, aos referidos coordenadores foi delegada a competência de “encerrar a instrução” e “aprovar as informações técnicas constantes dos autos”, sendo estas últimas **funções intimamente atreladas às atribuições legais do cargo efetivo**, sendo delas indissociáveis, perfazendo um acoplamento, um acréscimo de responsabilidade estreitamente vinculada à competência legal plena dos agentes efetivos titulares das atividades de auditoria e instrução processual.

Ante o exposto, é possível uma interpretação que permita ao Estado de Sergipe a existência desses “cargos”, **desde que eles não sejam providos por cargos de livre provimento em comissão e que sejam ocupados por quem detenha competência legal plena para o desempenho das atividades de fiscalização e instrução processual.** Dessa maneira, em verdade, a existência do cargo em si poderia ser preservada, se esse Excelso Tribunal, em intervenção hermenêutica precisa, firmasse a interpretação segundo o qual, frise-se, o referido cargo somente poderia ser provido por um cargo efetivo cujo rol de atribuições contemple, de forma plena, as atividades finalísticas de fiscalização e instrução de todas as espécies processuais no âmbito da legislação do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, assim como ocorre no Tribunal de Contas da União.

III.2 – DA INCONSTITUCIONALIDADE AO TRANSFERIR O DESEMPENHO DAS ATIVIDADES FINALÍSTICAS DE CONTROLE EXTERNO A COMISSIONADOS

As competências dos Tribunais de Contas para o exercício do controle externo da Administração Pública foram outorgadas diretamente pela Constituição



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Federal, que estabeleceu para eles uma configuração institucional particular, concentrando, em um só órgão, as 3 (três) funções essenciais ao processo de controle externo: a função de investigar/fiscalizar e acusar (auditorias, inspeções e instruções processuais), a função de *parquet* e a função de julgar.

Nessa toada, para garantir o devido cumprimento de suas competências institucionais, o *caput* do art. 73 tratou de positivar a estruturação do Tribunal de Contas da União com pilares do devido processo legal, tratando expressamente (a) de seus integrantes: nove ministros e quadro próprio de pessoal; (b) de sua jurisdição: território nacional; e (c) das demais regras de organização prescritas ao Poder Judiciário, com observância às regras de processos e garantias processuais das partes (aplicação do art. 96). Além disso, a CF/88, por meio do art. 130, não descuidou de tratar do *parquet* de contas, que não integra o Tribunal, mas que atua junto dele na defesa da ordem jurídica.

Assim, a redação do art. 73 da CF/88 é digna dos devidos registros, a começar pelo uso do termo “*integrado*”, cujo sentido é o de combinação de partes ou etapas que funcionam de forma completa: nove ministros e o quadro próprio de pessoal integram o Tribunal de Contas da União, composição conjunta, embora independente no plano processual, que garante a regularidade no desempenho da função de controle externo. Rememore-se que para os Tribunais do Judiciário o verbo adotado não é o “*integrar*”, mas o “*compor*”, e apenas faz referências aos julgadores, titulares de sua função típica que é julgar.

Isso porque a organização e o funcionamento dos tribunais de contas repercutem diretamente em aspectos de devido processo legal na esfera de controle externo, conforme ensinamentos do professor Ismar Viana⁴, colocando em risco a imparcialidade na atuação dessas instituições na medida em que, porventura, não garantam a regularidade de atuação:

No que tange à estrutura e o funcionamento dos Tribunais de Contas, o Constituinte consolidou, no artigo 73, a existência de **quadro próprio de pessoal**, preestabelecendo que as Cortes de Contas exercem, no que couber, **as atribuições previstas no artigo 96, que versa exatamente sobre a organização e o funcionamento dos Tribunais Judiciários.**

⁴ VIANA, Ismar. Fundamentos do Processo de Controle Externo: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019, p. 182.



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Ainda nessa exegese, pode-se concluir que, **ao manter a imposição de quadro próprio de pessoal**, expressão utilizada pelo Texto Constitucional exclusivamente para tratar do funcionamento dos Tribunais de Contas, quis o Legislador Constituinte que esse **modelo de aparato orgânico-funcional não sofresse interferência, interna ou externa, evitando que agentes públicos sem vínculo institucional próprio com o órgão controlador, sem atribuição legal, portanto, viessem a realizar as inspeções e auditorias, competências conferidas pela CRFB/88 em juízo de privatividade aos Tribunais de Contas.**

Isso porque, diferentemente do Poder Judiciário, cuja função típica e exclusiva é a de julgar – o que justifica a necessidade de estruturação orgânica em formato de secretarias auxiliares – os **Tribunais de Contas concentram, num só órgão, as funções de investigar, acusar e julgar, razão pela qual o Constituinte foi taxativo quanto à necessidade de quadro próprio de pessoal para o desempenho das competências finalísticas de controle externo estatuídas no artigo 71 da CF**, num formato que garanta A OBSERVÂNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO NÃO PURO, PAUTADO NA INDEPENDÊNCIA PLENA DAS TRÊS FUNÇÕES PROCESSUAIS.

Não fosse essa a exegese consentânea com a lógica processual, teria o texto do artigo 73 adotado o mesmo termo usado para os Tribunais do Judiciário, limitando-se a afirmar que o Tribunal de Contas da União seria composto por nove Ministros, teria sede no Distrito Federal, jurisdição em todo o território nacional, e exerceria, no que coubesse, as atribuições previstas no art. 96, que já dispõe sobre a organização e funcionamento do Poder Judiciário. Teria, portanto, sido silente quanto ao uso da expressão quadro próprio de pessoal, seguindo o princípio de hermenêutica jurídica, segundo o qual o texto legal não traz palavras inúteis.”.⁵

(...)

Isso porque **a necessidade de distanciamento e de ausência de interferência entre as funções se devem à estrutura constitucional e de funcionamento dos Tribunais de Contas, que concentram, num só órgão, as funções de investigação, apuração, julgamento e revisão do julgado, diferente do sistema que rege o funcionamento do processo judicial, a exemplo do processo penal - que muito se assemelha ao processo de controle externo, embora com ele não se confunda – cujas funções de investigar, acusar e julgar são desempenhadas por órgãos e poderes distintos, Polícia judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário, numa configuração bem definida, capaz de garantir a independência entre as funções processuais, com vistas a garantir a imparcialidade de atuação dos agentes públicos que intermedeiam as funções dos órgãos e poderes aos quais se encontram vinculados, seguindo o sistema acusatório não puro, adotado pela Constituição Federal de 1988.**⁶

(...)

Não se pode olvidar que, diferente do Poder Judiciário, cuja atuação se encontra condicionada à provocação, os Tribunais de Contas podem e devem agir de ofício. Ao não submeter os Tribunais de Contas ao princípio da inércia

⁵ VIANA, Ismar. Fundamentos do Processo de Controle Externo: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p.58

⁶ VIANA, Ismar. *Op.cit.* p.66



da jurisdição, o Legislador Constituinte originário quis que a proatividade das Casas Fiscalizadoras dos gastos públicos fosse a regra, e, para cumprir tal mister, dotou os Tribunais de Contas de autonomia, não os subordinando hierarquicamente a nenhum dos Poderes da República, tudo para evitar que a falta de independência técnico-funcional não viesse a constituir óbice à regular e eficaz atuação desse importante órgão guardião dos bens e valores públicos.⁷

Como se vê, a exigência de um quadro próprio de pessoal para os Tribunais de Contas foi objeto de cuidado do legislador constituinte originário, na única oportunidade em que faz uso da expressão, visando lastrear essas instituições das premissas processuais básicas do sistema acusatório.

Aos titulares da função de auditoria e instrução processual, exclusivas de Estado, compete “investigar e acusar” (auditorias, inspeções, instruções e demais procedimentos de fiscalização). Apenas em sistemas inquisitoriais, as autoridades e fases de investigar e julgar se confundem, sem a nítida segregação de funções.

A necessidade de nítida separação entre as atividades de fiscalização/investigação e julgamento no âmbito do Tribunal de Contas de Sergipe foi objeto de Recomendação n. 006/2017 do Ministério Público daquele Estado, na qual restou consignado que o modelo de estruturação orgânica do TCE/SE **viola a regra do sistema acusatório adotada no Brasil**, além dos princípios administrativo-constitucionais da legalidade e da eficiência, sem falar no grande potencial de comprometimento da lisura e da imparcialidade dos julgamentos do órgão de Controle Externo da Administração Pública sergipana .

Como esperar que o cidadão confie na atuação de um Coordenador, agente comissionado sem vínculo efetivo e indicado pelo Conselheiro relator dos processos, possa selecionar os órgãos que deverão ser auditados, executar e monitorar auditorias? Encerrar a instrução e aprovar manifestações técnicas de agentes legalmente competentes?

Ora, se no âmbito do **RE 126.467** esta e. Suprema Corte entendeu ser inconstitucional que um servidor comissionado ou em função de confiança possa exercer cargo de controlador interno, por maior razão não se amolda à Lei Maior da República conceber que agentes alheios ao quadro próprio de pessoal do Tribunal de Contas possam

⁷ VIANA, Ismar. *Op.cit.* p.98



exercer atividades exclusivas de auditoria e instrução processual na esfera de controle externo.

Não é demais comentar que o e. Ministro Marco Aurélio, na ADI 5128/SE, ajuizada pela PGR e que versa sobre transformação de cargos públicos de provimento efetivo, também já manifestou que **a estrutura do quadro de pessoal do Tribunal de Contas afeta direitos subjetivos dos gestores de órgãos e entidades da administração pública.**

É que vínculos precários, como aqueles de livre provimento em comissão, vulnerabilizam pressupostos de independência, efetividade e imparcialidade, necessários ao exercício de atividades exclusivas de Estado, notadamente aquelas que requerem condições de resistir a pressões e fazer os devidos encontros, como é o caso das funções finalísticas fiscalizatórias de Auditoria e Instrução Processual no controle da Administração Pública.

Aliás, rememore-se que **as conclusões da instrução** (do Relatório da equipe de auditoria ou responsável pela análise do processo), bem como o parecer das chefias imediatas **constituem parte essencial das decisões do Tribunal de Contas** (Art. 1º, §3º, I da LTCU, replicado pela LOTCE/SE).

A condição para o exercício dessas atribuições finalísticas de auditoria e instrução processual na esfera do controle externo é, portanto, a aprovação em concurso público específico para ingresso no **quadro próprio de pessoal** do Tribunal de Contas, cujo requisito mínimo de investidura tenha sido o nível superior de escolaridade.

Isso porque esse é o meio de atestar a qualificação necessária, além de investir o agente dos atributos da competência legal e do vínculo institucional para exercer seu mister com independência, garantia que o Estado deve tutelar à sociedade, decisiva para que o interesse público legítimo possa preponderar sobre vontades e pressões particulares, que se traduz em uma atuação estatal imparcial, condição para alcançar o direito fundamental à boa administração pública.

Nesse sentido, o ilustre jurista Juarez Freitas⁸, ao explicar a estabilidade como prerrogativa e discorrer sobre a boa administração pública como direito fundamental,

⁸ FREITAS, Juarez. Carreira de Estado e Administração Tributária. FEBRAFITE, 2007.



assevera que **apenas os que detêm vínculo institucional qualificado podem ser suficientemente capazes de proteger e tutelar a proporcional ação do Estado:**

A estabilidade na Carreira de Estado, para além das mudanças pontuais no tocante a regras, deve ser vista como qualificada, no caso dos Auditores Fiscais, desempenhando valiosa tríplice função.

De fato, tal proteção de alçada constitucional colima garantir a manutenção das políticas públicas, uma vez que são os servidores estáveis que asseguram a permanência das metas do Estado (de longo prazo), sem prejuízo das alterações conjunturais, a cargo dos agentes políticos, transitórios por definição.

A estabilidade oferece, ainda, ao agente que responde por atividade essencial de Estado a salvaguarda contra a prepotência dos mandantes de turno, não raro travestida de “discricionariedade”. Como acentuado, sem a independência e a segurança oferecidas pela garantia da estabilidade, o cidadão logra ter menores chances de prestação adequada dos serviços essenciais. (...)

Mais: pertinente afirmar que, no caso emblemático dos fiscais tributários, **não faz sentido admitir ocupante de cargo de confiança para o desempenho das funções inerentemente de Estado**. Os cargos em comissão podem ser direcionados para funções de apoio, tão-somente. **A estabilidade qualificada é imprescindível como defesa da sociedade**. (...)

No presente quadro, a defesa do vínculo institucional qualificado é uma condição necessária para Carreiras dotadas de independência para realizar o exercício e o controle fundamentado dos poderes administrativos. (...)

Somente assim, respeitaremos e faremos respeitar o direito fundamental à boa administração pública, compreendido como direito-síntese à administração eficaz, motivada e proporcional, cumpridora dos deveres de abstenção e de prestação positiva, com transparência, imparcialidade, participação social, bem como respeito à moralidade e à responsabilidade plena por suas condutas.

A exigência de quadro próprio de pessoal prevista no art. 73 da CF/88, ao versar sobre “*composição, organização e fiscalização*” do Tribunal de Contas da União – TCU, constitui mandamento de **replicação simétrica obrigatória aos demais Tribunais de Contas brasileiros** (princípio da simetria constitucional previsto no art. 75), conforme, inclusive, assentado por este e. STF:

O art. 75, caput, da Constituição da República contempla comando expresso de espelhamento obrigatório, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, do modelo nela estabelecido de controle externo da hígidez contábil, financeira e orçamentária dos atos administrativos, sendo materialmente inconstitucional a norma de regência da organização ou funcionamento de Tribunal de Contas estadual divorciada do modelo federal de controle externo das contas públicas”. (ADI 5323-RN. Relatora Ministra Rosa Weber). (g.n.).

Em observância à regra do art. 75 da CF/88, a Constituição do Estado de Sergipe previu, em seu art. 70, que “*O Tribunal de Contas do Estado, integrado por sete*



Conselheiros, tem sede na Capital do Estado, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território estadual, exercendo as seguintes atribuições: (...)”.

Contudo, no caso concreto, a premissa constitucional de observância obrigatória não tem sido observada quando se vislumbra o teor das normas estaduais aqui impugnadas, que permitem que comissionados de fora da carreira exerçam atribuições de carreira de Estado.

Assim, é imprescindível registrar que, tendo em vista que ao TCE/SE compete, por força dos artigos 71 e 75 da CRFB/1988, fiscalizar as unidades administrativas de todos os Poderes e órgãos autônomos do Estado de Sergipe, incluindo o próprio TCE/SE, impõe-se que os agentes de Estado incumbidos dessa atividade **integrem o quadro próprio de pessoal do Tribunal**

Somente dessa maneira se garantirá a plena independência no exercício das atribuições finalísticas, inclusive dos detentores de funções gratificadas no âmbito do Órgão de Instrução, evitando afastar eventuais alegações de ausência de imparcialidade no exercício das competências de controle externo, expondo as decisões de controle externo a risco de nulidade judicial, seja por vício de competência, seja por comprometimento ao princípio acusatório, notadamente quando se leva em conta o princípio da interdição à arbitrariedade dos poderes públicos, extraível da cláusula constitucional do devido processo legal.

Trata-se de garantia processual assegurada constitucionalmente aos gestores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além dos órgãos autônomos tais como o Ministério Público e da Defensoria Pública jurisdicionados ao TCE/SE na esfera de controle externo (art. 73 c/c art. 96, inciso I, alínea ‘a’).

A título de reforço argumentativo, registre-se **que a própria Lei Orgânica do TCE/SE prescreve que o desempenho das funções finalísticas de controle externo deve ser outorgado aos servidores que desempenham especificamente essas funções:**

Art. 34. São obrigações do servidor que exerce funções específicas de controle externo no Tribunal de Contas do Estado de Sergipe:

- I - manter, no desempenho de suas tarefas, atitude de independência, serenidade e imparcialidade;
- II - representar à chefia imediata contra os responsáveis pelos órgãos e entidades sob sua fiscalização, em casos de falhas e/ou irregularidades;
- III - propor a aplicação de multas, nos casos previstos no regimento interno;



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

IV - guardar sigilo sobre dados e informações obtidos em decorrência do exercício de suas funções e pertinentes aos assuntos sob sua fiscalização, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de relatórios destinados à chefia imediata.

Art. 35. Ao servidor a que se refere o artigo anterior, quando credenciado pelo Tribunal para desempenhar funções de auditoria, de inspeções e diligências, são asseguradas as seguintes prerrogativas:

I - livre ingresso em órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe;

II - acesso a todas as informações e documentos necessários à realização de seu trabalho;

III - competência para requerer, nos termos do Regimento Interno, aos responsáveis pelos órgãos e entidades objeto de inspeções, auditorias e diligências, as informações e documentos necessários para instrução de processos e relatórios de cujo exame esteja expressamente encarregado por sua chefia imediata.

A partir da interpretação literal dos dispositivos supratranscritos, denota-se que **as inspeções, auditorias e instruções processuais não podem ser realizadas por agentes públicos que não tenham sido submetidos ao crivo de concurso público específico para o exercício das funções específicas de controle externo em seu quadro próprio de pessoal**, por não gozarem, de forma conjugada, da independência técnico-funcional, além de não disporem do atributo da competência legal e da qualificação adequada para tanto.

Embora prescindível, visto que estabelecida pela ordem constitucional, é importante acrescentar que a própria Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) – que representa os conselheiros dos 33 Tribunais de Contas – rechaça a atuação, nas instruções processuais, de agentes que não integram o quadro próprio de pessoal do Tribunal, como é o caso dos comissionados sem vínculo. Dentre as diretrizes, aliás, busca que os **Tribunais de Contas se comprometam a instituir meios para assegurar que isso não aconteça**, a saber:

8 **Os Tribunais de Contas do Brasil se comprometem** a aprimorar seus regulamentos, procedimentos, ferramentas e práticas relacionadas à gestão de pessoas, observando, no que couber, as diretrizes descritas nos itens seguintes. (...)

23 **Assegurar que as atividades de direção, coordenação, chefia e assessoramento das áreas de fiscalização, auditoria e instrução processual sejam desempenhadas exclusivamente por ocupantes de funções de confiança, cujas designações sejam atribuídas aos servidores públicos concursados das carreiras finalísticas de controle externo integrantes de seu quadro próprio de pessoal.** (destacamos).



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Trata-se da RESOLUÇÃO ATRICON Nº 13/2018⁹ (Diretrizes de Controle Externo Atricon 3304/2018, relacionadas à temática “Gestão de pessoas nos Tribunais de Contas”), a que, inclusive, o TCE/SE aderiu formalmente.

Tendo em vista que a padronização, regularidade e simetria são medidas que se impõem para a higidez dos Tribunais de Contas, a Atricon já havia se manifestado no mesmo sentido em proposta de aperfeiçoamento da gestão governamental encaminhada ao Presidente da Câmara Federal, deputado Rodrigo Maia, em 30 de maio de 2018, em resposta ao ofício n. 001/18/GP. O referido documento enviado dispõe sobre “PROPOSTA DE INCENTIVOS À MELHORIA DA PERFORMANCE DOS AGENTES PÚBLICOS DE CONTROLE EXTERNO”, e no item 7 aduz *ipsis litteris*:

Dos servidores incumbidos da atividade de fiscalização deve-se exigir que sejam caracterizados pelo provimento por concurso público de nível superior, excelência e independência técnica e sejam denominados Auditores de Controle Externo¹⁰ (g.n.).

No âmbito do TCE/SE, como já visto, o exercício pleno das atividades finalísticas de controle externo (fiscalização, auditoria e instrução processual) é legalmente outorgado aos Analistas de Controle Externo II (Auditores de Controle Externo), podendo ser auxiliados por servidores ocupantes de cargos de grau de complexidade e responsabilidade de nível intermediário, no caso do TCE/SE, os Analistas de Controle Externo I.

Assim, o cargo de Analista de Controle Externo II é, na estrutura do TCE/SE, o cargo provido por concurso público específico para titularizar as atribuições de auditoria, sem qualquer restrição: É a carreira cujos requisitos de investidura, grau de complexidade e responsabilidade, natureza e rol de atribuições **são rigorosamente idênticos aos de Auditor de Controle Externo do TCU, paradigma constitucional**. Não por outra razão a maioria dos Tribunais de Contas, conformando-se à simetria constitucional, adota nomenclatura padronizada de Auditor de Controle Externo para o cargo que titulariza a Função de Auditoria em sua estrutura, componente do tripé essencial à processualização das suas competências institucionais.

⁹ <http://www.atricon.org.br/normas/resolucao-atricon-no-132018/>

¹⁰ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON). **Aperfeiçoamento da gestão governamental**. Brasília: Atricon, maio de 2018. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/imprensa/destaque/atricon-apresenta-propostas-para-aperfeiçoamento-da-gestao-governamental/>>



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Na prática, porém, retomando-se a discussão sobre a simetria prevista no art. 75 da CF/88, registre-se que o funcionamento do TCE/SE destoa, e muito, do **padrão de organicidade** do Tribunal de Contas da União, com especial destaque para o **quadro próprio de pessoal** (art. 73), regulamentado pelo art. 110 da Lei nº 8.443, de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica da referida Corte de Contas. Eis o padrão estabelecido pelo Congresso Nacional na Lei em comento:

Art. 110. No prazo de noventa dias a contar da entrada em vigor desta Lei, o Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei dispondo sobre o **quadro próprio de pessoal** de sua secretaria, com **observância dos princípios constitucionais pertinentes** e, especialmente, das seguintes diretrizes:

(...)

III - **condicionamento, como indispensável a investidura em cargo ou emprego, à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos**, bem como em cursos organizados na forma preconizada no inciso II do art. 88 desta Lei;

IV - **provimento dos cargos em comissão e funções de confiança por servidores do quadro de pessoal**, exceto quanto aos Gabinetes de Ministro, do Procurador-Geral e de Auditor em relação a **um Oficial de Gabinete e a um Assistente**, que serão de livre escolha da autoridade, obedecidos os requisitos legais e regimentais;

(...)

Parágrafo único. É **vedada a nomeação, para cargos em comissão, e a designação, para funções de confiança, de cônjuge, companheiro ou parentes**, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de ministro, auditor ou membro do Ministério Público junto ao Tribunal, em atividade ou aposentados há menos de cinco anos, **exceto se admitidos no quadro próprio de pessoal mediante concurso público**. (grifamos)

A interpretação que vem sendo aplicada pelo TCE/SE, no sentido de permitir que ocupantes de cargos de livre provimento em comissão exerçam funções típicas de auditoria e instrução processual (acréscimos de responsabilidades gerenciais), constitui dissonância ao modelo federal que torna sua inconstitucionalidade ainda mais evidente, na contramão do art. 75 da CF/88.

Isso porque não possui amparo na “organização e fiscalização” do TCU, onde existem apenas 28 (vinte e oito) cargos em comissão, apenas 2 (dois) por gabinete de ministro, ou seja, cargos de representação não ligados às unidades técnicas de fiscalização e instrução processual.

Mas, não é só. **Todas as funções gerenciais (direção, chefia e assessoramento) finalísticas de controle externo do TCU são funções de confiança, para as quais são designados ocupantes do quadro próprio de pessoal do Tribunal,**



de modo que os encargos gerenciais das unidades técnicas finalísticas de auditoria e instrução processual são reservadas aos ocupantes dos cargos efetivos com titularidade plena para tais funções, visto que a eles incumbe “encerrar a instrução”, parte essencial das decisões da Corte.

Logo, também por tal fundamento merece a presente ação ser julgada procedente, a fim de declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas, porquanto são materialmente incompatíveis com os arts. 73 e 75 da CF/88.

IV – DA TUTELA DE URGÊNCIA

O deferimento do pedido de concessão de tutela de urgência em caráter liminar pressupõe a demonstração, pelo Requerente, da plausibilidade jurídica do pedido formulado na ADI (*fumu boni juris*) e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

No que tange à plausibilidade jurídica da alegação de inconstitucionalidade material dos dispositivos impugnados, tem-se que esta resta devidamente demonstrada pelos fundamentos expostos na presente peça. Em resumo, a pretensão ora apresentada encontra-se fundada nos arts. 37, II, V, 71, 73 c/c 96, I, “a”, 75, todos da CF/88.

Além disso, encontra-se respaldada em diversos precedentes dessa Suprema Corte, razão pela qual está mais do que demonstrada a verossimilhança da presente ação de inconstitucionalidade, que, pelo exposto, pode ser considerada direta, ostensiva e até evidente.

Por sua vez, o *periculum in mora* e a insuportabilidade dos danos pela manutenção da vigência dos dispositivos aqui impugnados, são presentes porquanto permitiu que, no corrente ano de 2020, de 9 (nove) unidades técnicas finalísticas de controle externo, 5 (cinco) delas sejam coordenadas por ocupantes de cargo exclusivamente em comissão, o que abre larga margem para a controlabilidade judicial dessas instruções processuais, inclusive pela via da Ação Popular (art. 6º da Lei n. 4.717/65 c/c art. 11, I da Lei n. 8.429/92 e 27 da LINDB)¹¹, podendo vir a gerar dano ao erário, expondo, ainda, a risco da imagem reputacional da Administração Pública sergipana.

¹¹ AgInt no RE nos EDcl no AgRg no Recurso Especial n. 1.159.598-SP (2009/0202530-4)



Ou seja, atualmente, no TCE/SE, encontra-se presente a atuação de agentes sem vínculo “encerrando a instrução” e “aprovando as manifestações técnicas constantes nos autos”, que, como dito, são acréscimos de responsabilidades finalísticas, técnicas e permanentes, atreladas e indissociáveis do cargo efetivo, e que incumbe ao coordenador da unidade a partir do pressuposto de que a designação para a função recairá sobre tais agentes efetivos que possuam competência legal plenas de auditoria e instrução processual.

Os coordenadores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão, dentre outros comissionados sem vínculo lotados em tais unidades, **atuam em flagrante usurpação de competências técnicas exclusivas de estado, reservadas a agentes públicos com vínculo efetivo.**

Esta condição precária expõe o inevitável risco de ofensa a direitos subjetivos de agentes públicos que, por relação especial de sujeição que decorre do dever de prestar contas, figuram como responsáveis processuais no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

É cediço que há muito essa grave situação de comissionados nas unidades técnicas finalísticas se arrasta no TCE/SE. Porém, a situação hodierna incorre em agravantes que tornam imperioso o deferimento da tutela ora pleiteada, uma vez que, com o advento da pandemia, que exige maior atuação e ponderação do controle, gerou o afastamento presencial dos servidores efetivos do órgão, agravando a prática de fiscalizações e instruções processuais sendo feitas por comissionados, justificando, assim, a necessidade de medidas urgentes para resguardar as decisões do TCE/SE e o próprio controle de bens, valores e dinheiros públicos do erário sergipano.

A título de exemplo, cita-se que no corrente ano houve a nomeação de um advogado privado para chefiar uma das unidades técnicas finalísticas. A extrema gravidade da situação se revela na medida em que o referido advogado comissionado, nomeado como coordenador, a um só tempo: (a) arvora-se em debater mérito em processos de controle externo como se fosse legalmente competente para atividades de instrução processual, o que faz por meio de “*despachos motivados*”; (b) elabora a lista enviada à Justiça Eleitoral, com a relação de gestores que tiveram suas contas rejeitadas



por irregularidades insanáveis, conforme amplamente noticiado em matéria¹² publicada no dia 06 de agosto de 2020 no portal do próprio TCE/SE.

A atuação de todas as Unidades Orgânicas do TCE/SE (Unidades Técnicas e Finalísticas), em vista das atribuições de auditoria e instrução processual, repercute na tradicional lista de gestores enviada pelo Tribunal de Contas à Justiça Eleitoral, o que pode se dar regularmente, quando são procedidas por agentes legalmente competentes, ou não, quando há interferências de ocupantes de cargos de livre provimento em comissão, que maculam o processo por vício de competência e comprometem os pressupostos de independência e imparcialidade, descumprindo regras processuais elementares que tornam os processos suscetíveis a questionamentos judiciais e nulidades.

Não é demais registrar o triplo dano ao erário acarretado por tais vícios processuais: Primeiramente, em razão da remuneração indevida dos cargos públicos ocupados ilegítimamente (como é o caso dos comissionados que coordenam 5 unidades técnicas); em segundo lugar, pelo novo investimento a ser dispendido na reinstrução do feito anulado (por vício de competência, ou com independência e imparcialidade comprometidas); e, por último, porém de extrema importância, pela ineficácia que advém de um controle disfuncional, comprometendo sua própria razão de existir do Controle Externo da Administração Pública, que poderia ter evitado desvios ou desperdício de recursos públicos caso tivesse sido exercido de forma técnica e regular. Acrescente-se, por sinal, que são nulos atos lesivos ao patrimônio público praticados em vício de competência (art. 2º, ‘a’ da Lei nº 4.717/1965). Por último, mas não menos importante, é evidente o dano à imagem reputacional do Tribunal de Contas sergipano, o que constitui óbice intransponível ao alcance da permanente confiança dos cidadãos sergipanos na atuação do Tribunal.

Agravando este panorama, que já é danoso em condições normais, inconcebível imaginar que Tribunais de Contas de entes subnacionais se estruturam ao arrepio da Constituição – em modelo dissociado ao modelo federal e até funcionando em bases disfuncionais, como é o caso de Sergipe – e possuam legitimidade e independência de fiscalizar adequadamente os atos de gestão e o volume de recursos voltados ao enfrentamento da Covid-19, com todas as novas regras – mais permissivas – introduzidas

¹² <https://www.tce.se.gov.br/SitePages/noticia.aspx?postID=1314>



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

pela situação de excepcionalidade disciplinada pela Lei n. 13.979, de 2020, além dos R\$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais) que a União entregou na forma de auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no exercício de 2020.

Só no caso do estado e dos municípios Sergipanos, fora o orçamento do Estado e dos 75 municípios, o auxílio financeiro repassado pela União ultrapassa os R\$ 645.000.000,00 (seiscentos e quarenta e cinco milhões de reais), incremento de mais de meio bilhão de reais que reclama condições de controle naquele estado, controle este que deve se organizar de maneira adequada sob pena de ofensa ao próprio federalismo de cooperação e abalos ao pacto federativo. Não por outra razão, a Constituição Federal determinou aos Tribunais de Contas organização e fiscalização simétricas e elegeu como paradigma o modelo federal de controle das finanças públicas (Tribunal de Contas da União).

Não se pode olvidar que o Tribunal de Contas de Sergipe confirmou, no Inquérito Civil nº 17.16.01.0098 (pg. 58 – transcrito na ACP nº 201710300445), que vem, reiteradamente, orientando as unidades técnicas *“sobre a impossibilidade de participação de servidores comissionados e requisitados na instrução ordinária de processos de controle externo”*.

Porém, continua a nomear para integrar e gerenciar tais unidades ocupantes de cargos exclusivamente em comissão. Se o próprio TCE/SE reconhece a *“impossibilidade de participação de servidores comissionados e requisitados na instrução ordinária de processos de controle externo”*, o que justifica a nomeação e permanência de comissionados sem vínculo para unidades técnicas, finalísticas e permanentes do Tribunal de Contas?

Admitir funcionamentos com esse grau de vulnerabilidade das atividades finalísticas do Tribunal de Contas, com usurpação de competências exclusivas de cargos efetivos, subtrai dessas atividades técnicas de auditoria e instrução processual os alicerces objetivos de independência, competência legal e imparcialidade, comprometendo o devido processo legal e a confiabilidade das decisões do Tribunal.

Repise-se que os atos que vierem a ser praticados pelos comissionados impugnados, ou quaisquer agentes sem competência legal, poderão ser declarados inexistentes por grave vício em sua formação, já que proferida por agente ilegítimo. Tal



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

situação poderá acarretar insegurança nas relações técnico-jurídicas do Estado de Sergipe, tendo em vista a possibilidade de questionamentos na esfera judicial (art. 1º, §3º, I da Lei Orgânica do TCE/SE, trecho replicado da LOTCU).

Nesse contexto, é certo afirmar que a matéria já não comporta remediações, tendo em vista os prejuízos iminentes à coletividade, a direitos subjetivos de agentes públicos e privados que gerenciam recursos públicos sob a jurisdição do Tribunal, bem como ao equilíbrio do processo eleitoral.

Desta feita, a concessão de medida cautelar ora pleiteada é fundamental. É que somente assim poder-se-á evitar danos de difícil ou impossível reparação, visto que atos poderão ser praticados até o julgamento da presente ação, que poderão ter impactos no erário público, não só no âmbito do estado de Sergipe, mas nos demais entes federados pelo precedente ofensivo ao próprio federalismo cooperativo e simétrico.

Evidenciada a configuração dos requisitos essenciais para a concessão da liminar pleiteada, a requerente pugna para que seja determinada a suspensão das normas impugnadas (art. 9, *caput* e §3º da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015; arts. 17, §3º e 19, §§ 5º e 6º, 27 e 34 da LCE 204/2011, todos do Estado de Sergipe) no sentido de que seja determinada a abstenção de nomeação de novos Coordenadores de Unidade Orgânica do TCE/SE que não sejam titulares de cargos de provimento efetivo dotados de competência legal plena para titularizar todas as atribuições de fiscalização e instrução processual, até a prolação jurisdicional final.

Acaso necessária a nomeação, que se determine que esta se dê entre os membros da carreira de Analista de Controle Externo II, porquanto servidores de cargo efetivo do TCE/SE que detêm a competência legal plena para o exercício das atribuições exclusivas de Estado.

Por fim, por serem cargos de livre nomeação e exoneração, que não possuem estabilidade e em observância do interesse público e da preservação da ordem administrativa e constitucional, bem como para não representar precedente malfeitor para os demais entes federativos, **que seja determinada a imediata exoneração daqueles que foram nomeados na modalidade de cargo de livre provimento em comissão para Coordenadores de Unidade Orgânica do TCE/SE, dado que inexistente o atributo da**



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

competência legal para exercer atribuições técnicas, finalísticas e permanentes de controle externo.

V – DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, a ANTC requer que seja conhecida a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista o preenchimento de seus pressupostos de admissibilidade, já reconhecidos, inclusive, nas ADIs 6440/PA e 6532/AM, para que:

- a) A concessão da tutela de urgência de caráter liminar, a fim de que sejam suspensas as normas impugnadas até o julgamento definitivo desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, com fundamento na alínea “p” do inciso I do art. 102 da CF/88, e do §3º do art. 10 da Lei nº 9.868/99, determinando-se **a abstenção de nomeação de não ocupante do cargo efetivo de Analista de Controle Externo II para o cargo comissionado de Coordenador de Unidade Orgânica do TCE/SE, previsto no art. 9, caput e §3º da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015, e arts. 17, §3º, 19, §§ 5º e 6º, 27 e 34 da LCE 204/2011, do Estado de Sergipe;**
- b) A concessão da tutela de urgência de caráter liminar, a fim de que seja determinada a imediata **exoneração dos agentes sem vínculo efetivo com o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe que foram nomeados com base no art. 9, caput e §3º da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015 e nos arts. 17, §3 e 19, §§ 5º e 6º, 27 e 34 da LCE 204/2011, do Estado de Sergipe, dos cargos comissionados de Coordenador de Unidade Orgânica do TCE/SE, tornando sem efeito os respectivos atos de nomeação;**
- c) A notificação do Exmo. Sr. Governador do Estado de Sergipe e do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe para que prestem as devidas informações sobre os termos desta ação, observados os prazos legais;



CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

- d) A citação do e. Advogado-Geral da União e a intimação do e. Procurador-Geral da República para que apresentem manifestação, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.868/99 e do §1º do art. 103 da CF/88;
- e) No mérito, o julgamento de procedência da presente ação, a fim de que seja declarada a **inconstitucionalidade material** do art. 9, *caput* e §3º da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015 e dos arts. 17, §3º, 19, §§ 5º e 6º, 27 e 34 da LCE 204/2011, do Estado de Sergipe;
- f) Ou, ainda no mérito e **subsidiariamente**, que seja julgada procedente a presente ação no sentido de **realizar a interpretação conforme à Constituição** do art. 9, *caput* e §3º da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015 e dos arts. 17, §3, 19, §§ 5º e 6º, 27 e 34 da LCE 204/2011, a fim de que o cargo/função de Coordenador de Unidade Orgânica do TCE/SE **somente possa ser exercido por ocupantes do cargo efetivo de Analista de Controle Externo II.**

Por fim, que todas intimações e publicações se façam EXCLUSIVAMENTE em nome do advogado **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGÃO, OAB/DF 32.147**, sob pena de nulidade.

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 30 de dezembro de 2020.

CEZAR BRITTO
OAB/DF 32.147

PAULO FREIRE
OAB/DF 50.755

YASMIM YOGO
OAB/DF 44.864



CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

ANEXOS

1. Procuração;
2. Documentos de identificação e comprobatórios (CNPJ, Ata e Termo de Posse, Estatuto);
3. Normas impugnadas:
 - LC n° 204/2011:
<https://al.se.leg.br/Legislacao/Complementar/2011/C2042011.pdf>;
 - LC n° 232/2013:
<https://al.se.leg.br/Legislacao/Complementar/2013/C2322013.pdf>;
 - LC n° 256/2015:
<https://al.se.leg.br/Legislacao/Complementar/2015/C2562015.pdf>.

Impresso por: 0737333-57423 ADI 6655
Em: 05/03/2021 16:20:18