



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6655

Requerente: Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil – ANTC

Requeridos: Governador e Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe

Relator: Ministro EDSON FACHIN

Administrativo. Dispositivos de leis do Estado de Sergipe que tratam da estrutura administrativa e do quadro de pessoal do Tribunal de Contas de referido ente. Suposta criação de cargos comissionados com delegação de funções típicas de cargo efetivo. Alegada transferência do desempenho das atividades finalísticas de controle externo a comissionados, sem vínculo efetivo, em desacordo com o modelo federal de controle externo das contas públicas. Observância da destinação constitucionalmente fixada para os cargos comissionados, que devem compreender funções de direção, chefia ou assessoramento. Desnecessidade de especificação legal minuciosa de cada uma das atividades inerentes ao cargo. O artigo 9º, caput e § 3º, da Lei complementar estadual nº 232/2013 permite que Coordenadores desprovidos de vínculo efetivo desempenhem atividades de execução do controle externo, de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios. Atividades exclusivas dos Analistas de Controle Externo pertencentes a quadro próprio de pessoal. Afronta, neste ponto específico, ao artigo 37, caput e incisos II e V, da Carta. Interpretação conforme a Constituição para que os Coordenadores que exerçam atividades finalísticas de auditoria e instrução processual sejam apenas aqueles integrantes da carreira de Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Manifestação pela procedência parcial do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil – ANTC, tendo por objeto o artigo 9º, *caput* e § 3º, da Lei complementar nº 232, de 21 de novembro de 2013 (na redação dada pela Lei complementar nº 256, de 16 de janeiro de 2015), bem como os artigos 17, § 3º; 19, §§ 5º e 6º (na redação dada pelo artigo 14 da Lei Complementar estadual nº 232/2013); 27; e 34 da Lei nº 204, de 06 de julho de 2011, todas do Estado de Sergipe, que tratam da estrutura administrativa e do quadro de pessoal do Tribunal de Contas de referido ente. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Lei complementar nº 232, de 21 de novembro de 2013

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 pelos Analistas de Controle Externo I e II e Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal.

(...)

§ 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.

Lei nº 204, de 06 de julho de 2011

Art. 17. (...)

§ 3º 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.

(...)

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.

(...)

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.

Sustenta a requerente, em síntese, que a Lei Complementar estadual nº 256/2015, ao alterar dispositivos da Lei complementar nº 232/2013, teria estendido aos Coordenadores de Unidades Orgânicas atribuições típicas de Estado, permitindo-lhes o exercício de “*funções fiscalizatórias e instrutórias finalística de controle externo*” consistentes no encerramento da instrução processual e na aprovação das informações técnicas constantes dos autos (fl. 09 da petição inicial).

No entanto, de acordo com a autora, o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe estaria conferindo interpretação inconstitucional às normas

impugnadas, de modo a permitir que qualquer agente, ainda que ocupante de cargo exclusivamente em comissão, possa exercer as funções de Coordenador de Unidade Orgânica e, por conseguinte, executar atividades técnicas que pertenceriam, com exclusividade, aos detentores de cargo de natureza efetiva do quadro de pessoal da Corte de Contas – Auditores de Controle Externo.

Nesse ponto, a requerente argumenta que, *“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”* (fl. 12 da petição inicial).

A autora pondera que a Lei Complementar estadual nº 256//2015, ao dispor que os *“coordenadores”* teriam atribuições de auditoria e instrução processual, não teria estendido a eles, indistintamente, as funções típicas de cargos efetivos, mas apenas evidenciado que deter essas atribuições seria pressuposto para o exercício das funções de *“encerrar a instrução processual e aprovar as informações técnicas constantes nos autos”* (artigo 9º, § 3º, da Lei complementar nº 232/2013).

Desse modo, afirma que tais atividades deveriam corresponder a *“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”*, e que a interpretação permissiva que estaria sendo conferida às normas pelo Tribunal de Contas sergipano estaria em dissonância com o disposto nos artigos

71 e 73, c/c o artigo 96, inciso I, alínea “a”, todos da Constituição Federal¹ (fl. 18 da petição inicial).

Nessa vertente, complementa que as atribuições dos cargos em comissão deveriam estar expressamente descritas, de forma clara e objetiva, na lei que os instituiu. No entanto, aduz que “*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*”, razão pela qual afirma que os artigos 17, § 3º; 19, §§ 5º e 6º; 27; e 34 da Lei nº 204/2011 violariam o artigo 37, *caput* e incisos II e V, da Constituição da República².

Como paradigma de organização e fiscalização, a autora invoca o Tribunal de Contas da União e aduz que o artigo 73 da Carta da República, de replicação simétrica obrigatória aos Estados da Federação, determinaria a fixação de um quadro próprio de pessoal para todos os Tribunais de Contas. Nesse sentido,

¹ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:”

“Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.”

“Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”

² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”

defende que vínculos precários, como aqueles de livre provimento em comissão, vulnerariam os pressupostos de independência, efetividade e imparcialidade, necessários ao exercício de atividades exclusivas de Estado, as quais deveriam ser desempenhadas pelos agentes públicos submetidos ao crivo do concurso público.

Por fim, conclui que a interpretação que vem sendo aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, no sentido de permitir que ocupantes de cargos de livre provimento em comissão exerçam funções típicas de auditoria e instrução processual, destoaria do modelo federal e acarretaria ofensa ao artigo 75 da Constituição Federal³. Destaca que, no ano de 2020, 5 (cinco) unidades técnicas finalísticas de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, em um contexto total de 9 (nove) unidades, estariam sendo coordenadas por ocupantes de cargo exclusivamente em comissão.

Com esteio nos argumentos expostos, a autora pede a concessão de medida liminar para suspender os efeitos do artigo 9º, *caput* e § 3º, da Lei complementar nº 232/2013 (na redação dada pela Lei complementar nº 256, de 16 de janeiro de 2015), bem como dos artigos 17, § 3º; 19, §§ 5º e 6º (na redação dada pelo artigo 14 da Lei Complementar estadual nº 232/2013); 27; e 34 da Lei nº 204/2011, todas do Estado de Sergipe, determinando-se: i) “*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*”; ii) “*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*

³ “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

comissionados de Coordenador de Unidade Orgânica do TCE/SE, tornando sem efeito os respectivos atos de nomeação” (fl. 42 da petição inicial)

Em pedido de mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados e, subsidiariamente, seja realizada interpretação conforme a Constituição Federal às normas estaduais sob invectiva, “*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*” (fl. 43 da petição inicial).

O processo foi distribuído ao Ministro EDSON FACHIN, que, nos termos do rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações ao Governador e à Assembleia Legislativa do Estado Sergipe, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, a Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da requerente, por não ter demonstrado o caráter nacional da entidade e não preencher o requisito de homogeneidade do perfil profissional de seus representados.

No mérito, sustentou a constitucionalidade das normas impugnadas, afirmando que a criação de cargos de Coordenadores de Unidades Orgânicas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe destina-se ao desempenho de atribuições especificamente previstas na Lei Complementar nº 204, de 06 de julho de 2011, as quais estão estritamente relacionadas às funções de assessoramento, chefia e direção.

Nesse sentido, afastou a suposta usurpação das competências destinadas aos Analistas de Controle Externo I e II ou a cargos similares da Corte de Contas estadual e argumentou que eventuais “*irregularidades operacionais,*

caso existentes, deverão ser tratadas como ilegalidades, não passíveis de impugnação por via da ação direta de inconstitucionalidade” (fl. 12 das informações prestadas – documento eletrônico nº 19).

Alegou, por derradeiro, não estarem presentes os pressupostos necessários à concessão da medida liminar e, caso venha a ser provido o pedido formulado na presente ação, invocou a necessidade de modulação dos efeitos decisórios a fim de resguardar os atos até então praticados pelos Coordenadores de Unidades Orgânicas, “*tendo em vista a presunção de constitucionalidade da norma, que vige há quase 10 (dez) anos*” (fl. 15 das informações prestadas).

Nesse ponto, destacou que a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade promoveria ônus excessivos e indesejáveis ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, com a consequente multiplicação de demandas judiciais e o estabelecimento de cenário de insegurança jurídica.

O Governador do Estado de Sergipe deixou de prestar as informações solicitadas, conforme atesta certidão exarada por essa Suprema Corte (documento eletrônico nº 21).

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – DO MÉRITO

Como relatado, a requerente sustenta que o artigo 9º, *caput* e § 3º, da Lei complementar nº 232/2013, e os artigos 17, § 3º; 19, §§ 5º e 6º; 27; e 34 da Lei nº 204/2011, do Estado de Sergipe, seriam incompatíveis com os artigos 37, *caput* e incisos II e V; 71; e 73, c/c o artigo 96, inciso I, alínea “a”, todos da Constituição Federal.

Em síntese, a suposta invalidade das normas impugnadas decorreria de três vícios: ausência de delimitação das atribuições dos cargos comissionados; destinação de funções finalísticas de controle externo a agentes exclusivamente comissionados, com a usurpação das atribuições dos servidores efetivos e; comprometimento da independência e imparcialidade no planejamento, execução e monitoramento de auditorias e instruções processuais, em afronta ao modelo federal.

Acerca da matéria, a Carta Maior assegura ampla acessibilidade a cargos e empregos públicos aos brasileiros que atendam às exigências legais, por meio da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, incisos I e II, da Constituição⁴).

De outro lado, as exceções à regra geral do concurso público estão previstas, expressamente, pelo texto constitucional, a exemplo das hipóteses de nomeação para cargo em comissão e dos casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, inciso II, parte final, e inciso IX, da Carta⁵).

Na espécie, merecem destaque os cargos em comissão, que, por sua natureza, são de ocupação temporária, baseada na relação de confiança entre seus titulares e a autoridade nomeante, destinando-se ao desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento. Confira-se, a propósito, a redação do artigo 37,

⁴ “Art. 37. (...)”

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”

⁵ “Art. 37. (...)”

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

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

incisos II e V, da Lei Maior:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;**

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os **cargos em comissão**, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de **direção, chefia e assessoramento;** (grifou-se).

Seguindo a premissa da excepcionalidade dos cargos de provimento em comissão, Adilson Abreu Dallari destaca que “*é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior*”⁶.

No mesmo sentido, Ivan Barbosa Rigolin⁷ afirma que os cargos de atribuições administrativas, operacionais ou técnicas não podem ser providos na forma comissionada, tais como: “*cargos que tenham funções de artífices, braçais, faxineiros, vigilantes, motoristas, escriturários, auxiliares de serviço, digitadores, médicos, dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos, contadores, economistas, administradores, e inumeráveis outras que não dependem senão de formação específica, regulamentada ou não*”.

Percebe-se, assim, que a doutrina reconhece a possibilidade de

⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 41.

⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público nas reformas constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 30.

criação de cargos comissionados, desde que voltados ao exercício de funções de chefia, direção e assessoramento. Além disso, o quantitativo de cargos comissionados não pode ser excessivo, devendo manter relação de proporcionalidade com os cargos de provimento efetivo.

Na esfera jurisprudencial, tal questão fora debatida diversas vezes por essa Suprema Corte, que, recentemente, consolidou seu entendimento acerca dos requisitos indispensáveis para a criação dos cargos de provimento em comissão, em acórdão que restou assim ementado:

Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. **Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração.** Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição.

2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria.

3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário.

4. **Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma**

clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

(RE nº 1041210 RG, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 27/09/2018, Publicação em 22/05/2019, grifou-se).

A análise acerca da constitucionalidade dos dispositivos hostilizados deve ser realizada, portanto, a partir dessas premissas.

Conforme se depreende da petição inicial, o inconformismo da requerente parte da suposta criação de cargos em comissão sem a descrição das respectivas atribuições, suscitando, ainda, que tais cargos não estariam diretamente relacionados ao exercício de funções de chefia, direção e assessoramento, na medida em que coordenadores estariam executando atividades técnicas que pertenceriam, com exclusividade, aos detentores de cargo de natureza efetiva do quadro de pessoal da Corte de Contas – Analista de Controle Externo.

Vislumbra-se, em parte, o vício de inconstitucionalidade suscitado pela autora, conforme se verá a seguir.

Cumprido destacar, em primeiro plano, que a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal exige, de fato, que as atribuições dos cargos de provimento em comissão estejam descritas em lei. Tal exigência não deve, entretanto, ser compreendida como mera formalidade excessiva ou desvinculada de propósito relevante; pelo contrário, trata-se de medida destinada a garantir que os cargos dessa espécie sejam efetivamente reservados ao exercício de funções de assessoramento, chefia e direção. Nessa linha, confira-se o seguinte julgado:

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 3706, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 15/08/2007, Publicação em 05/10/2007; grifou-se).

Desse modo, a descrição legal das atribuições dos cargos comissionados deve ser suficiente para atestar o cumprimento do disposto no artigo 37, inciso V, da Carta de 1988. Se a lei instituidora deixar claro que se trata de cargo destinado ao desempenho de funções de assessoramento, chefia e direção, a exigência jurisprudencial mencionada anteriormente restará observada, sendo inadequada a pretensão da autora de ampliar seu alcance de forma desmesurada, a ponto de exigir do legislador a pormenorização minuciosa de cada ação incumbida ao comissionado.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente desse Supremo Tribunal Federal, confirmando a desnecessidade de descrição das atribuições de cada um dos cargos comissionais, *verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA, OFICIAL DE SECRETARIA E AUXILIAR DE JUIZ.

1. Ação direta em que se discute a constitucionalidade da criação de cargos em comissão de Oficial de Justiça, Oficial de Secretaria e Auxiliar de Juiz pelas Leis Complementares nº 07/1991, 17/1995, 32/1996, 55/2000, 73/2002, 74/2002, 78/2002 e 84/2003, todas do Estado de Sergipe.

2. A comprovação da extinção dos cargos em comissão de Oficial de Justiça e Oficial de Secretaria, em decorrência da exoneração dos ocupantes desses cargos e da sua substituição por servidores efetivos ocupantes dos cargos de Técnico e Analista Judiciário, prejudica parcialmente o objeto da ação.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que só podem ser criados cargos em comissão quando suas atribuições exijam um vínculo de confiança entre seus ocupantes e aqueles que os nomeiam. Precedentes.

4. O cargo em comissão de Auxiliar de Juiz, criado pelas Leis Complementares Estaduais nº 55/2000, nº 73/2002, nº 78/2002 e nº 84/2003, é típica função de assessoramento, com a finalidade de auxiliar o exercício da atividade jurisdicional, por meio da

elaboração de minutas de decisões e pesquisa de doutrina e de jurisprudência. Exige, portanto, relação de confiança entre o ocupante do cargo e o juiz que o nomeia, em consonância com o art. 37, V, da Constituição.

5. Ação conhecida em parte e, nessa parte, julgada improcedente.
(ADI nº 3174, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 23/08/2019, Publicação em 06/09/2019; grifou-se)

No presente caso, a Lei Complementar estadual nº 204/201, ao estabelecer a estrutura administrativa do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, destina capítulo próprio para tratar das Diretorias e, em seu artigo 17, define as atribuições da Diretoria Técnica e a sua composição, da qual faz parte a Coordenação Jurídica.

As normas impugnadas pela autora definem que a **direção** da Coordenadoria Jurídica será exercida 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 (artigo 17, § 3º).

Também estabelecem que a Diretoria de Controle Externo de Obras e Serviços será integrada por duas coordenadorias (Auditoria Operacional e Engenharia) e definem que os respectivos Coordenadores ocuparão Cargo em Comissão de Natureza Especial, símbolo CCE-02, privativo de bacharéis nas áreas estabelecidas, os quais serão escolhidos entre profissionais de comprovada experiência (artigo 19, § 5º e 6º).

Por sua vez, o artigo 27 da referida lei complementar define que a Coordenadoria de Controle e Inspeção será coordenada por um Coordenador escolhido entre profissionais de comprovada experiência na respectiva área de atividade, ocupante de cargo em comissão de natureza especial. E o artigo 34, ao

tratar das disposições complementares e finais da lei estadual, cria os cargos mencionados.

Percebe-se que os artigos 17, § 3º; 19, §§ 5º e 6º (na redação dada pelo artigo 14 da Lei Complementar estadual nº 232/2013); 27; e 34 da Lei nº 204/2011, embora não tenham minudenciado as atividades pertinentes aos cargos por eles instituídos, os caracterizaram satisfatoriamente como cargos criados no âmbito de órgãos destinados a atividades de direção, chefia e assessoramento, descrição suficiente para afastar a suposta ocorrência de afronta ao artigo 37, inciso V, da Carta.

De fato, a simples criação de cargos comissionados não é, por si só, uma medida contrária à Constituição. Como anteriormente destacado, a Carta Federal permite que o acesso a cargos em comissão seja efetuado sem a observância de concurso público. Aliás, há precedente dessa Suprema Corte afirmando, justamente, que a mera criação de cargos comissionados não implica violação ao artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Veja-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI N. 11.075/2004. CRIAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES GRATIFICADAS NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. POSSIBILIDADE DE FUSÃO DE PROJETO DE LEI EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI QUANDO PROPOSTOS PELA MESMA AUTORIDADE. A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E DE FUNÇÕES GRATIFICADAS IMPUGNADA FOI ACOMPANHADA DE ESTIMATIVA DE DESPESA E DA RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO E NÃO IMPORTA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO CONCURSO PÚBLICO E DA PROPORCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADI nº 3942, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 05/02/2015, Publicação em 03/03/2015, grifou-se).

A propósito, é oportuno destacar o seguinte trecho do voto condutor proferido pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no julgamento mencionado:

Assevera também o Autor que a criação de 435 (quatrocentos e trinta e cinco) cargos em comissão e funções gratificadas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento desrespeitaria o “*princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso [e que] constitui[ria] arbitrariedade (...) substitui[r] a regra pela exceção, violando o art. 37, II, da Lei Maior*” (fls. 16-17).

Como apontado pelo Procurador-Geral da República, a criação dos cargos em comissão e das funções gratificadas não importa, por si só, em ofensa aos princípios do concurso público e da proporcionalidade.

Primeiro, porque “*as funções de confiança só podem ser ocupadas por servidores de carreira, sendo-lhes facultada, também, a ocupação dos cargos em comissão (dos quais a Constituição da República determina lhes seja reservado percentual mínimo)*” (fl. 171).

Também porque, como salientado na Exposição de Motivos n. 49/2004 - MAPA, a criação desses cargos e funções no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento foi precedida “*de abrangente processo de consulta (...) e de um diagnóstico de auto-avaliação feito com base no Modelo de Excelência na Gestão Pública*” (fls. 71-72) e decorreu da necessidade de reorganização da sua estruturação organizacional para compatibilizá-la com as necessidades do setor produtivo. (Grifou-se).

Por essa razão, considerando-se, exclusivamente, o teor dos artigos 17, § 3º; 19, §§ 5º e 6º (na redação dada pelo artigo 14 da Lei Complementar estadual nº 232/2013); 27; e 34 da Lei nº 204/2011, bem como o fato de que a Constituição Federal permite a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento, conclui-se pela compatibilidade dos referidos dispositivos com o texto constitucional.

Semelhante juízo de validade não se estende, todavia, ao artigo 9º, *caput* e § 3º, da Lei complementar nº 232/2013. Nota-se que a redação original do *caput* do mencionado artigo atribuía as funções de execução do controle externo, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, exclusivamente, aos Analistas de Controle Externo I e II. Eis a redação original do dispositivo:

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.**

A partir das alterações promovidas pela Lei complementar nº 256/2015, estendeu-se a execução de tais atividades aos Coordenadores de Unidade, os quais passaram a exercer as funções dos Analistas de Controle Externo I e II, além da atividade específica de encerrar a instrução processual e aprovas as informações técnicas. Veja-se a nova redação do *caput* do referido dispositivo, com ênfase ao seu § 3º, também impugnado pela requerente:

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 pelos Analistas de Controle Externo I e II e Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal.**
(...)

§ 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.

Observa-se, portanto, que as normas impugnadas autorizam o desempenho de atividades finalísticas de Estado por Coordenadores das Unidades Orgânicas, porém não especificam, como pressuposto primário, que essas atividades somente sejam executadas por aqueles que integram quadro próprio de pessoal da Corte de Contas.

Nessa vertente, embora os artigos 17, § 3º; 19, §§ 5º e 6º; 27; e 34 da Lei nº 204/2011 apenas tenham instituído cargos comissionados de Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, destinando-os ao desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento, o artigo 9º, *caput* e § 3º, da Lei complementar nº 232/2013 cria situação

inconstitucional, na medida em que autoriza o desempenho de funções de execução do controle externo por coordenadores desprovidos de vínculo efetivo com a Corte.

Nota-se que a condição para o exercício de atribuições finalísticas de auditoria e instrução processual na esfera do controle externo é, sem dúvida, a aprovação em concurso público específico para ingresso no quadro próprio de pessoal do Tribunal de Contas, sendo imprescindível a estabilidade qualificada para o desempenho das funções inerentemente de Estado.

Como mencionado, a Carta Maior assegura a ampla acessibilidade a cargos e empregos públicos aos brasileiros que atendam às exigências legais, por meio da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, realizado de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, (artigo 37, incisos I e II, da Constituição). As exceções à regra geral do concurso público estão previstas, expressamente, pelo texto constitucional e visam a garantir as atividades inerentes aos cargos efetivos. Conforme também já destacado, em julgamento em que essa Suprema Corte consolidou seu entendimento acerca dos requisitos indispensáveis para a criação dos cargos de provimento em comissão, restou definido que “*a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais*”⁸.

Portanto, constata-se que o artigo 9º, *caput* e § 3º, da Lei complementar nº 232/2013 viola os preceitos invocados como parâmetro de controle, caso não lhe seja atribuída interpretação consonante com o Texto Constitucional.

⁸ RE nº 1041210 RG, Relator: Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 27/09/2018, Publicação em 22/05/2019.

Relevante destacar que a Lei complementar nº 232/2013 também constitui objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5128 ajuizada pelo Procurador-Geral da República, estando os autos atualmente conclusos ao Relator⁹. Embora o dispositivo questionado naquela ação seja diverso do ora impugnado pela requerente, discute-se naquele feito justamente a suposta ofensa ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, em face do aproveitamento de servidores em cargo de natureza e complexidade distintos daquele para o qual prestaram o concurso público.

Diante das considerações expostas, conclui-se pelo acolhimento parcial dos pedidos formulados pela requerente, para que seja conferida interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 9º, *caput* e § 3º, da Lei complementar nº 232/2013 (na redação dada pela Lei complementar nº 256/2015), de modo que o cargo ou a função de Coordenador de Unidade Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe previsto nas referidas disposições somente possa ser exercido por ocupantes do cargo efetivo de Analista de Controle Externo.

Cumprido destacar, finalmente, que o posicionamento externado na presente manifestação encontra-se em consonância com o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 19.10.2009; da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 351, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 05.08.2014; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJ de 28.03.2014 – no sentido da autonomia do Advogado-Geral da União para se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no

⁹ Consulta em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4581414>> Acesso em 02 mar. 2020.

mesmo sentido.

III – DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência parcial do pedido veiculado na petição inicial.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de março de 2021.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JUNIOR
Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE
Secretária-Geral de Contencioso

LETÍCIA DE CAMPOS ASPESI SANTOS
Advogada da União