



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC-00675/2023-1

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso II, da LC n. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.

Trata-se de representação proposta pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo em face da Prefeitura de Montanha, sob a responsabilidade de André dos Santos Sampaio, noticiando irregularidades que revelam a prática de atos com grave violação à norma legal e constitucional na contratação de servidores públicos e no pagamento de verbas indenizatórias.

A Decisão Monocrática 00142/2023-7 (evento 19) conheceu a representação.

A Decisão SEGEX 01134/2023-4 (evento 41) determinou a notificação de André dos Santos Sampaio e de Natalia de Moraes Lima Pauli (Procuradora-Geral do Município) para se manifestarem sobre a inconstitucionalidade apontada no item 3.2 da Instrução Técnica Inicial 00079/2023-7 (evento 40), bem como a citação de André dos Santos Sampaio para se manifestar acerca dos seguintes indicativos de irregularidades vislumbrados pela ITI supracitada:

4.1 – PAGAMENTO DE DIÁRIAS A SERVIDOR EXTRAPOLANDO OS LIMITES DA LEI EM SENTIDO ESTRITO;

4.2 – PROVER E PAGAR CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE CONTROLADOR INTERNO AO INVÉS DE CARGO EFETIVO

4.3 – PROVER E PAGAR CARGOS EM COMISSÃO SEM LEI DE CRIAÇÃO E EM NÚMERO DESPROPORCIONAL AO QUANTITATIVO DE SERVIDORES EFETIVOS

Na Instrução Técnica Conclusiva 02907/2023-1 (evento 73), o Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência – NPPREV trouxe a seguinte proposição:



3. PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO:

3.1. Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Fiscalização (Representação) no âmbito da Prefeitura Municipal de **Montanha**, considerando a competência desse Tribunal em se manifestar sobre a constitucionalidade de leis e atos do poder público no caso concreto, **sugere-se**, nos termos da nos termos dos arts. 176 e 177 da Lei Orgânica desse Tribunal, que o Plenário desse Tribunal acolha incidentalmente a inconstitucionalidade do **art. 8º da Lei Municipal 796/2012**, sem redução de texto, por violação ao art. 37, caput, II e V da Constituição Federal, para que seja negada sua aplicação para servidores exclusivamente comissionados e, com isso, sustados os atos praticados de modo diverso sob seu fundamento.

3.2. Sugere-se, ainda, a manutenção das seguintes irregularidades:

3.2.1. PROVER E PAGAR CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE CONTROLADOR PÚBLICO INTERNO AO INVÉS DE CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO

Base legal: art. 37, caput e incisos II e V, da CF/1988; art. 2º, § 2º, e item 4 do Anexo I da Resolução TCE/ES nº. 227/2011; Art. 8º da Lei municipal 796/2012;

Identificação do Responsável: Prefeito Municipal **André dos Santos Sampaio** – exercício 2021 a 2023;

3.2.2. PROVER CARGOS EM COMISSÃO SEM LEI DE CRIAÇÃO E EM NÚMERO DESPROPORCIONAL AO QUANTITATIVO DE SERVIDORES EFETIVOS

Base legal: art. 37, caput e incisos II e V, da CF/1988

Identificação do Responsável: Prefeito Municipal **André dos Santos Sampaio** – exercício 2021 a 2023

3.3 Dessa forma, diante do preceituado no art. 3193, da Res. TC 261/2013, conclui-se opinando pela:

3.3.1. Procedência parcial das razões do Sr. **André dos Santos Sampaio**, acolhendo as razões de defesa em relação ao item 2.2.1¹ desta ITC e mantendo as irregularidades previstas nos itens 3.2.1 e 3.2.2 desta ITC.

Após, veio o feito ao Ministério Público de Contas para manifestação, nos termos do art. 321, § 3º, do RITCEES.

1 – QUESTÕES PRELIMINARES E PREJUDICIAIS DE MÉRITO

1.1 – Requisitos de admissibilidade

¹ Item 4.1 da ITI 00079/2023-7: **PAGAMENTO DE DIÁRIAS A SERVIDOR EXTRAPOLANDO OS LIMITES DA LEI EM SENTIDO ESTRITO**;



Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno (art. 1º, inciso XXV, da LC nº 621/2012). Além disso, preceitua o art. 99, § 2º, da LC n. 621/2012 que “*aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia*”.

Na espécie, o representante possui legitimidade, conforme art. 99, § 1º, inciso II, LC n. 621/2012; encontrando-se preenchidos os demais requisitos de admissibilidade elencados no art. 94 deste estatuto legal, razão pela qual a Decisão Monocrática 00142/2023-7 (evento 19) conheceu a representação.

1.2 – Da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Municipal n. 796/2012

A priori, cabe salientar que esta Corte de Contas possui competência para efetuar controle difuso de constitucionalidade de determinadas normas deixando de aplicá-las quando entender que elas são flagrantemente violadoras do texto constitucional.

Inicialmente, cabe destacar que o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 35.410/DF não teve o condão de revogar o teor da súmula 347 do STF, a qual dispõe que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Logo, permanece intacta a competência do TCU e dos Tribunais de Contas para apreciar a constitucionalidade, por meio do controle incidental, realizado no caso concreto, de normas que afrontam à Carta Constitucional, devendo observar a cláusula de reserva de plenário, conforme art. 97 da CF.

O controle realizado pelos Tribunais de Contas visa, além de tudo, proteger o erário estadual e municipal que pode ser afetado pela realização de despesas alicerçadas em normas flagrantemente inconstitucionais.

A Lei Complementar n. 621/2012 dispõe que:

CAPÍTULO III DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 176. O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público.



Parágrafo único. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, na apreciação de qualquer feito, a matéria será apreciada pelo Plenário, em pronunciamento preliminar.

Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

Para afastar qualquer espécie de dúvida acerca do controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas, o Excelso Pretório editou a Súmula n. 347, com o seguinte teor:

“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Cabe salientar que o Tribunal de Contas efetua apenas controle difuso de constitucionalidade, não podendo declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, mas apenas deixar de aplicá-la quando entender que ela é flagrantemente violadora do texto constitucional.

Destarte, não apenas o Poder Judiciário, mas também os Tribunais de Contas possuem a prerrogativa de verificar se as leis e os atos normativos emanados pelo poder público encontram-se harmonizados com o ordenamento jurídico.

No caso, o controle é o difuso – incidental –, exercido no curso do processo, cabendo, como acima alinhavado, a esse Tribunal de Contas exercê-lo, na forma do artigo 332 e seguintes do RITCEES.

Verifica-se, portanto que a questão constitucional, no controle difuso, é prejudicial à causa principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar, preliminarmente, a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto.

Deste modo, se o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe caiba decidir, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial, ou incidental, de inconstitucionalidade anterior ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando, assim, o controle difuso de constitucionalidade.



Contudo, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, explicitado acima, de que as Cortes de Contas não podem negar a execução da norma com caráter *erga omnis* a questão da inconstitucionalidade dos normativos citados, deve a inconstitucionalidade da norma ser apreciada apenas *incidenter tantum*, no exame de cada infração, evitando-se a instauração de incidente de inconstitucionalidade para que não se imprima a equivocada interpretação de que a decisão adotada no bojo deste possui efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Disso, nenhum prejuízo advirá ao controle e muito menos implica em nulidade processual, pois a negativa de execução à norma inconstitucional é simplesmente negar-lhe aplicação ao caso concreto, reputando-se ilegal o ato praticado que nela esteja ancorado.

No caso em tela, conforme evidenciado na ITI 00079/2023-7 e referendado na ITC 02907/2023-1, há flagrante incompatibilidade do art. 8º da Lei Municipal n. 796/2012 com o art. 37, *caput*, e incisos II e V, da Carta Constitucional, visto que o referido dispositivo criou um cargo de provimento em comissão de Controlador Público Interno que deveria ser ocupado por servidor efetivo, devido à limitação de atividades que os cargos comissionados podem desempenhar, *verbis*:

ITI

Como se observa das diretrizes para a instituição do Sistema de Controle Interno no Município inicialmente trazidas na Lei Municipal 796/2012 (evento 34), criou-se um cargo de provimento em comissão de Controlador Público Interno, que deveria ser ocupado preferencialmente por servidor efetivo, com detalhamento das atribuições do setor especificado pela Lei 838/2013 (evento 35). E, muito embora a Lei 839/2013 (evento 36) tenha criado cargo de provimento efetivo de Auditor Público Interno, até o momento, passados dez anos, não foi realizado o concurso público.

Mostrando burla às diretrizes traçadas na Lei do Sistema de Controle Interno Municipal e à Constituição Federal, a municipalidade optou por prover o cargo com o servidor comissionado Sr. Julcimar Brito Bredoff, nomeado em 04/01/20214, ao invés de privilegiar servidores efetivos:

[...]

Cumpra registrar que nem a lei de criação nem a Lei 838 previram especificamente as atividades de comando da Unidade de Controle Interno. De toda sorte, como a UCI funciona com um só servidor, não há divisão entre tarefas de chefia, coordenação ou assessoramento - até porque não há subordinados, com as técnicas e burocráticas.

[...]

Para esse grupo de atribuições, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário RE STF 1.264.676 Santa Catarina, recentemente esclareceu que a natureza eminentemente técnica do cargo de Controlador Interno, bem como a necessidade de um vínculo de estabilidade entre o seu ocupante e a Administração, não guardam relação alguma com a investidura por meio de provimento em comissão ou função de confiança.



[...]

A referida disposição legal, que traz referência à eficiência e eficácia, mostra-se desprestigiada com a constituição de controle interno com um servidor comissionado à frente do setor, sujeito às vulnerabilidades inerentes ao vínculo, condicionado à troca de comando político do governo local, reduzido pelo comprometimento ideológico e de extrema proximidade com o ascendente, limitado ainda pela necessidade irrestrita de manutenção da relação de confiança com seu superior hierárquico, e com responsabilidades enormes.

Como inferido nesta análise, a estruturação do sistema de controle interno previu servidores efetivos e posteriormente se concretizou com o provimento de um cargo de provimento em comissão de Controlador Público Interno, está maculada de inconstitucionalidade, pois furta as expectativas sociais de uma administração voltada para a eficiência e eficácia, uma vez que sujeita o sistema de controle interno às vulnerabilidades inerentes ao vínculo comissionado e à instabilidade da troca de comando político do governo local, traz comprometimento ideológico pela extrema proximidade com o ascendente e necessidade irrestrita de manutenção da relação de confiança com o chefe do Poder Executivo.

[...]

Nessa linha, opina-se pela instauração de incidente de inconstitucionalidade, com amparo no inciso XXXV, art. 1º e 176 a 179 da LC 621/2012, a fim de determinar a aplicação do Art. 8º da Lei Municipal 796/2012 somente para provimento por servidor efetivo, por violação ao art. 37, caput e incisos II e V, da CF/1988.

[...]

ITC

[...]

Analisando o caso em voga, porém, depreende-se que a incompatibilidade do art. 8º da Lei Municipal 796/2012 com o art. 37, II e V, da Constituição Federal, devido à limitação de atividades que os cargos comissionados podem desempenhar. O dispositivo questionado ao facultar ao Chefe do Poder Executivo prover a vaga com servidor extraquadros está permitindo que este extrapole as funções de chefia, direção e assessoramento, uma vez que é o único servidor do sistema de Controle Interno municipal.

Portanto, em se tratando de tarefas técnicas e burocráticas dos servidores não se admite discricionariedade da Administração para provimento de cargo com servidor comissionado sem que se fira a regra do concurso público. A faculdade da norma municipal está cerceada na medida em que relegará ao servidor atividade exclusivas de servidor público efetivo.

[...]

Nessa perspectiva, o art. 8º da Lei Municipal 796/2012 somente é constitucional se interpretado e aplicado provendo-se o cargo de Controlador público interno com servidor efetivo, sob pena de ferir o art. 37, caput e incisos II e V, da CF/1988. Destarte, opina-se pela apreciação do incidente de inconstitucionalidade, para que seja negada a aplicação do art. 8º da Lei Municipal 796/2012 para servidores exclusivamente comissionados e, com isso, sustados os atos praticados de modo diverso sob seu fundamento.

Observa-se, ademais, que a lei municipal viola o art. 37, *caput*, e incisos II e V, da Constituição Federal e notadamente os princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade, motivo pelo qual deve ser negada a exequibilidade ao art. 8º da Lei n. 796/2012,



consoante demonstrado pela Unidade Técnica, em argumentação amparada em farta jurisprudência.

2 – MÉRITO

Conforme consta dos autos, a Unidade Técnica manteve integralmente as irregularidades de n. 4.2 – Prover e pagar cargo de provimento em comissão de Controlador Público Interno ao invés de cargo de provimento efetivo e 4.3 – Prover cargos em comissão sem lei de criação e em número desproporcional ao quantitativo de servidores efetivos, da ITI 00079/2023-7, sobre as quais, para evitar repetições desnecessárias, ante a completude da Instrução Técnica Conclusiva 02907/2023-1, tecem-se a seguir apenas argumentos adicionais, conforme seguem.

2.1 – Prover e pagar cargo de provimento em comissão de Controlador Público Interno ao invés de cargo de provimento efetivo

Ficou constatado que o Executivo de Montanha criou cargo de provimento em comissão quando deveria ter provido e pago cargo de provimento efetivo de Controlador Público Interno, em desconformidade ao permissivo constitucional que impede que as atividades de natureza técnica e burocrática sejam desenvolvidas por servidor em exercício de cargo comissionado e a própria lei local, que estruturou o sistema de Controle Interno, previu provimento preferencialmente por cargo efetivo.

O gestor alegou a existência de uma TAC com Ministério Público, embora não tenha trazido aos autos nenhuma documentação nesse sentido, impedindo a análise das circunstâncias práticas que possam ter potencial de limitar ou condicionar a ação do agente.

Destaca-se que a Unidade Técnica demonstrou na ITC 02907/2023-1 que o responsável agiu com erro grosseiro, incorrendo em grave infração à norma legal, *verbis*:

[...]

Como se depreende da ITI, a utilização de servidor comissionado para desempenhar todas as tarefas de controle, inclusive as de natureza técnica e burocrática, não encontra amparo na Constituição Federal.

[...]

De tal forma, o desempenho de ações de controle interno, por sua natureza envolvem atividades técnicas e burocráticas, assim como as descritas na lei municipal (evento 34), impedindo ao gestor de prover e pagar servidor que tenha se submetido ao concurso público.



Com efeito, ao se constatar que o responsável efetuou o pagamento para o Sr. Jucimar Brito Bredoff, de vínculo comissionado, para exercer todas as atividades de controle interno do município, feriu a Constituição Federal em seu artigo 37, caput e incisos II e V:

[...]

Desta forma, fica caracterizado o erro grosseiro do gestor e sua responsabilidade, opinando-se pela improcedência das razões de defesa e manutenção do entendimento técnico exarado na ITI, para que essa Corte de Contas reconheça a irregularidade passível multa, nos termos dos arts. 1º, XXXII, 131, 134 e 135, II da Lei Complementar 621 de 8 de março de 2012.

Não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico a criação arbitrária de cargos em comissão e/ou funções de confiança para o exercício de funções que fogem o seu caráter singular, de direção, chefia ou assessoramento, tapeando a exigência constitucional de prévio concurso público.

Consoante tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.041210 RG/SP (Tema 1010), cuja ementa abaixo se transcreve, 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, e as atribuições destes cargos devem ser descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir:

RE 1041210 RG

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 27/09/2018

Publicação: 22/05/2019

Ementa

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

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

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

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

4. Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b)



tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Outrossim, recente decisão proferida no RE 1.264.676, com trechos abaixo transcritos, que declarou a inconstitucionalidade de legislação do Município de Belmonte/SC na parte que estabeleceu o provimento dos cargos de Diretor de Controle Interno e de Controlador Interno por meio de cargo em comissão ou função comissionada:

Decisão

[...] Da interpretação da norma constitucional, está claro que tanto os cargos em comissão, como as funções de confiança, se destinam às atribuições de direção, chefia e assessoramento, não se podendo incluir, nesse contexto, atividades meramente burocráticas, operacionais ou técnicas. Pressupõem, ainda, uma relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes, ambos de relatoria do ilustre Ministro LUIZ FUX:

“DOIS AGRAVOS REGIMENTAIS NO SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNÇÕES GRATIFICADAS OU DE CONFIANÇA. NOMEAÇÃO DE SERVIDORES SEM VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. Funções públicas ou de confiança são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche. Ditas limitações ao preenchimento de cargos e funções na Administração Pública visam conferir efetividade aos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa.

2. A Constituição Federal, no inciso V do artigo 37, preceitua 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, sendo inconcebível que a exigência constitucional do concurso público não possa ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza, bem assim que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo – que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público –, se proceda à livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público.

3. In casu, a Lei nº 8.221/91 criou o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, tendo sido proposta ação pública por suposta prática de atos de improbidade administrativa, visando a anulação dos atos de nomeações para exercício das funções gratificadas, as quais somente poderiam ser preenchidas por servidores do Quadro do referido Tribunal. Precedentes: ADI nº 1.141/GO-MC, Tribunal Pleno, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 4.11.94; RE nº 557.642/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17.12.2010; RE nº 510.605/SP, relator Ministro Celso de Mello, DJe de



4.08.2010; RE nº 376.440/DF, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 05.08.2010.

4. Agravos regimentais não providos.” (RE 503.436-AgR-Segundo, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 6/5/2013) (Grifo nosso)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 DA LEI FEDERAL 10.869/2004, LEI DE CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 163/2004. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES GRATIFICADAS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL. COORDENAÇÃO E FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ATRIBUIÇÕES DE CHEFIA, DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO. PROPORCIONALIDADE ENTRE CARGOS EM COMISSÃO E CARGOS EFETIVOS. INEXISTÊNCIA DE BURLA À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A INVESTIDURA EM CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (ARTIGO 37, II E V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ARTIGO 14 DA LEI FEDERAL 10.869/2004. EFICÁCIA EXAURIDA. PREJUDICIALIDADE PARCIAL DO FEITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

1. Cargos em comissão e funções de confiança pressupõem o exercício de atribuições atendidas por meio do provimento em comissão, que exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado. Tais atribuições são aquelas que apresentam poder de comando, inerente aos cargos de chefia e direção, ou configuram assessoria técnica aos membros do Poder nomeante (artigo 37, II e V, da Constituição Federal).

2. Atribuições meramente executivas ou operacionais não autorizam a criação de cargos em comissão e funções de confiança, sob pena de burla à obrigatoriedade de concurso público, instrumento de efetivação dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, que garante aos cidadãos o acesso aos cargos públicos em condições de igualdade. Precedentes: ADI 1.269, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 28/8/2018; ADI 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe de 7/6/2011; ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 5/10/2007; ADI 3.233, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJ de 14/9/2007; ADI 2.427, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 10/11/2006; ADI 1.141, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ de 29/8/2003; ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 14/12/2001.

3. O número de cargos em comissão deve guardar relação de equilíbrio com a quantidade de cargos efetivos, em respeito ao princípio da proporcionalidade. Precedentes: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 15/2/2011; RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 29/6/2007.

4. In casu, o artigo 11 da Lei federal 10.869/2004, Lei de Conversão da Medida Provisória 163/2004, respeitou os lindes constitucionais ao criar 1.321 cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e 1.472 funções gratificadas – FG no âmbito da Administração Pública federal, destinados à ocupação por fomentadores e coordenadores de políticas públicas. Apesar do número elevado, esses cargos guardaram relação de proporcionalidade e equilíbrio com o quantitativo de cargos efetivos do Poder Executivo federal, que contabilizava, à época, 495.464 vínculos.

5. Resta exaurida a eficácia normativa do artigo 14 da Lei federal 10.869/2004, que autorizou o Poder Executivo federal a remanejar, transpor, transferir ou utilizar as dotações orçamentárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2004 em favor de órgãos extintos, transformados, transferidos, incorporados ou desmembrados, o que prejudica o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade no ponto. Precedentes: ADI 4.365, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 8/5/2015; e ADI 4.663-MC-Ref, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 16/12/2014; ADI



4.620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 1º/8/2012; ADI 1.445-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 29/4/2005; e ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, Plenário, DJ de 20/5/1994.

6. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgado improcedente o pedido, para declarar a constitucionalidade do artigo 11 da Lei federal 10.869/2004, Lei de Conversão da Medida Provisória 163/2004.” (ADI 3.145, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 25/10/2019). (Grifo nosso)

No voto condutor desse último julgado (ADI 3.145, DJe de 25/10/2019), o Ministro LUIZ FUX assim se manifestou:

“O artigo 37, II, da Constituição Federal determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, que garante aos cidadãos o acesso aos cargos públicos, em condições de igualdade e mediante prévia averiguação de conteúdos disciplinares pertinentes (ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 14/12/2001).

Contudo, a parte final do dispositivo constitucional ressalva dessa exigência a nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Por sua vez, o artigo 37, V, da Constituição Federal dispõe que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Nesse contexto, a criação de cargos em comissão e de funções gratificadas pressupõe o exercício de atribuições que sejam atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado. Tais funções são aquelas a que se atribui poder de comando, inerente aos cargos de chefia e direção, ou que configuram assessoria técnica, a auxiliar os membros do Poder nomeante no exercício de suas funções.

Assim, não se admite a criação de tais cargos e funções para o exercício de atribuições meramente executivas ou operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, sob pena de burla ao texto constitucional. As funções permanentes ou de rotina administrativa são próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos.” (Grifo nosso)

Feitas essas breves explanações, passo agora, de forma individualizada, à análise dos cargos questionados.

DO CARGO DE CONTROLADOR INTERNO

Quanto às atribuições do cargo de Controlador Interno, o art. 4º da LC 22/2017 estabelece que:

“Art. 4º Ao titular do cargo de Controlador Interno, que poderá ser de natureza comissionada (CC), ou gratificada (FG), incumbe as seguintes atribuições:

I – Supervisionar, coordenar e executar trabalhos de avaliação de metas do Plano Plurianual, bem como dos programas e orçamento do governo municipal;

II – Examinar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficiência e eficácia da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos da



- Administração Municipal, bem como, dá aplicação de recursos públicos e subsídios em benefícios de empresas privadas;
- III – Exercer controle das operações, avais e garantias, bem como dos direitos e deveres do Município;
- IV – Subsidiar, através de recomendações, o exercício do cargo do Prefeito, dos Secretários e dirigentes dos órgãos da Administração, objetivando o aperfeiçoamento da gestão pública;
- V – Verificar e controlar, periodicamente, os limites e condições relativas às operações de crédito, assim como os procedimentos e normas sobre restos a pagar e sobre despesas com pessoal nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal e do Regimento Interno do Sistema de Controle Interno do Município;
- VI – Prestar apoio ao Diretor de Controle Externo no exercício de suas funções institucionais e legais;
- VII – Auditar os processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, para as contratações de obras, serviços, fornecimentos e outros;
- VIII – Auditar a investidura nos cargos e funções públicas, a realização de concursos públicos, publicações de editais, prazos e bancas examinadoras;
- IX – Auditar as despesas com pessoal, limites, reajustes, aumentos, reavaliações, concessão de vantagens, previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias, plano plurianual e orçamento;
- XI – Acompanhar, quando for o caso, procedimentos relativos a processos disciplinares, publicidade, portarias e demais atos;
- XII – Auditar lançamento e cobrança de tributos municipais, cadastro, revisões, reavaliações e prescrição;
- XIII - Examinar e analisar os procedimentos da tesouraria, saldo de caixa, pagamentos, recebimentos, cheques, empenhos, aplicações financeiras, rendimentos, planos de contas, escrituração contábil e balancetes;
- XIV – Exercer outras atividades inerentes ao sistema de controle interno.”

Ora, da leitura acima, verifica-se que o cargo de Controlador Interno desempenha funções de natureza técnica, para cuja realização não se faz necessária prévia relação de confiança entre a autoridade hierarquicamente superior e o servidor nomeado, que justifique a contratação por meio de provimento em comissão ou função de confiança, eis que ausente, na hipótese, qualquer atribuição de comando, direção, chefia ou assessoramento.

Além disso, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 1.041.210/SP-RG (Tem 1010, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), tratando de caso bem semelhante ao destes autos, em que se discutia os requisitos constitucionais do art. 37, II e V, da CF/1988, para a criação de cargos em comissão, fixou 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.”

Veja-se a ementa do precedente paradigma:

“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.”

Desse modo, ainda que o acórdão recorrido defenda que o entendimento firmado por esta CORTE no Tema 1010 deva ser aplicado apenas na hipótese de cargo em comissão, o fato é que o artigo 37 da Constituição Federal não faz qualquer distinção ao limitar o exercício tanto dos cargos em comissão, quanto das funções de confiança/gratificadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Assim, considerando a natureza técnica do cargo de Controlador Interno criado pela Lei Complementar 22, de 3 de abril de 2017, do Município de Belmonte – SC, mostra-se inconstitucional sua investidura por meio de provimento em comissão ou função gratificada, sendo necessária, portanto, a observância da orientação prevista no art. 37, II, da Constituição República, segundo a qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”.

DO CARGO DE DIRETOR DE CONTROLE INTERNO

Por outro lado, quanto ao cargo de Diretor de Controle Interno, o art. 3º da LC 22/2017 não descreve, de forma clara e objetiva, as atribuições a serem exercidas pelo seu titular. Senão, vejamos:

“Art. 3º Ao titular do cargo de Diretor de Controle Interno, que poderá ser de natureza comissionada (CC), ou gratificada (FG), incumbe a tarefa de conduzir os trabalhos institucionais do Órgão de Controle Interno perante a Administração Municipal, sempre com a colaboração direta do Controlador Interno.”

No ponto, a jurisprudência desta CORTE se consolidou no sentido de que a criação de cargos em comissão e/ou de confiança exige a descrição de suas



respectivas atribuições na própria lei. No mesmo sentido, citem-se os seguintes precedentes:

“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 752.769-AgR, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 24/10/2013)

“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.

2. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE nº 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decisum se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010.

4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “Ação Direta de Inconstitucionalidade – Leis Complementares nºs. 38 (de 06 de agosto de 2008), 45 (de 27 de julho de 2009), 55 (de 15 de março de 2010), do Município de Buritama (Dispõem sobre ‘criação de cargos de provimento em comissão’ - Imprescindibilidade da descrição de atribuições para os cargos de assessoramento, chefia e direção – Afronta ao princípio da legalidade – Inconstitucionalidade declarada – Ação julgada procedente”.

5. Agravo regimental DESPROVIDO.” (RE 806.436-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 17/9/2014)

Citem-se, ainda, as seguintes decisões monocráticas: RE 702.202/SC, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, DJe de 11/12/2014; RFE 1.070.805/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 4/11/2019; e RE 1.133.512/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 4/6/2018.

Diante do exposto, com base no art. 21, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º, 3º e 4º da LC 22/2017, do Município de Belmonte/SC, na parte em que estabeleceu o provimento dos cargos de Diretor de Controle Interno e de Controlador Interno por meio de cargo em comissão ou função gratificada.

Publique-se.

Brasília, 8 de junho de 2020.

Ministro Alexandre de Moraes

Relator



A inconstitucionalidade declarada no sobredito julgamento decorreu do fato de inexistir na lei de criação do cargo de Diretor de Controle Interno a descrição das respectivas atribuições, bem como das atribuições previstas na legislação municipal do cargo de Controlador Interno estabelecer o desempenho de funções de natureza técnica, sem necessidade de prévia relação de confiança entre autoridade e servidor porque ausente qualquer atribuição de comando, direção, chefia ou assessoramento.

No caso concreto, sobre o cargo de Controlador Público Interno, ainda que a organização do sistema de controle interno municipal tenha sido criada prevendo um cargo de chefia *preferencialmente* provido por servidor efetivo e um outro auditor efetivo, o responsável apenas proveu um dos cargos e com servidor comissionado para desempenhar todas as tarefas de controle, inclusive as de natureza técnica e burocrática.

A exigência de concurso público para ocupar o cargo de Controlador Interno da Prefeitura tem por finalidade conceder confiabilidade e idoneidade à modalidade de escolha dos servidores públicos, de forma a selecionar, isonomicamente, os melhores candidatos para compor os quadros da Administração Pública, tudo com amparo nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

A observância aos regramentos constitucionais não depende de juízo de oportunidade e conveniência do gestor público, pois sua conduta deve ser lastreada sempre no princípio da legalidade, não havendo espaço para outras opções administrativas no que pertine à ocupação de cargo efetivo de controlador.

É certo que a legislação que cria cargos em comissão para o exercício de atividades meramente burocráticas, técnicas ou operacionais é nula de pleno direito, visto que viola o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Ademais, a estabilidade dos servidores públicos traz, portanto, estabilidade à própria Administração, na medida em que eles dão continuidade aos serviços públicos, nas atividades rotineiras e permanentes, assistindo os governantes provisórios com informações técnicas livres de interesses transitórios e contingentes.

Ressalta-se, por fim, que a presença de servidor efetivo contribui para um melhor controle dos atos administrativos afastando ingerências de terceiros na execução do compromisso constitucional de acompanhar e fiscalizar a aplicação de recursos públicos, bem como

contribui para a preservação de um arquivo histórico, colaborando na construção da memória institucional local.

Portanto, não há possibilidade de criação de cargo comissionado em detrimento da realização de concurso público, cabendo ao gestor observar as normas inscritas na Constituição Federal.

2.2 – Provimento de cargos em comissão sem lei de criação e em número desproporcional ao quantitativo de servidores efetivos

Observa-se que o quantitativo de cargos comissionados no município de Montanha é demasiadamente excessivo, além de terem sido criados sem lei, em afronta à Constituição Federal.

A Administração de Montanha reconheceu que há irregularidade, mas não juntou aos autos nenhuma lei de criação, nem mesmo fez a necessária referência no sistema CidadES Folha, obrigação essa que lhe cabe, conforme previsto no Anexo V da IN TC n. 68/2020.

Dessa forma, está comprovada a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no provimento de cargos em comissão no âmbito da municipalidade.

Conforme constante na ITI 00079/2023-7, *“em consulta ao Painel de Controle deste Tribunal de Contas nota-se que a folha de pagamento abriga 43% de cargos comissionados para o mês de março de 2023 somente na Prefeitura”*. Acrescenta, ainda, que *“chama atenção, inclusive, a declaração do jurisdicionado ao sistema, de que possui 468 postos de trabalho comissionados e 78 vínculos providos, indicando desvirtuamento da política de pessoal local”*.

É importante salientar também que a Manifestação Técnica 00481/2023-5 (evento 20) determinou que o responsável juntasse as leis de criação dos referidos cargos, inclusive com as suas atribuições, havendo respondido que o Município havia firmado um TAC – Termo de Ajuste de Conduta com o representante do Ministério Público da Comarca e que estava em vias de regularizar os planos de cargos e salários, através de concurso público, inclusive de controlador interno; entretanto, não fez juntada também do referido Termo para fins de comprovação.



Ressalta-se que a contratação de servidores para ocupação de cargos comissionados criados sem lei é absolutamente irregular.

A criação e as atribuições de um cargo somente podem ser definidos por lei em sentido estrito.

Inclusive a legislação deve demonstrar que as atribuições dos cargos comissionados se harmonizam com os princípios da livre nomeação e exoneração, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.555².

Com efeito, a Constituição Federal (art. 37, inciso V) e a Constituição Estadual (art. 32, inciso V) ao estabelecerem que os cargos em comissão somente poderiam ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, vinculou o legislador infraconstitucional, que não conta com a faculdade de criá-los com atribuições da sua conveniência, as quais, impreterivelmente, devem estar previstas e especificadas em lei formal.

Na espécie, verifica-se um número excessivo de servidores comissionados na prefeitura, 357 (informações do cidadES), distorcendo a regra da exigibilidade do concurso público, bem como aos princípios da proporcionalidade e moralidade administrativa.

Salienta-se que esse quantitativo é indício suficiente de que existem servidores comissionados exercendo funções estranhas às de direção, chefia e assessoramento, no âmbito da administração direta do poder executivo municipal.

Recentemente, o STF formou maioria para considerar inconstitucional a lei que criou excessivo quantitativo de cargos em comissão no Ministério Público do Espírito Santo, visto que se verificou desproporcionalidade entre os quadros de servidores comissionados e efetivos (ADI 5934)³:

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Nunes Marques, que julgava procedente o pedido, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 18 da Lei n. 9.496/2010, com as alterações introduzidas pelo art. 12 da Lei n. 11.023/2019, todas do Estado do Espírito Santo, determinando seja observada a proporção de 70% (setenta por cento) dos cargos de provimento efetivo para 30% (trinta por cento) de cargos em comissão providos, proponho, ainda, a modulação dos efeitos para que a decisão tenha eficácia após decorrido o prazo de dezoito meses a contar da publicação do acórdão; e do voto do Ministro Gilmar Mendes, que

² <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355914859&ext=.pdf>

³ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5441232>



acompanhava o Ministro Edson Fachin (Relator), pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Plenário, Sessão Virtual de 26.5.2023 a 2.6.2023.

Trechos do voto do relator

[...]

No caso concreto, mesmo antes da superveniência da Lei 11.023/2019 já era possível vislumbrar certa desproporcionalidade entre cargos efetivos e em comissão, uma vez que à luz da legislação originalmente impugnada havia 497 (quatrocentos e noventa e sete) cargos efetivos, e, em contrapartida, 206 (duzentos e seis) cargos comissionados, o que ultrapassa 40% do total de cargos efetivos, situação que se agravou com a edição da Lei 11.023/2019, haja vista que o quantitativo de cargos em comissão (512) praticamente se equiparou ao de cargos efetivos (517), o que evidencia, claramente, a burla à exigência constitucional de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos – que deve ser a regra, sendo a nomeação para cargo em comissão a exceção -, o que malfez, por conseguinte, os princípios da Administração Pública, entre eles o da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

Clara, também, a inobservância do requisito estabelecido no julgamento do referido tema 1010 da repercussão geral que impõe, para a regularidade da criação de cargos em comissão, dentre outras condições, a proporcionalidade entre o número de cargos comissionados criados e o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar.

[...]

Para se ter uma ideia da falta de proporcionalidade entre cargos em comissão e os de provimento efetivo no caso sob exame, basta acessar o sítio eletrônico desta Corte, na aba atinente à transparência e prestação de contas, para se constatar que, no âmbito deste Supremo Tribunal, há 1.084 (hum mil e oitenta e quatro) cargos efetivos providos e 244 (duzentos e quarenta e quatro) cargos em comissão, dos quais apenas 46 (quarenta e seis) estão ocupados por servidores que não possuem vínculo com a Administração Pública.

[...]

É certo que não há quantitativo ou percentual definido na própria Constituição ou sequer na legislação federal acerca da proporção constitucional dos cargos em comissão. São os parâmetros jurisprudenciais que servem de orientação.

[...]

Como se vê, ainda que a proporcionalidade careça de parâmetro quantitativo definido, o que deve orientar a interpretação é o caráter excepcional que o regime constitucional impõe aos cargos em comissão. Até por definição semântica, exceção denota uma situação extraordinária.

Por todo o exposto, à luz do entendimento deste Tribunal no sentido de que o número de cargos comissionados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos concluo que a legislação ora impugnada viola o art. 37, II e V, bem como o princípio da proporcionalidade razão pela qual conheço parcialmente da ação direta para julgá-la parcialmente procedente e declarar a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 9.496, de 21 de julho de 2010, com as alterações introduzidas pelos art. 12 Lei 11.023, 30 de julho de 2019, todas do Estado do Espírito Santo.

Tendo em vista a necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ora proclamada, proponho à Corte que esta decisão tenha eficácia após decorrido o prazo de doze meses a contar da publicação do acórdão, prazo que entendo suficiente e necessário para que o MPES adote as medidas cabíveis à adaptação do seu quadro de cargos às disposições constitucionais que regem o acesso aos cargos públicos.

[...]



Constata-se, portanto, desproporcional no quantitativo de cargos em comissão e ausência de lei para sua criação, em afronta literal ao art. 37, *caput*, incisos II e V, da Constituição Federal, o que consubstancia grave violação à norma passível de multa pecuniária, nos termos do art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012.

3 – CONCLUSÃO

Ante o exposto, pugna o **Ministério Público de Contas**:

3.1 – pelo conhecimento da representação, nos termos dos arts. 94, 99, §§ 1º, inciso II, 2º, da LC n. 621/2012;

3.2 – preliminarmente, pela instauração de **incidente de inconstitucionalidade** para negar exequibilidade ao art. 8º da Lei Municipal n. 796/2012 no caso concreto;

3.3 – no mérito, conforme art. 95, inciso II, da LC n. 621/2012, pela **procedência parcial** da representação para condenar **André dos Santos Sampaio**, tendo em vista o cometimento das infrações fixadas nos itens 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4 da ITI 0193/2022-1, ao pagamento de multa individual, na forma do art. 135, inciso II, do indigitado estatuto legal;

3.4 – nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso XVI, da LC n. 621/2012, seja assinalado prazo ao Chefe do Executivo Municipal para sanar a desproporcionalidade no provimentos dos cargos em comissão, devendo comprovar perante essa egrégia Corte de Contas as medidas adotadas.

Vitória, 6 de novembro de 2023.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC-00675/2023-1

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso II, da Lei Complementar n. 451/2008 e nos arts. arts. 94, e 101, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar n. 621/2012, pugna pelo acolhimento, *in totum*, da manifestação da Unidade Técnica, de forma a dar prosseguimento ao julgamento do feito, sem prejuízo da expedição da determinação contida à fl. 8 da Manifestação Técnica 02164/2024-5 (evento 150), aproveitando-se, desta oportunidade, para reiterar todos os pedidos requeridos no Parecer 05132/2023-2 (evento 77), aos quais se acresce o seguinte pleito de expedição de determinação ao atual gestor, na forma do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso XVI, da LC n. 621/2012, para adoção de medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no prazo a ser fixado por este egrégio Tribunal de Contas:

- a) para a extinção de cargos em comissão sem qualquer atividade de chefia, direção e assessoramento (fls. 3/4, MT 02164/2024-5);
- b) para a exoneração de servidores nomeados para cargos em comissão para os quais não foi apresentada a comprovação de existência de lei de criação (fl. 4, MT 02164/2024-5);
- c) que faça constar na lei de criação as atribuições dos cargos listados às fls. 4/5 da MT 02164/2024-5 devendo-se promover a extinção ou a transformação em caráter de provimento efetivo daqueles que prevejam o desempenho de atividades meramente burocráticas, consoante Tema 1010 de Repercussão Geral da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

d) para a rescisão dos contratos de trabalho temporário mantidos sem o preenchimento dos pressupostos constitucionais pertinentes (fl. 6, MT 02164/2024-5).

Vitória, 9 de julho de 2024.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS