Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Excelso Supremo Tribunal Federal

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público da União e dos Estados – ANSEMP
Requeridos: Governador do Estado do Sergipe e Assembleia Legislativa do Estado do Sergipe

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ANSEMP, Entidade Nacional representativa dos Servidores do Ministério Público da União e dos Estados, inscrita no CNPJ sob o nº 07.953.307.0001-56, com sede na SCS, Quadra 01, Bloco K, Edifício Denasa, 9º andar, sala 901, Brasília DF - CEP 70398-900: presidencia@ansemp.org.br, vem, por conduto de sua Assessoria Jurídica (termo de procuração *ad judicia* anexo, e endereço eletrônico do Advogado: advmarcioarc@yahoo.com.br), propor, como de fato propõe a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, com esteio nos **artigos 103, inciso IX, art. 37, *caput* (princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência), incisos II e V da Constituição Federal e na Lei nº 9.868/99**, **contra** a Lei Estadual Sergipana nº 8.531, de 22 de maio de 2019 (DOE 23/05/2019), tendo em vista a existência de manifestas ofensas ao texto da Constituição Federal, como consta a seguir:

1. PRELIMINARMENTE:

1.1. DO OBJETO DA AÇÃO:

Em atenção ao que determina o art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.868/1999, a Entidade Autora apresenta como normativo questionado a Lei Sergipana nº 8.531 de 22 de maio de 2019 (DOE 23/05/2019), cujo texto integral publicado na imprensa oficial costa de documento anexo.

Rua Beni Carvalho, nº 159, Aldeota, Fortaleza, Ceará, CEP 60135-400
Fones: (85) 3224.3591 e 32241945.
Endereço Eletrônico: advmarcioarc@yahoo.com.br

Tem-se por satisfeita a hipótese do **art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal**, porquanto a legislação estadual foi elaborada em desacordo com a Lei Fundamental, **em especial** com os dispositivos contidos nos **artigos 5° (princípio da igualdade), *caput* e 37, *caput*, inciso II (obrigatoriedade do concurso público) e inciso V (hipóteses constitucionais para criação de cargos de provimento em comissão), além do princípio da proporcionalidade, todos da Constituição Federal.**

1.2. DA LEGITIMIDADE ATIVA E DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA:

A ANSEMP constitui-se entidade de classe de âmbito nacional criada com o fim de representar e defender os interesses dos servidores de todos os ramos do Ministério Público da União e dos Estados.

Seu caráter nacional resta patente em razão de sua atuação em mais de 09 (nove)[1] Estados da Federação, sendo que sua Diretoria e Conselho Fiscal possuem representantes dos estados de Amazonas, Ceará, Goiás, Maranhão, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, Santa Catarina, Sergipe, Bahia e Tocantins, totalizando 15 Estados, conforme comprova documentação anexa (Termo de Posse).

Também inconteste a existência de pertinência temática, porquanto a atuação da ANSEMP no caso em espécie **visa afastar extinção de cargos efetivos e a criação de cargos em comissão em desconformidade com as normas constitucionais** e que vão de encontro aos interesses de seus filiados, no âmbito do Ministério Público do Estado de Sergipe (MPSE), como consta do Estatuto Social da Entidade:

> "Art. 2° – São finalidades da ANSEMP:
> (...)
> XIII – Promover a defesa do concurso público como regra de ingresso nos quadros da Instituição, adotando qualquer meio legítimo, inclusive de controle de constitucionalidade, para promover o combate às formas de precarização das relações de trabalho, a exemplo de:
> a) – trabalho voluntário;

[1] "Carece de legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade, a entidade de classe que, embora de âmbito estatutário nacional, não tenha representação em, pelo menos, nove Estados da federação, nem represente toda a categorial profissional, cujos interesses pretenda tutelar." (ADI 3.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 25-5-2011, Plenário, DJE de 1°-7-2011.) No mesmo sentido: ADI 4.230-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1°-8-2011, Plenário, DJE de 14-9-2011.

> b) criação de cargos em comissão fora das hipóteses previstas constitucionalmente ou em número não condizente com o quantitativo de cargos efetivos;
> c) redução do percentual de cargos em comissão destinado aos servidores efetivos;
> d) estágios remunerados ou não;
> e) qualquer forma de precarização do trabalho ou burla ao princípio público.
> XIII – Zelar pela observância dos princípios da Administração Pública, notadamente os da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência, transparência, na gestão do Ministério Público, com o sem repercussão financeira e orçamentária".

A criação de cargos comissionados em desacordo com a norma constitucional malfere os interesses dos servidores efetivos do Ministério Público, ao passo em que desprestigia os trabalhadores que ingressaram no serviço público através de concurso público, de forma impessoal, para dar ênfase a pessoalidade e desigualdade dentre aqueles que pretendem ingressar no serviço público através de critérios de livre nomeação.

Existe um movimento nacional de criação exacerbada de cargos de provimento em comissão no âmbito do Ministério Público dos Estados, como noticiou o jornal Estadão em matéria do dia 12/08/2019[2]. Tal estratégia de precarização das relações de trabalho dentro da Instituição estar a exigir da ANSEMP a adoção das medidas judiciais cabíveis na defesa do concurso público e da criação de cargos em comissão somente em circunstâncias excepcionais.

Presentes, portanto, os requisitos que legitimam a atuação da ANSEMP na formulação de ações de controle concentrado de constitucionalidade, bem como a existência de pertinência temática.

2. SÍNTESE FÁTICA:

Foram criados no âmbito do Ministério Público do Estado de Sergipe (MPSE), **25** (vinte e cinco) cargos de provimento em comissão de Assessor Operacional Funcional e Assessor Operacional, mediante a extinção de cargos 53 (cinquenta e três) cargos de provimento efetivo, conforme segue listado:

[2] Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-publico-lidera-criacao-de-cargos-nos-estados,70002964024>. Acesso em 14. De agosto de 2019.

ANEXO I

Quadro demonstrativo de cargos VAGOS de provimento efetivo dos Serviços Auxiliares do Ministério Público de Sergipe EXTINTOS, a partir da vigência desta Lei

DENOMINAÇÃO DO CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO	GRUPOS OCUPACIONAIS		REFERÊNCIA	VAGAS	VENCIMENTO INICIAL	
	NÍVEL	SÍMBOLO		EXTINTAS	30 HORAS	40 HORAS
Analista do Ministério Público – Direito	Superior	NS-1	1 a 15	18	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Administração	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Economia	Superior	NS-1	1 a 15	03	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Biblioteconomia	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Enfermagem	Superior	NS-1	1 a 15	02	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Medicina: Medicina do Trabalho	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Medicina: Perícia Médica	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Psicologia	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Fisioterapia	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Odontologia	Superior	NS-1	1 a 15	02	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Comunicação Social: Jornalismo	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Analista do Ministério Público – Design: Design Gráfico	Superior	NS-1	1 a 15	01	R$ 2.291,07	R$ 4.353,02
Técnico do Ministério Público – Especialidade Técnico em Enfermagem	Médio	NM-1	1 a 15	01	R$ 1.185,44	R$ 2.252,35
Técnico do Ministério Público – Especialidade Técnico em Higiene Dental	Médio	NM-1	1 a 15	02	R$ 1.185,44	R$ 2.252,35
Técnico do Ministério Público – Area Administrativa	Médio	NM-1	1 a 15	17	R$ 1.185,44	R$ 2.252,35
TOTAL DE CARGOS VAGOS EXTINTOS 53						

Com a edição da lei impugnada o quantitativo de cargos em **comissão no MPSE salta de 200** (duzentos) **para 225** (duzentos e vinte e cinco), quanto que os de **provimento efetivo caem de 505** (quinhentos e cinco) **para 452** (quatrocentos e cinquenta e dois), como consta do Anexo VII da lei combatida, de modo que os **cargos de livre nomeação no MP Sergipano correspondem a 49,77%** (quarenta e nove vírgula setenta e sete por centos) **dos cargos efetivos, o que viola o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.**

Também deve registrar que o edito normativo ora vergastado procede com a criação e transformação de vários cargos em comissão sem estabelecer as respectivas atribuições. Com efeito, **as atribuições dos cargos em comissão no âmbito do MPSE restam fixadas por ato regulamentar e não por lei em sentido formal e material, o que viola a jurisprudência consolidada desta Suprema Corte.**

Eis o que há de necessário relatar, tendo em vista a compreensão do feito.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA:

3.1. Da Violação da Regra do Concurso Público (art. 37, II) e dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, *caput*).

Não há como elidir que a realidade ora descrita nesta ação de controle concentrado colide frontalmente como o disposto no **art. 37, inciso II, da Constituição Federal**, que estabelece como regra o concurso público para provimento de cargos e

empregos públicos, **sendo absolutamente excepcional a livre designação típica dos cargos em comissão.**

Tal regra – do concurso público, assim como a da licitação – **tem o desiderato de realizar em termos concretos os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da absoluta separação entre o público e o privado, desdobramento da adoção da forma republicana de governo.** Sendo regra, não pode ser excepcionalizada, ressalvadas as hipóteses constitucionais, sem que haja inconteste e intransponível violação dos bens, valores e princípios que a Constituição Federal quis tutelar.

Assim sendo, certo é que as normas constitucionais que excepcionalizam a regra do concurso público devem ser objeto de interpretação restritiva, de modo a primar pelo disposto no art. 37, II, da CF, conforme a jurisprudência mansa e pacífica deste Colendo Supremo Tribunal Federal:

> "Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da CF. (...) Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. **Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, II e IX, da CF. Descumprimento dos requisitos constitucionais. (...) Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.** (...)"[RE 658.026, rel. Min. Dias Toffoli, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, com repercussão geral.] Vide ADI 2.229, rel. min. Carlos Velloso, j. 9-6-2004, P, DJ de 25-6-2004, sendo nossos os destaques)

> "O Supremo Tribunal Federal firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da CF rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. **Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público** (cf. ADI 2.689, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, j. 9-10-2003; ADI 1.350-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 27-9-1995; ADI 980-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 3-2-1994); ADI 951, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 18-11-2004), **até mesmo restringindo possíveis ampliações indevidas**

> **de exceções contidas na própria Constituição**, a exemplo do disposto no art. 19 do ADCT (cf. ADI 1.808-MC, rel. min. **Sydney Sanches**, Pleno, j. 1º-2-1999). O rigor na interpretação desse dispositivo constitucional impede inclusive formas de provimento derivado de cargo público, por ascensão interna. [**ADI 3.434 MC**, voto do rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 23-8-2006, P, *DJ* de 28-9-2007.] = **RE 635.206 AgR-AgR-AgR**, rel. min. **Roberto Barroso**, j. 17-2-2017, 1ª T, *DJE* de 17-3-2017. **Vide ADI 336**, rel. min. **Eros Grau**, j. 10-2-2010, P, *DJE* de 17-9-2010" (Original sem destaques)

> "O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como **paradigma de legitimação ético-jurídica** da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso **público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros**. [**ADI 2.364 MC, rel. Min. Celso de Mello**, j. 1º-8-2001, P, DJ de 14-12-2001.] = ADI 2.113, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-3-2009, P, DJE de 21-8-2009" (Original sem destaques)

Também a doutrina ressalta o concurso público como regra para admissão de servidores e empregados públicos, valendo citar o magistério do *expert* no tema Fabrício MOTTA[3]:

> "Por último, é relevante notar que os institutos versados consubstanciam exceções à regra do concurso público, e como tais devem ser interpretados. O desempenho impessoal das atividades públicas e a continuidade delas independem de mudanças dos governos. **Tudo isso somente pode ser garantido com a predominância dos cargos efetivos, que constituem a base maior do pessoal no serviço público.**"

[3] MOTTA, Fabrício *in* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição de 1988** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, p. 18.

A realidade existente no âmbito do MPSE demonstra que a admissão sem concurso público está sendo transformada em regra naquele *Parquet E*stadual, em situação de manifesta violação aos princípios republicanos da moralidade, impessoalidade e eficiência. Com efeito, **a extinção de cargos efetivos para a criação de cargos em comissão traduzem uma inequívoca inversão de valores incompatível com a forma republicana de governo.**

Não custa lembrar, ainda, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem garante, em seu art. 21, II, que "**Todo o homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país**", afinal "todos são iguais perante a lei" (artigo 5°, *caput*, da CF/88).

Resta patente e inconteste, portanto, que a situação posta viola a Constituição Federal em seus **artigos 5°, *caput*, 37, *caput* (princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência) e inciso II (regra do concurso público)**, bem como ao princípio da proporcionalidade, devendo ser expurgada da ordem jurídica os dispositivos legais que ensejam tal situação de inconstitucionalidade.

3.2. Da Ausência de Descrição das Atribuições dos Cargos:

Conforme jurisprudência pacífica desta Suprema Corte, a lei que cria ou transforma cargos de provimento em comissão deve, obrigatoriamente, conter no corpo de seu texto os requisitos de investidura, as atribuições dos cargos e a respectiva remuneração, sob pena de inconstitucionalidade. A respeito, segue julgado recente em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida:

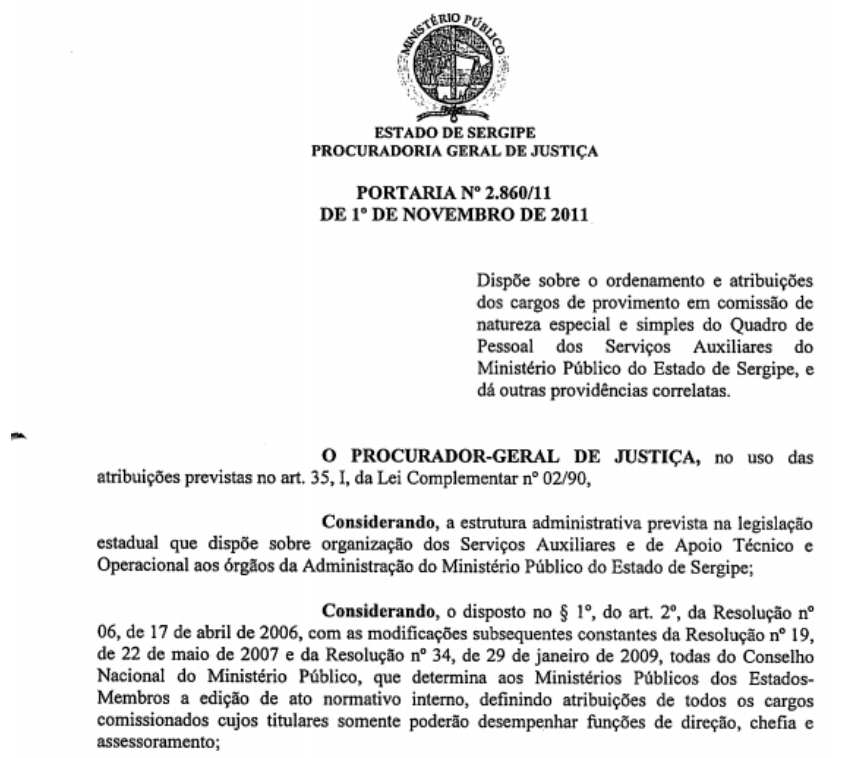
> "**Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.**" Destaques no original)
> "1. A criação 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.**" (Destaques nossos)
"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.
RE 1041210, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2018, sendo nossos os destaques)

Tal julgado constitui reprodução da jurisprudência pacificada desta Suprema Corte, senão vejamos:

"Ementa: 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.
(...)
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 806436 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014)

Analisando detidamente todo o inteiro teor da norma impugnada, não resta verificada a presença de descrição das atribuições dos cargos de provimento em comissão por ela criados. Tais atribuições foram estabelecidas por ato regulamentar do PGJ-SE, como se depreende da Portaria n°. 2860/2011, cuja ementa segue reproduzida:



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

PORTARIA Nº 2.860/11
DE 1º DE NOVEMBRO DE 2011

Dispõe sobre o ordenamento e atribuições dos cargos de provimento em comissão de natureza especial e simples do Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Sergipe, e dá outras providências correlatas.

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso das atribuições previstas no art. 35, I, da Lei Complementar nº 02/90,

Considerando, a estrutura administrativa prevista na legislação estadual que dispõe sobre organização dos Serviços Auxiliares e de Apoio Técnico e Operacional aos órgãos da Administração do Ministério Público do Estado de Sergipe;

Considerando, o disposto no § 1º, do art. 2º, da Resolução nº 06, de 17 de abril de 2006, com as modificações subsequentes constantes da Resolução nº 19, de 22 de maio de 2007 e da Resolução nº 34, de 29 de janeiro de 2009, todas do Conselho Nacional do Ministério Público, que determina aos Ministérios Públicos dos Estados-Membros a edição de ato normativo interno, definindo atribuições de todos os cargos comissionados cujos titulares somente poderão desempenhar funções de direção, chefia e assessoramento;

É pacifica a jurisprudência desta Corte Constitucional que a fixação de atribuições dos cargos em comissão por ato regulamentar constitui inconstitucionalidade, senão vejamos:

> EMENTA: **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO "CARGOS EM COMISSÃO"** CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5°, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5° E DO CAPUT DO ART. 6°; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES "ATRIBUIÇÕES", "DENOMINAÇÕES" E "ESPECIFICAÇÕES" DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8° DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. **DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.**
> 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5° da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes.

2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas.
3. **O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.**
5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes.
7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre "as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado", é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei.
8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5°, caput, e parágrafo único; art. 6°; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões "atribuições", "denominações" e "especificações" de cargos contidas no art. 8° da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocantinense n. 1.950. (**ADI 4125, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010,** sendo nossos os destaques)

Certo é que o estabelecimento de atribuições por ato regulamentar tem o efeito de conferir ao administrador público ampla margem de manobra quanto as atividades a serem desempenhadas por servidores comissionados, **o que não coaduna com a exigência constitucional de lei para a criação de cargos de provimento em comissão.** Também por este aspecto há violação do art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

3.3. Da Inocorrência das Hipóteses Constitucionais para Criação de Cargos Comissionados:

O certo é que a Constituição Federal somente admitiu a livre nomeação em detrimento do concurso público nas hipóteses de atividades de chefia, direção e assessoramento, conforme art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

A doutrina administrativa-constitucional de escol é **unânime** ao condenar a atuação do legislador infraconstitucional no sentido de criar cargos em comissão para o desempenho de atividades rotineiras, técnicas, burocráticas, que não pressupõe um vínculo de confiança. São essas as lições de Adilson de Abreu DALLARI[4], citando Márcio Cammarosano:

> "Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiando seu exercício a esta ou àquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, **como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.**" (Destacamos)

Em igual sentido caminha Marçal Justem FILHO[5]:

> "Em primeiro lugar, a Constituição não atribui à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão quando bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados 'apenas

[4] DALLARI, Adilson de Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos** – 2. ed - São Paulo: RT, 1992. p.41
[5] JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005. p.593

> às atribuições de direção, chefia e assessoramento'. Logo, é inconstitucional criar cargo em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas, tal como infringe à Constituição dar ao ocupante do cargo em comissão atribuições diversas."

Também merecem observação as lições do doutrinador e hoje Ministro desta Excelsa Corte Suprema, Alexandre de MORAES[6]:

> "Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as funções de confiança e os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público, **pois a exigência constitucional de prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e 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 se caracteriza"**. (Destacamos)

Sobre a o tema, trazemos à baila também os escólios do Procurador de Justiça aposentado e eminente administrativista José dos Santos CARVALHO FILHO[7]:

> "É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. **Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF).**[82] (...)
> No que se refere aos cargos em comissão, impõe-se observar – já antecipamos – que, de acordo com o art. 37, II, da CF,suas funções limitam-se às de chefia, direção e assessoramento, funções essas que, em virtude de especificidades funcionais,ostentam certo destaque nos quadros de

[6] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004. P. 851

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 31. ed. – rev., atual. e ampl. – Rio de janeiro: Atlas, 2017, p. 407-409. Nossos os destaques.

> servidores. **Assim, a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanentes ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional.**[93](...)
> Não obstante, **afigura-se flagrantemente inconstitucional a criação de cargos em comissão em número excessivo e desproporcional ao quantitativo dos cargos efetivos, fato que denuncia claramente o propósito de favorecimento de alguns poucos apaniguados, frequentemente por interesses políticos.** [99] Da mesma forma, é inconstitucional a lei que cria cargos em comissão com atribuições incompatíveis com o regime de livre nomeação e exoneração, isto é, funções que não sejam de direção, chefia ou assessoramento. Revela-se ainda ilegítima a transformação de cargos na qual se permita reenquadramento indiscriminado dos servidores, *sem critério de adequação* relativamente aos requisitos (natureza de funções, escolaridade etc.) do cargo novo e do cargo transformado, ensejando privilégios por via oblíqua. **Em todos esses casos, é notória a intenção de fraudar os princípios do concurso público, da moralidade e da impessoalidade, a fim de beneficiar indevidamente alguns privilegiados em detrimento dos desapadrinhados, numa inaceitável persistência da cultura da imoralidade.”** (Destacamos)

Também sobre a matéria temos o clássico magistério de Hely Lopes MEIRELLES e José Emmanuel BURLE FILHO[8]:

> “Neste campo, o legislador deve ter presente, sempre, advertência e alerta do STF no sentido de que **“a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso** (...)” (Destacamos)

Também segue doutrina de Diógenes Gasparini[9]:

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. e BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro** – 42. ed., atual. até a EC 90, de 15.9.2015 – Rio de Janeiro: Malheiros, 2016, p. 526.

[9] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo** – 9. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 257.

> **Mas, por certo, não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou alguma particularidade entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação. Por esses motivos são em menor número.** (Destacamos)

A jurisprudência desta Suprema Corte condena, categoricamente, as hipóteses de criação de cargos em comissão fora das hipóteses constitucionais, exigindo que sejam bem definidas as atribuições de modo a deixar evidente o caráter de chefia, direção e assessoramento:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. **CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA.** INCONSTITUCIONALIDADE.
> 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada.
> **2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos,** com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.
> **3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.**
> 4. Ação que se julga procedente." (ADI 4261, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, sendo nossos os destaques)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS MUNICIPAIS QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM CARÁTER DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3°, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULAS N. 279 E 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
(...)
3. "É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico" (ADI 3.602, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 7.6.11). No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.3.2012 e ADI 3.233, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2007.
(...)
5. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressões e dispositivos das Leis Municipais n° 14.375, de 27 de dezembro de 2007 e n°s 14.840, 14.841, 14.842, 14.843, 14.845m, de 18 dezembro de 2008, e seus anexos, que tratam da criação de cargos em comissão de assessoria na Prefeitura Municipal de São Carlos e em sua Administração Indireta, como fundações, PROHAB e Serviço Autônomo de Água e Esgoto – **Atribuições que não exigem necessidade de vínculo especial de confiança e lealdade, a justificar a criação de cargo em comissão – Funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, típicas de cargos de provimento efetivo, a ser preenchido por servidor concursado** – Violação dos arts. 111, 115, II e V, e 144 da CE – Procedência da ação.'
6. Agravo regimental a que se nega provimento. "
(RE 693714 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, sendo nossos os destaques)

"EMENTA: 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 n° 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 3706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, sendo nossos os destaques)
> EMENTA: CONSTITUCIONAL. **LEIS DO ESTADO DO PARANÁ. CRIAM CARGOS EM COMISSÃO DE ASSISTENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA QUE EXERCERIAM ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DE CARGO DE CARREIRA** - DELEGADO -, DE PROVIMENTO EFETIVO, NA ESTRUTURA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, CUJA INVESTIDURA REQUER A APROVAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. **VIOLAÇÃO AO ART. 37, II DA C.F.** LEIS DE 1994. AUSENTE UM DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMIAR. PORÉM, AS RAZÕES DE CONVENIÊNCIA E A PLAUSIBILIDADE JURÍDICA, APESAR DO TEMPO DECORRIDO, JUSTIFICAM SEJA A MESMA CONCEDIDA PARA A PRESERVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA LOCAL. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA. (ADI 2427 MC, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2001, sendo os destaque nossos)

Em recente decisão, ao julgar a Petição nº 4656, sob a relatoria da e. Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha, este Supremo Tribunal Federal entendeu como inconstitucional o art. 5º, da Lei nº 8.227/07, do Estado da Paraíba, que criou **100 cargos de assistente de administração, com atribuições administrativas genéricas, sem concurso público**, no Tribunal de Justiça da Paraíba[10]:

> "No caso em pauta, além dos indícios apontados pelo CNJ, de cometimento de fraude ao que decidido pelo STF na ADI 3.233, a leitura das atribuições conferidas aos cargos para os quais se deram as nomeações evidencia burla ao comando constitucional previsto no inciso V do artigo 37 da Constituição, que determina que as funções de confiança e os cargos em comissão no serviço público destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento", esclareceu.
>
> Segundo explicou a ministra, o dispositivo legal em questão "não explicita as atividades a serem desenvolvidas pelos nomeados para o cargo em comissão de assistente de administração, **limitando-se a atribuir aos cargos o desempenho de "atividades administrativas genéricas"**, expressão de conceito jurídico indeterminado, que legitimou a conclusão do CNJ no sentido de que os comissionados não passariam de "**assistentes para múltiplas**

[10] Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-28/cargos-comissionados-servem-apenas-atividades-chefia> e <https://jota.info/justica/e-valido-ato-cnj-que-anulou-nomeacoes-de-comissionados-19122016> . Acesso em 20. mar. 2018.

> **funções comandadas para a execução de operações materiais e burocráticas".**

A falta do estabelecimento de atribuições dos cargos em comissão na própria lei que os cria agrava a situação de inconstitucionalidade, porquanto compromete que haja um efetivo controle se os cargos criados compreendem o desempenho de atividades próprias e compatíveis com os conceitos de chefiam direção e assessoramento.

Patente que o legislador infraconstitucional não se desincumbiu do dever de demonstrar o caráter excepcional da criação dos cargos de provimento em comissão, **não evidenciando tratar-se de atividades de direção, assessoramento e chefia, tampouco apresentou elementos acerca do especial vínculo de confiança.**

A respeito importa transcrever excertos dos fundamentos adotados pela Procuradoria-Geral da República na inicial da ADIn nº 5.555, contra a criação de 8.000 cargos no Estado de Goiás[11], senão vejamos:

> Para justificar a criação de cargos em comissão como exceção à regra ao concurso público, é necessário a legislação demonstrar que as atribuições deles se harmonizam com a regra da livre nomeação e exoneração e com a destinação constitucional desses postos. Somente a nomenclatura do cargo não é suficiente para esse fim; apenas a definição legal de atribuições e responsabilidades do cargo é apta a comprovar se ele é mesmo jurídica e administrativamente apropriado para provimento em comissão.
>
> (...)
>
> Não basta que a denominação conferida a um cargo seja de "assessor". Como observa a representação originadora desta ação, o rótulo é irrelevante, porquanto o conjunto de funções que substanciam as atividades desempenhadas pelos servidores comissionados é que dirá se as atribuições são próprias de direção, chefia ou assessoramento.

[11] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5011640>. Acesso em 03. ago. 2017

3.4. Da Violação do Princípio da Proporcionalidade entre o número de servidores efetivos em relação aos servidores comissionados:

Em acréscimo à inconstitucionalidade do normativo combatido quanto no que tange a inexistência das hipóteses que justificam a criação dos cargos de provimento em comissão, outra inconstitucionalidade salta aos olhos. Conforme dito alhures, os cargos de provimento em comissão correspondem a 49,77% (quarenta e nove vírgula setenta e sete por centos) dos cargos efetivos providos no âmbito do MPSE, **o que afasta a existência de proporcionalidade na espécie.**

A criação indiscriminada de cargos comissionados no Estado Brasileiro é resquício do Estado patrimonialista, onde a possibilidade de nomear pessoas sem merecimento para o serviço público era forma de demonstração de poder, em notável desprestígio ao interesse público. A título demonstrativo, são de fácil consulta números que demonstram existir, atualmente, cerca de 20.000 cargos em comissão na Administração Pública Federal, ante cerca de 8.000 nos EUA (país com mais de 300 milhões de habitantes), 800 no Chile, 700 na Holanda, 500 na Inglaterra e somente 300 na França e Alemanha.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não podem ser considerados mero exercício de retórica, pelo contrário, decorrem do **princípio do devido processo legal sob a perspectiva material (art. 5°, LIV)**, conforme esclarece o eminente Min. de Gilmar Ferreira Mendes, ao julgar os Recursos Extraordinários n° 349.703/RS e 466.343/SP, declarando inconstitucional a prisão civil do depositário infiel, em razão da desproporcionalidade da lei:

> Como é sabido, a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), **que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação dos meios aos fins. (...)**
>
> **Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.**

A jurisprudência deste Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) é firme no sentido de reconhecer como inconstitucional a **existência de cargos em comissão em desproporção ao número de cargos de servidores concursados,** senão vejamos:

> EMENTA: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. **INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO.** I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. **II - Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido.**
> **(RE 365368 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007,** destaques nossos)

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO "CARGOS EM COMISSÃO" CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5°, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5° E DO CAPUT DO ART. 6°; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES "ATRIBUIÇÕES", "DENOMINAÇÕES" E "ESPECIFICAÇÕES" DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8° DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
> 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5° da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes.
> 2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas.
> 3. **O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.** 4. **A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da**

> **impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.**
> 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes.
> 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre "as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado", é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei.
> 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5°, caput, e parágrafo único; art. 6°; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões "atribuições", "denominações" e "especificações" de cargos contidas no art. 8° da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocantinense n. 1.950. (**ADI 4125, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010**, sendo nossos os destaques)

O caso em mesa se assemelha muito ao do julgado transcrito, não só quanto aos fundamentos jurídicos, mas, sobretudo, no que tange às circunstâncias de criação de cargos em comissão em comparação com o quadro efetivo de servidores. Para ilustrar, transcrevemos excertos do voto da Ministra Cármen Lúcia:

Na "*planilha referente ao quadro de vacância de cargos efetivos*" elaborado pela Secretaria da Administração (Ofício n. 1323/SECAD-GASEC encaminhado ao Procurador-Geral do Estado do Tocantins em 19.7.2007, fl. 76), há notícia de que dos 65.024 cargos de provimento efetivo existentes no Estado do Tocantins apenas 29.944 estavam preenchidos (ocupados) e 35.080 estavam vagos em 2007 (fl. 110).

O cotejo numérico entre os cargos efetivos existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense (65.024), os cargos vagos nesse Estado - leia-se, a serem preenchidos por concurso público (35.080) - e a quantidade de cargos de natureza especial e em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 revela uma situação curiosa. É que o número de cargos efetivos vagos aproxima-se do número de cargos de provimento em comissão criados. E, ainda, o número de cargos em comissão inicialmente criados (35.419) é maior do que o total de cargos efetivos preenchidos no Estado (29.944), o que poderia levar à constatação absurda de que para cada subordinado há, pelo menos, um "*chefe, assessor ou diretor*", ocupante de cargo comissionado. Isso sem contar que parte desses cargos em comissão deve ser ocupada por servidores efetivos, como determina o inc. V do art. 37 da Constituição da República.

Ainda que o total de cargos de natureza especial ou em comissão tenha sido reduzido para 28.177 (Leis n. 2.145/2009 e 2.232/2009) e que constem dos autos notícias de concursos públicos realizados em data posterior ao ajuizamento desta ação (fls. 971-1023/1025-1033/1035-1057/1736-1782), permanece o desequilíbrio entre os cargos efetivos e os em comissão da "*estrutura básica do Poder Executivo*" do Estado do Tocantins.

subordinado há, pelo menos, um "*chefe, assessor ou diretor*", ocupante de cargo comissionado. Isso sem contar que parte desses cargos em comissão deve ser ocupada por servidores efetivos, como determina o inc. V do art. 37 da Constituição da República.

Ainda que o total de cargos de natureza especial ou em comissão tenha sido reduzido para 28.177 (Leis n. 2.145/2009 e 2.232/2009) e que constem dos autos notícias de concursos públicos realizados em data posterior ao ajuizamento desta ação (fls. 971-1023/1025-1033/1035-1057/1736-1782), permanece o desequilíbrio entre os cargos efetivos e os em comissão da "*estrutura básica do Poder Executivo*" do Estado do Tocantins.

17. Como sabido, a obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é um instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, que garante aos cidadãos o acesso aos cargos públicos, em condições de igualdade. Na espécie vertente, a exceção transformou-se em regra.

A conduta do P*arquet* Sergipano não se coaduna, *data maxima venia*, com a política de combate institucional à criação desmesurada de cargos de provimento em comissão adotada pela Procuradoria-Geral da República. Basta citar, por exemplo, que o Excelentíssimo Procurador-Geral propôs a ADIn nº 5.555, contra a criação de 8.000 cargos no Estado de Goiás[12], pois

> **"Apesar de as leis trazerem as denominações dos cargos, como por exemplo "assessor", Janot sustenta que "o rótulo é irrelevante, porque o conjunto de funções que substanciam as atividades desempenhadas pelos servidores comissionados é que dirá se as atribuições são próprias de direção, chefia ou assessoramento". Afirma ainda que a jurisprudência do Supremo é no sentido de declarar inconstitucional lei criadora de cargos em comissão cujas atribuições dispensem a necessária relação de confiança.**

Importante trazer a *lúmen* auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União no âmbito da Administração Pública Federal, a qual concluiu que:

a) órgãos com menos servidores comissionados e mais servidores efetivos são mais eficientes;

b) existem inúmeros riscos quanto à dificuldade de aferição da competência técnica dos servidores sem vínculo com a administração em relação àquelas exigidas pelo cargo comissionado;

c) risco de conflito entre interesses públicos e privados em relação às pessoas que ocupam essas funções;

Confira-se a íntegra da notícia que resume o estudo[13]:

> "TCU realiza mapeamento de riscos na contratação de funções de confiança e de cargos em comissão.
>
> TCU identificou e avaliou os riscos relativos à escolha e à investidura em funções de confiança e cargos em comissão, no âmbito da Administração Pública Federal (APF). Poder Legislativo tem 97% de

[12] Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/pgr-questiona-leis-goias-criam-mil-cargos-comissao>. Acesso em 03. ago. 2017

[13] Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-realiza-mapeamento-de-riscos-na-contratacao-de-funcoes-de-confianca-e-de-cargos-em-comissao.htm> Acesso em 03. ago. 2017.

servidores sem vínculo com a APF; **Judiciário e o Executivo têm a maioria dos cargos ocupados por servidores do próprio quadro.**

Enquanto o Poder Legislativo tem 97% de servidores sem vínculo com a administração pública, **o Judiciário e o Executivo têm a maioria dos cargos ocupados por servidores do próprio quadro.**

O Tribunal de Contas da União (TCU) identificou e avaliou os riscos relativos à escolha e à investidura em funções de confiança (FC) e cargos em comissão (CC), no âmbito da Administração Pública Federal (APF). A auditoria realizada também objetivou obter informações sobre quantitativos, atribuições, requisitos de acesso e outros dados relevantes relacionados a esses cargos/funções.

Foi realizada amostra em 278 unidades jurisdicionadas, nas quais 25% dos servidores são ocupantes de FC e 5% ocupam CC. **Quando foi realizada a análise por poder, observou-se que o Poderes Legislativo e Judiciário, assim como o Ministério Público da União (MPU), possuem, respectivamente, 79%, 56% e 44% de servidores ocupando FC/CC, valores superiores à média geral, que é de 31%, e à média do Poder Executivo, de 26%.**

Em relação à origem do vínculo de pessoas com CC, 60% dessas funções são ocupadas por servidores efetivos, enquanto os demais são ocupados por pessoas sem vínculo com a administração. Quando esta análise é feita por poder, o Legislativo tem 97% de servidores sem vínculo com a administração e o Judiciário e o Executivo têm a maioria dos CC ocupados por servidores do próprio quadro, nos percentuais de 83% e 64%, respectivamente.

Dos R$ 9,68 bilhões gastos mensalmente com os servidores ativos das 278 organizações, R$ 3,47 bilhões, ou 36%, são gastos com os servidores comissionados ocupantes FC/CC, sendo 7% para os titulares de CC e 29% para ocupantes de FC.

Também foram observadas discrepâncias entre os 30 ministérios participantes, das 278 organizações verificadas. A título de exemplo, o Ministério das Cidades possui percentual de FC/CC de 40%, menos da metade do observado no Ministério da Pesca e Aquicultura, de 85%.

A auditoria também avaliou os riscos inerentes aos processos de escolha e indicação de ocupantes dos

> **cargos comissionados, entre os quais investidura em FC e CC de pessoa que não possui os requisitos e as competências necessários e conflito entre interesses públicos e privados das pessoas com essas funções. Também foram observados casos de FC e CC de pessoa enquadrada nas hipóteses de nepotismo ou com impedimentos legais e existência de comissionados cujas atribuições não são de direção, chefia ou assessoramento.**
>
> **Uma das dificuldades que levam ao risco de investidura em FC/CC de pessoa enquadrada nas hipóteses de nepotismo refere-se aos normativos que regem a proibição de tal prática. Na avaliação do TCU, essas normas são de difícil implementação, em face tanto da dependência de declaração própria daquele que incide na proibição, quanto da apresentação de eventual denúncia.**
>
> O tribunal constatou que, em regra, estruturas mais enxutas, com menor quantidade de servidores alocados em cargos de chefia, direção e assessoramento tendem a ser menos burocráticas e mais efetivas, além de possuírem um custo menor. Não foi afastada, no entanto, a interferência de outros fatores que interferem na produtividade com custo menor, como, por exemplo, gestão mais eficiente e adoção de processos de trabalho menos redundantes. Apesar disso, esses aspectos não foram analisados no trabalho atual.
>
> Exemplo da diferença de produtividade foi observado entre dois tribunais regionais do trabalho (TRT). O TRT-20 possui 37 magistrados e baixou de seu estoque, no ano de 2014, 34.320 processos. Já o TRT-22, que possui 38 magistrados, baixou 42.380 processos no mesmo período. No TRT-20, que tem percentual de comissionados de 60%, a produtividade de cada magistrado foi de 928 processos no ano. No TRT-22, que tem 38% de comissionados, essa produtividade foi de 1.115 processos. Em julho de 2015, o gasto total de pessoal do TRT-22 foi de R$ 5,45 milhões, contra R$ 6,79 milhões do TRT-20."

Também neste aspecto há se reconhecer a inconstitucionalidade da norma impugnada, porquanto a ausência de proporcionalidade em questão encerra patente violação do art. 37, *caput*, e inciso II c/c art. 5°, *caput*, da Constituição Federal.

4. DA MEDIDA CAUTELAR:

Há plausibilidade jurídica nestas alegações autorais, porquanto firmadas em claros e precisos dispositivos constitucionais que estabelecem o concurso público como regra e a criação de cargos em comissão como absoluta exceção, além de princípios constitucionais de centrada regência e dos precedentes deste Pretório Supremo Tribunal Federal. Há, como já demonstrado, patente violação do art. 37, *caput* (princípios da igualdade, moralidade, eficiência e impessoalidade), incisos II (regra do concurso público) e V (hipóteses constitucionais de criação de cargos em comissão), princípio da proporcionalidade, todos da Constituição Federal.

Também resta presente o perigo da demora. **Com efeito, a criação de exacerbado número de cargos servidores sem vínculo efetivo com o MPSE por vir a comprometer a qualidade do serviço público prestado naquele órgão, que, mesmo sendo Instituição permanente (art. 127 da CF) renunciou a possibilidade de constituir um quadro permanente de servidores.**

Ademais, a manifesta afronta ao texto constitucional exige que a disciplina inconstitucional imposta pela norma impugnada seja, o mais rapidamente possível, suspensa em sua eficácia, em obséquio ao princípio da supremacia da Constituição Federal.

Temos, pois, ser premente a necessidade de concessão de medida de cautelar para suspender a vigência da lei vergastada, em conformidade com as disposições da Lei nº 9.868/1999.

5. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

Forte nos fundamentos fático-jurídicos já expostos, a ANSEMP **requer** que, recebida e autuada a presente, Vossa Excelência se digne em:

a) deferir **medida cautelar para suspender a vigência da** Lei Estadual Sergipana nº 8.531 de 22 de maio de 2019 (DOE 23/05/2019), porquanto presentes os requisitos da medida: **perigo da demora** e a ***fumus boni juris,*** consubstanciado na manifesta afronta ao Texto Constitucional em seu art. 37, incisos II e V, art. 5º, *caput* e princípio da proporcionalidade;

b) colhidas informações da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado do Sergipe, conforme preceito legal;

c) colhidas as manifestações dos eminentes Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República;

d) no mérito, seja confirmada a medida cautelar deferida e julgada integralmente procedente a presente ação **para declarar inteiramente inconstitucional a** Lei Estadual Sergipana nº 8.531 de 22 de maio de 2019 (DOE 23/05/2019), **por manifesta ofensa ao art. 37, *caput* (princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade), incisos II (regra do concurso público) e V (hipóteses de criação de cargos em comissão)**, art. 5º, *caput* e princípio da proporcionalidade, **todos da Constituição Federal.**

Dar-se-á a causa o valor de R$ 100,00 (cem reais), somente para os fins legais.

Nestes Termos,
Pede e Espera Deferimento.

De Fortaleza(CE), para Brasília(DF), 14 de abril de 2020.

p/p MÁRCIO AUGUSTO RIBEIRO **CAVALCANTE**
Advogado – OAB/CE nº 12.359
Assinado digitalmente