



CNSP
CONFEDERAÇÃO
NACIONAL DOS
SERVIDORES
PÚBLICOS



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

Ofício nº 030/2020-AUD-TCU/PR

Brasília/DF, 15 de setembro de 2020

A Sua Excelência o senhor **EDUARDO BARRETO D AVILA FONTES**
Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

Assunto: Pedido de informações sobre os Inquéritos Cíveis 17.17.01.0012 e 17.17.01.0073 – MP/SE (Irregularidades nas ocupações de cargos no TCE/SE)

Excelentíssimo Procurador-Geral,

A ASSOCIAÇÃO DA AUDITORIA DE CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO | AUD-TCU, pessoa jurídica de direito privado de caráter homogêneo representativa de Auditores Federais de Controle Externo-Área de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, vem, a presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que se segue.

Chegou ao conhecimento desta entidade que persistem as **irregularidades** atinentes aos cargos públicos no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe – TCE/SE, cuja lesividade impacta não somente nas Despesas com Pessoal do referido Tribunal, mas também acarretam vícios processuais decorrentes da atuação de servidores ocupantes de cargos exclusivamente em comissão em unidades técnicas finalísticas de controle externo, incumbidas de atividades de auditoria e instrução processual, implicando elevado risco institucional que alcança, afeta e repercute na credibilidade e acreditação de



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

todo o sistema Tribunais de Contas do Brasil, e que o controle externo brasileiro não merece suportar.

Em apertada síntese, a atuação de um coordenador de unidade técnica do TCE/SE comissionado sem vínculo, arvorando-se em competência que não possuem os ocupantes de cargo exclusivamente em comissão (divergir e debater mérito em processos de controle externo, em atividades típicas de instrução processual), levou a Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil – ANTC, fundada em seus preceitos estatutários, a intervir¹ em defesa da dignidade, da inviolabilidade, da independência e das competências dos Auditores de Controle Externo, bem como da regularidade de atuação nas atividades finalísticas de auditoria e instrução do TCE/SE.

Em sequência, dada repercussão nacional e os riscos que referida situação persistente no TCE/SE acarreta no sistema Tribunais de Contas, também foi constituída uma Comissão Nacional² de especialistas no assunto para atuar em conjunto com a Diretoria da ANTC (Portaria ANTC-PR nº 005/2020).

A referida **Comissão Nacional em Defesa do Quadro Próprio de Pessoal** conta com 2 (dois) integrantes do Tribunal de Contas da União, sendo motivo de grande preocupação que as graves disfunções do TCE/SE possam refletir nas auditorias e instruções processuais do TCU, notadamente em razão de cooperações e atuações conjuntas ou coordenadas com a Corte sergipana.

Cite-se, a título de exemplo, o processo de controle externo (TC 014.129/2017-5) referente à auditoria realizada na Secretaria de Saúde do Estado de Sergipe e na Secretaria de Saúde do Município de Aracaju, apreciada pelo **Acórdão nº 7454/2018 – TCU – Segunda Câmara**, a qual foi referenciada - e naturalmente induzida - por trabalhos realizados por equipe de fiscalização do TCE/SE, conforme se extrai dos seguintes trechos do Relatório que sustenta o Voto e a decisão mencionada:

“8. Em face desse cenário, a partir de trabalhos desenvolvidos no âmbito da denominada ‘Rede de Controle’ (Focco), composta pela Superintendência da Controladoria Regional da União no Estado de

¹ <https://www.anticbrasil.org.br/comunicacao/notas-publicas/1094-nota-publica-desagravo-aos-audidores-de-controle-externo-do-tce-se>

² <https://www.anticbrasil.org.br/comunicacao/noticias-da-antic/1095-portaria-antic-pr-n-005-de-31-de-agosto-de-2020>



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

Sergipe (CGU), Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE) e Tribunal de Contas da União (TCU), com o apoio do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público Estadual (MPE), foi proposta fiscalização conjunta com o seguinte escopo: a) atuação da FBHC na área de oncologia; b) atuação do Huse na área de oncologia; e c) outras questões sistêmicas relativas, principalmente, à aquisição de equipamentos radioterápicos e contratações para realização de procedimentos radioterápicos fora do estado.

...

*55. O problema da quebra do aparelho de radioterapia da FBHC se mostra mais relevante em virtude da insuficiência do número de aparelhos do gênero na rede de assistência do estado de Sergipe, conforme consta do Relatório de Auditoria Coordenada na Oncologia, **elaborado pelo TCE/SE** (peça 40, p. 104-105), conforme segue:*

‘No estado de Sergipe, segundo dados do Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde e a verificação in loco, só existem 2 aceleradores nucleares: um no setor de radioterapia da UNACON do HUSE e outro no setor de radioterapia da UNACON da FBHC. O equipamento da FBHC é um Acelerador Linear de Fótons modelo Clinac 6/100, com data de fabricação de 1978, segundo dados fornecidos pelo físico médico responsável pelo setor de radioterapia. O equipamento do Huse é um Acelerador Linear MEVATRON M2/PRIMUS M - MEVAT Série 3221, fabricante SIEMENS, de data de fabricação de 2001. Observa-se que os equipamentos são antigos e em quantidade insuficiente para atender às demandas de casos novos e de manutenção dos tratamentos oncológicos já iniciados’.

...

*149. Ainda acerca do Contrato 3/2016, a equipe de fiscalização do TCE/SE constatou que, em alguns processos de pagamento, não havia documentos comprobatórios das despesas nem relatórios de fiscalização. 150. Os pagamentos com recursos do SUS repassados pela União, nos quais se identificou o achado supra, constam na tabela a seguir (...) 151. A **equipe de fiscalização do TCE/SE** verificou também deficiência na fiscalização do Contrato 3/2016 e 30/2016. Sobre o assunto, cabe acrescentar que a **equipe de auditoria deste Tribunal solicitou à SES/SE** que enviasse os relatórios pertinentes à fiscalização dos contratos em comento (peça 9, p. 19). Em resposta, todavia, aquela Secretaria informou que não encontrou em seus arquivos os referidos relatórios (peça 14, p. 1). 152. Em vista das irregularidades mencionadas anteriormente, a **equipe de fiscalização do TCE/SE** sugeriu encaminhar determinações à SES-SE (peça 40, p. 135).” (grifei)*

A auditoria mencionada resultou na determinação de realização de audiência para que gestores apresentassem razões de justificativa, além de diversas determinações e



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

recomendações e no encaminhamento a esse Ministério Público e à Procuradoria da República nesse Estado, nos seguintes termos:

*“9.8. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, ao **Ministério Público do Estado de Sergipe**, à **Procuradoria da República no Estado de Sergipe** e à Superintendência da Controladoria-Geral da União no Estado de Sergipe, para ciência e **eventuais providências**, e a todos os responsáveis e interessados listados nos itens 9.1 a 9.7 deste Acórdão, para subsidiar as correspondentes manifestações nestes autos.”* (grifei)

No âmbito do Tribunal de Contas da União, as atividades finalísticas de controle externo, seja no Órgão de Fiscalização e Instrução, seja no assessoramento nos Gabinetes dos Ministros, são exercidas exclusivamente pelos auditores de controle externo concursados, sem a participação de agentes cedidos, comissionados ou qualquer outro estranho ao **quadro próprio de pessoal**, em cumprimento à exigência do art. 73 da Constituição de 1988.

Nesse sentido, não é concebível aceitar que a atuação do TCU – e de seus auditores de controle externo - seja maculada em virtude de uma eventual atuação coordenada com um Tribunal de Contas que funciona em bases irregulares que afrontam a simetria constitucional, descumprindo a uma das mais elementares regras processuais, como é a regra de competência.

1. DOS FATOS

1.1. Situação do Quadro de Pessoal do TCE/SE

Antes de mais nada, é imprescindível destacar que o TCU, com jurisdição sobre todo o território nacional, **possui apenas 28 cargos de provimento em comissão em toda sua estrutura**, em obediência ao preceito constitucional da existência de que tenha um quadro próprio de pessoal (art. 73), assim regulamentado pelo art. 110 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443, de 1992), padrão constitucional que deve ser observado pelos demais Tribunais de Contas por força do art. 75 da Constituição da República, que determina simetria à organização, composição e fiscalização dos demais Tribunais de Contas brasileiros.



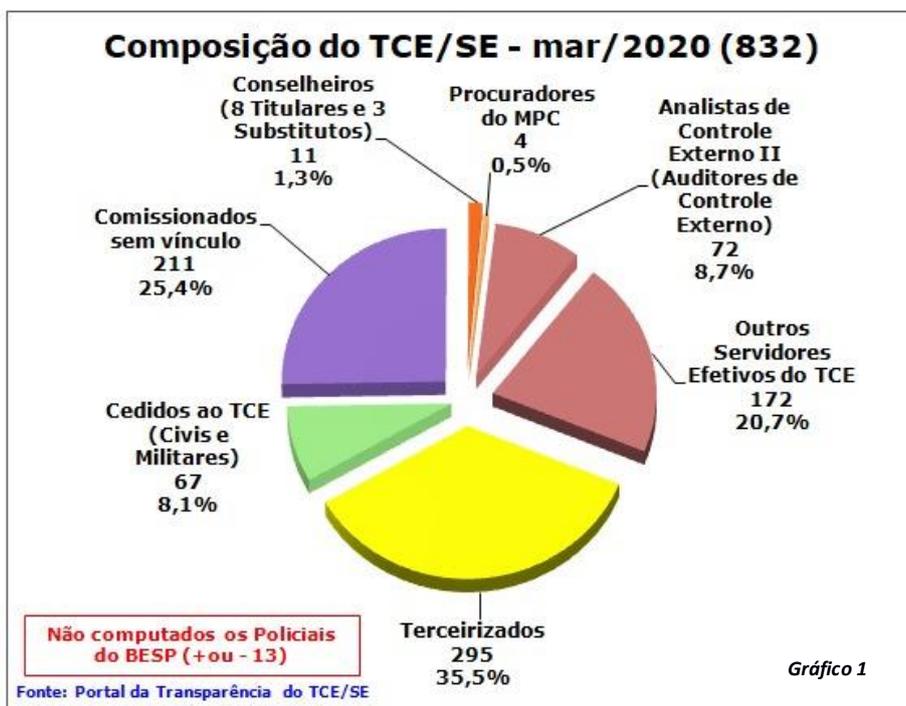
Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

É que diferentemente dos Tribunais do Judiciário, cuja função típica é julgar, os Tribunais de Contas têm competência para investigar, acusar e julgar. Assim, para garantir o devido processo legal de controle externo, além de prever um Ministério Público atuante junto a eles, a Constituição Federal determinou a existência de um **quadro próprio de pessoal** – na única passagem em que o Constituinte faz uso dessa expressão –, estabelecendo uma estruturação capaz de viabilizar o tripé essencial ao exercício das funções controladoras e à observância do sistema acusatório não puro: função de auditoria (função de investigação e instrução processual na esfera de controle externo), função de parquet (procuradores de contas) e função judicante (ministros e conselheiros).

No âmbito do TCE/SE, porém, de acordo com o último levantamento da ANTC, ocorrido em março do corrente ano, constatou-se, segundo informações extraídas do Portal da Transparência do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, **a existência de um total de 244 cargos de provimento efetivo e 314 cargos de provimento em comissão (referência: março/2020)**, o que se passa a detalhar.

Dos 244 cargos efetivos, 72 (setenta e dois) são cargos de Auditor de Controle Externo, que titulariza as atividades finalísticas do Tribunal de Contas (auditorias, inspeções e instruções processuais) e que, no TCE/SE, são denominados Analistas de Controle Externo II.

Dentre os 314 cargos de provimento em comissão, **211 (duzentos e onze) são ocupados por agentes sem vínculo com o TCE/SE:**



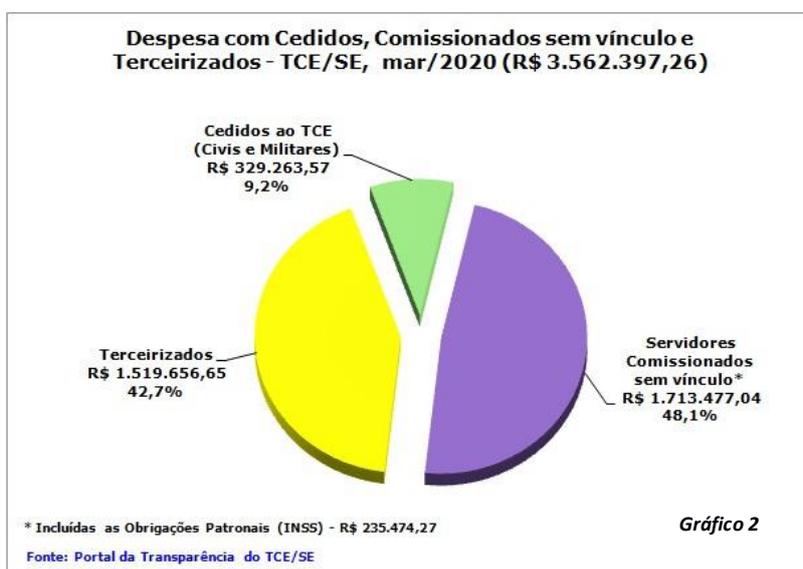
A simples leitura do gráfico anterior revela a **desproporcionalidade** da quantidade de cargos comissionados no TCE/SE, tanto em números absolutos (314 cargos comissionados, sendo 211 ocupados por pessoas sem vínculo com o TCE/SE), quanto em números relativos, pois existem 244 servidores efetivos no quadro, situação que configura uma quantidade de cargos de livre nomeação na Corte de Contas Sergipana na proporção de **86,47%** (oitenta e seis vírgula quarenta e sete por cento) da quantidade total de cargos efetivos, colocando o **TCE/SE nas primeiras posições com mais servidores comissionados entre os Tribunais de Contas brasileiros**, em manifesta violação aos princípios republicanos da moralidade, impessoalidade e eficiência. Tal cenário se agrava ao considerar, ainda, a existência de mais 67 cedidos e mais 295 terceirizados no Tribunal, visto que também não integram o quadro do TCE Sergipe.

Em termos financeiros, o fato é que os valores remuneratórios dos servidores comissionados do TCE/SE estão também entre as maiores do país, perfazendo o exorbitante gasto mensal de **R\$ 1.713.477,04** (um milhão, setecentos e treze mil, quatrocentos e setenta e sete reais e quatro centavos), o que projeta um gasto anual estimado de **R\$ 22.840.648,90** (vinte e dois milhões, oitocentos e quarenta mil, seiscentos e quarenta e oito reais e noventa centavos), somente com essa natureza de vínculo precário.



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

Acrescente-se isso, ainda, que a quantidade de **servidores cedidos de outros órgãos e Poderes, 67** (sessenta e sete) no total, perfazem a despesa total mensal de mais **R\$ 329.263,57** (trezentos e vinte e nove mil, duzentos e sessenta e três reais e cinquenta e sete centavos), e a situação tem o condão de se agravar ainda mais quando se analisa também o quantitativo de **295** (duzentos e noventa e cinco) funcionários **terceirizados**, objeto de contrato de terceirização que gera o custo mensal de **R\$ 1.519.656,65** (um milhão, quinhentos e dezenove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e sessenta e cinco centavos):



O quadro a seguir sintetiza as quantidades e respectivos valores mensais (ref. mar/2020) dos 278 (duzentos e setenta e oito) agentes sem vínculo com o TCE/SE que se encontram na instituição na condição cedidos ou ocupantes de cargos em comissão, **cuja projeção anual revela o total de R\$26.518.170,17** (vinte e seis milhões, quinhentos e dezoito mil, cento e setenta reais e dezessete centavos):

TCE/SE – Agentes que não Integram o Quadro Próprio de Pessoal – Ref. Mar/2020							
Cedidos	Comissionados Sem vínculo	Total	Custo Mensal	Custo Anual (12 meses)	13º Salário	1/3 Férias	Custo Anual Total
67	211	278	1.807.266,34	21.687.196,08	1.268.487,87	422.829,29	23.378.513,24
Encargos Patronais sobre cargos em comissão sem vínculo			235.474,27	2.825.691,24	235.474,27	78.491,42	3.139.656,93
TOTAL			2.042.740,61	24.512.887,32	1.503.962,14	501.320,71	26.518.170,17

*No custo mensal não estão inclusos os ressarcimentos dos servidores cedidos ao TCE/SE

**Total do 13º salário = custo mensal deduzido do valor de R\$ 538.778,47 (ref. auxílio alimentação e saúde)



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

Os elevados custos mensais dos agentes que não integram o quadro próprio de pessoal do TCE/SE, alusivos à folha e encargos patronais de cargos em comissão sem vínculo (R\$ 1.713.477,04) e servidores cedidos de outros órgãos e poderes (R\$ 329.263,57), somados ao custo mensal com terceirização de serviços (R\$ 1.519.656,65)³, sem dúvida alguma, vêm comprometendo a capacidade fiscalizatória do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

Para se ter uma ideia do que isso representa, **as despesas somente com os cargos em comissão sem vínculo com o TCE/SE, projetada em R\$ 22.840.648,90 (vinte e dois milhões, oitocentos e quarenta mil, seiscentos e quarenta e oito reais e noventa centavos) ao ano, supera todo o orçamento anual de Sergipe destinado à Cultura (função 13) no ano de 2020**, que totaliza R\$ 19.447.932,00 (dezenove milhões, quatrocentos e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e dois reais), conforme informações extraídas da Lei Orçamentária Anual⁴ (Lei n° 8.646, de 08 de janeiro de 2020).

Os dados levantados revelam que o TCE/SE, há meio século, infringe a determinação constitucional de manutenção de quadro próprio de pessoal - exigência que remonta à Constituição de 1946 (art. 76, § 2º), mantida no texto da Constituição de 1967 (art. 73, § 1º) e na de 1988 (art. 73, *caput*), nunca observados pelo TCE-SE desde sua criação, há 50 anos⁵.

Esse estado de coisa inviabiliza o exercício da constitucional da função de controle externo da Administração Pública sergipana, além de expor a alto de risco de ofensa a direitos subjetivos daqueles que prestam contas ao TCE/SE - com reflexos nos órgãos da União -, aos quais assiste o **direito** de terem as suas contas auditadas por agentes públicos legalmente competentes, dotados da qualificação adequada, dos pressupostos da independência e imparcialidade, atributos não alcançáveis por meio de agentes demissíveis *ad nutum*, cujo vínculo precário sujeita sua atuação funcional aos interesses da autoridade nomeante ou “indicante”, que dispõe de sua exoneração, tal qual decidiu sobre sua nomeação.

Aliás, os cargos em comissão do TCE/SE sequer possuem suas atribuições legais e respectivas estruturas remuneratórias previstas em lei, **conforme já representado ao Ministério Público do Estado de Sergipe (Inquéritos Cíveis 17.17.01.0012 e 17.17.01.0073 –**

³ 1/12 do valor anual dos contratos de terceirização

⁴ <http://arquivos.setc.se.gov.br/LOA/2020/Lei%20n%ba%208.646%20-%20Anexo.pdf>

⁵ <https://www.tce.se.gov.br/SitePages/noticia.aspx?postID=1103>



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

MP/SE), o que revela total descompasso com os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, ofendendo o disposto nos arts. 37, I e V e 39, §1º da CRFB/88.

Todos esses fatores denotam situação de inconstitucionalidade nos termos da tese de Repercussão Geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.041.210⁶, que reafirmou sua jurisprudência no sentido de serem inconstitucionais cargos em comissão cujas atribuições não estão descritas na própria lei que os criou, de forma clara e objetiva; cuja quantidade não guarda proporcionalidade com as necessidades que visam suprir e com o número de cargos efetivos do ente; que não se prestem a funções de direção, chefia e assessoramento, mas atividades burocráticas; ou que não pressupõem necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

1.2. Da Provocação ao Ministério Público Estadual

Ao integrar Comissão instalada pela ANTC, a AUD-TCU tomou conhecimento dos fatos expostos e que a Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Sergipe instaurou os supracitados **Inquéritos Cíveis nº 17.17.01.0012 e 17.17.01.0073**, ambos oriundos de Representações ANTC, questionando ilegalidades em relação aos comissionados e servidores cedidos ao TCE/SE.

No ofício nº 599/2017, **de 01 de setembro de 2017**, o MP/SE reconheceu expressamente que as irregularidades noticiadas configuram ato de improbidade administrativa, passíveis, também, de responsabilização na esfera penal, conforme se vê:

*“Pois bem. Como é possível observar, existem flagrantes ilegalidades no tocante aos servidores comissionados e cedidos do TCE/SE, algumas dessas ilegalidades, aliás, reconhecidas pela Administração Superior desta Corte de Contas nos expedientes de resposta ao Ministério Público Estadual, passíveis de questionamento em ações judiciais de obrigação de fazer e de **improbidade administrativa**, além de representação ao Procurador-Geral de Justiça para apuração de **responsabilidades no âmbito criminal de agentes com foro por prerrogativa de função**.”* (grifei)

Na oportunidade, **em 2017**, o TCE/SE foi questionado sobre o interesse em firmar Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC com o *parquet*, objetivando a regularização das cessões de servidores (PROEJ nº17.17.01.0012), a elaboração e envio de

⁶ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5171382>



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

projeto de lei para reestruturar os cargos comissionados, prevendo legalmente suas remunerações e atribuições, dentro dos parâmetros constitucionais (PROEJ nº 17.17.01.0073).

Por serem as instituições incumbidas do controle externo da Administração Pública, a regularização das próprias irregularidades deveria ser assunto de interesse incontestado do Tribunal de Contas, independentemente de provocação.

Contudo, uma rápida consulta aos citados procedimentos investigativos prévios do MP/SE, em vista dos expedientes encaminhados ao TCE/SE e da ausência de respostas deste **desde 2017**, não permite ter dúvida do **desinteresse da Corte de Contas sergipana na cessação dos efeitos lesivos que vêm sendo gerados das ocupações inconstitucionais de cargos públicos, com manifesta recusa do TCE/SE de cumprir o mandamento constitucional**.

Em 05/06/2018, aliás, o MP/SE prorrogou o Inquérito Civil, que permaneceu parado até 05/12/2018, quando foi lavrada **Certidão** com o seguinte teor:

*“Certifico para os devidos fins que, **até a presente data, não houve resposta ao Ofício nº 344/2018, direcionado ao Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe**, solicitando informações sobre o ofício nº 88/2018. Deste modo, consoante o Despacho de f. 376/V, reitere-se o Ofício nº 344/2018. O referido é verdade, ao que dou fé.” (grifei)*

Ocorre, porém, que, transcorridos quase 3 (três) anos, em vista do reconhecimento, pelo próprio MP/SE, de que tais irregularidades configuram improbidade administrativa e são passíveis de responsabilização na esfera penal, as pesquisas não permitem identificar se foram ajuizadas ações judiciais relacionadas aos objetos valorados pelos Promotores de Justiça em atuação na Curadoria do Patrimônio Público.

Acrescente-se, aliás, que o objeto investigativo desses Inquéritos instaurados por esse douto *Parquet* sergipano coincide com o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.511.053), que consolidou entendimento no sentido de **“reconhecer que a contratação de comissionados para cargo técnico é ato de improbidade administrativa”**.

2. DOS FUNDAMENTOS

A quantidade de cargos em comissão ocupados por agentes sem vínculo com o TCE/SE, além de expor a negligência da referida instituição estadual de controle externo para com o dever de observância de critérios meritocráticos e profissionais para a sua ocupação,



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

revela-se, ainda, manifestamente inconstitucional, conforme a tese de repercussão geral fixada pelo STF no julgamento do RE nº 1.041.210⁷, que ora se transcreve:

“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.”

Sobre o julgamento, convém ressaltar que o relator, Ministro Dias Toffoli, quanto aos efeitos da omissão das atribuições na lei que criar o cargo, reforçou que *“**urge que as atribuições dos cargos estejam previstas na própria lei que os criou, de forma clara e objetiva, não havendo a possibilidade de que sejam fixadas posteriormente**”* e que *“**somente com a descrição das atribuições dos cargos comissionados na própria lei que os institui é possível verificar o atendimento do art. 37, inciso V, da CF/88**”*, ou seja, que se referem à chefia, à direção ou ao assessoramento.

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, conhecida pela Reforma Administrativa com vistas à eficiência do Estado, ao dar nova redação ao § 1º do art. 39 da CRFB, estabeleceu os **critérios constitucionais a serem considerados para a fixação dos padrões de vencimento e demais componentes do sistema remuneratório** dos cargos públicos, quais sejam: **a natureza, o grau de responsabilidade e complexidade, os requisitos para investidura, e, ainda, as peculiaridades do cargo (incisos I, II e III)**, o que fez visando que a contraprestação pecuniária pelos serviços prestados ao Estado fosse definida com base justa e compatível com as características cargo, tendente ao devido equacionamento sem perder de vistas a necessidade de otimização do recurso público e o alcance da sustentabilidade fiscal na atividade financeira do Estado, que já não se presta a atender interesses pessoais daqueles que o integram, mas se volta ao atendimento de toda a gama de interesses da coletividade.

⁷ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5171382>



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

Pelo exposto, se os cargos comissionados são criados sem que sequer as respectivas atribuições sejam fixadas em lei, resta inviabilizada a aferição das variáveis constitucionais definidas § 1º do art. 39, de modo que a fixação da remuneração desses cargos passa, por isso, a ter caráter arbitrário, esvaziada de critérios aptos a justificá-la e permitir-lhe aferição, o que não se coaduna com os princípios da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e da eficiência.

Oportuno acrescentar que no último dia 28 de agosto, o Procurador-Geral da República emitiu parecer no âmbito da **ADI nº 6440-PA**, ajuizada pela ANTC sobre a criação de cargos em comissão do TCE/PA, e, dentre outros apontamentos relacionados à inconstitucionalidade da lei questionada, reiterou expressamente que um dos ***“objetivos do Supremo Tribunal Federal, ao exigir a descrição das atividades dos cargos em comissão, é evitar a usurpação das funções exclusivas dos servidores efetivos, notadamente daqueles que trabalham na atividade-fim da instituição”***.

Para além disso, cumpre mencionar que o PGR reiterou *“a impossibilidade de que atividades técnicas, finalísticas e burocráticas sejam desempenhadas por ocupantes de cargos em comissão, restritos a atividades de direção, chefia e assessoramento”*, e nestes casos apenas quando houver o pressuposto da relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado (RE nº 1.041.210), o que não é o caso das funções de auditoria de controle externo e instrução processual, atividades típicas de Estado que, além de não pressuporem confiança de autoridade nomeante, com ela seria totalmente incompatível, comprometendo a independência e a imparcialidade, que são garantias processuais das partes.

O interesse público que recai sobre a eficiência na prestação dos serviços públicos depende da regular ocupação dos cargos públicos, mormente quanto às atividades exclusivas de Estado previstas no artigo 247 da CRFB, como é o caso da Auditoria de Controle Externo, cuja flexibilização impacta, incontestavelmente, nos serviços prestados à coletividade mantenedora do aparato estatal e destinatária direta desses serviços.

Pensar diferente seria como admitir a possibilidade de alguém que não é Delegado, Promotor de Justiça ou Auditor Fiscal, por exemplo, ser nomeado para a Polícia Judiciária, Ministério Público ou Receita Federal, e passar a relatar inquéritos, oferecer denúncias, fiscalizar tributos de empresas, aplicar multas, divergir e sobrepor manifestações técnicas de agentes



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

públicos que são titulares das funções típicas de Estado, usurpando as competências legais daqueles que ingressaram por concurso público específico para essas finalidades e possuem vínculo institucional com o Estado. Ou seja, aqueles que dispõem de prerrogativas necessárias à independência para resistir a pressões e influências, diversamente de quem detém vínculo precário, nomeável e demissível a critério da vontade e do humor da autoridade nomeante. Não é demais registrar que são nulos atos lesivos ao patrimônio público praticados em vício de competência (art. 2º, ‘a’ da Lei nº 4.717, de 1965).

Ora, se no âmbito do RE nº 126467 o STF entendeu ser inconstitucional servidor comissionado ou em função de confiança exercer cargo de controlador interno, por maior razão não se amolda ao ordenamento jurídico conceber que comissionados possam exercer funções típicas de auditoria e instrução processual na esfera de controle externo, cujas conclusões, por expressa previsão legal, são **parte essencial das decisões** do TCE/SE (art. 1º, § 3º, I da Lei Orgânica do TCE/SE, trecho replicado da Lei Orgânica do TCU), e podem alcançar direitos subjetivos daqueles que manejam recursos públicos.

Não é demais comentar que o próprio Ministro Marco Aurélio, na ADI nº 5128/SE, ajuizada pela PGR em atendimento à representação da ANTC, já se manifestou que a **estrutura do quadro de pessoal do Tribunal de Contas afeta direitos subjetivos dos gestores de órgãos e entidades da administração pública**.

Oportuno também retomar o já mencionado REsp nº 1.511.053 (no qual o STJ reafirmou o entendimento de que a contratação de comissionados para cargo técnico é ato de improbidade administrativa), para colacionar trecho do voto do Ministro Benedito Gonçalves:

“O agravado nomeou servidores para o desempenho de funções comissionadas, os quais, na verdade, exerciam atividades cujos cargos deveriam ser providos por meio de regular concurso público. Portanto, ao assim proceder, o agravado empreendeu verdadeira burla à regra esculpida no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal e conseqüentemente violou os princípios da Administração Pública, previstos no artigo 11 da Lei. 8.429/1992” (Min. Benedito Gonçalves, REsp 1.511.053)

Não foi por acaso que a Constituição da República exigiu um quadro próprio de pessoal para os Tribunais de Contas, na única passagem em que o texto constitucional faz uso dessa expressão. Isso se dá porque os Tribunais de Contas são instituições cujo exercício



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

das competências constitucionais pode ensejar responsabilizações e restrições a pessoas físicas e jurídicas, com possibilidade, inclusive, de refletir em direitos políticos.

Por expressa previsão constitucional, os Tribunais de Contas devem observância às normas de processos e garantias processuais das partes, o que depende de regularidade, legitimidade, independência e imparcialidade na condução do processo de controle externo, em todas as suas fases (instrução e julgamento), sob pena de não somente deixarem de cumprir sua missão constitucional, mas ainda imprimirem danos à coletividade e serem altamente corrosivas à democracia.

A exigência de quadro próprio de pessoal prevista no art. 73 da CRFB, ao versar sobre “**composição, organização e fiscalização**” do TCU, constitui mandamento de replicação simétrica obrigatória aos demais Tribunais de Contas brasileiros (princípio da simetria constitucional previsto no art. 75), conforme assentado pelo STF⁸:

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

Porém, sequer se faz necessária a invocação do princípio da simetria constitucional, visto que a exigência do quadro próprio de pessoal também está expressa ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, engravada no art. 70 da Constituição estadual sergipana.

Nessa linha, inclusive, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) – que representa os Conselheiros dos 33 Tribunais de Contas do Brasil e cujas diretrizes são seguidas pelo TCE/SE –, na Resolução nº 13/2018⁹ rechaça a atuação, nas instruções processuais, de agentes que não integram o quadro próprio de pessoal do Tribunal, sobressaindo os comissionados sem vínculo:

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

⁸ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4780124>

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



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

...

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

A missão constitucional de exercer o controle externo de todos os Poderes e órgãos autônomos confiada aos Tribunais de Contas é um dos pilares da democracia e da República. Para tanto, essas instituições devem funcionar de modo a assegurar as garantias processuais na esfera de controle externo, cujo processo decorre de duas funções concentradas na mesma instituição autônoma: a **função de auditoria** – que reúne todas as atividades de investigação - e a **função de julgamento de contas**, junto às quais atua o Ministério Público de Contas.

Assim sendo, eventuais atuações irregulares em qualquer uma dessas funções, permeadas por interesses conflituosos ou que não se coadunem com o interesse público, apartam o Tribunal de Contas do dever de imparcialidade, podendo vir a afastar bons gestores da vida pública, contribuir para perseguir inimigos e favorecer amigos, influenciar decisivamente em processos eleitorais, desequilibrando alicerces democráticos, desvirtuando os fins do § 5º do art. 11 da Lei nº 9.504, de 1997, c/c art. 1º, I, “g” da Lei 64/90, alterada pela Lei da Ficha Limpa.

O ordenamento jurídico posto é a bússola que sustenta as relações do Estado, não estando franqueado ao gestor – mesmo nos Tribunais de Contas - proceder como lhe aprouver, em matéria de Administração Pública, de modo que, antes mesmo da adoção das medidas constitucionais e legais estabelecidas para reger situações regulares, o momento se revela oportuno para que instituições públicas revisitem suas estruturas de cargos e respectivas ocupações que porventura já estejam eivadas de irregularidades, saneando tais situações, em homenagem à legalidade, à impessoalidade, à eficiência e à segurança jurídica, primando pela proteção da confiança que os cidadãos devem manter nas instituições públicas e que compete ao Estado tutelar.

O enfrentamento à pandemia mundial decorrente do novo coronavírus - em árido ambiente fiscal tanto nos Estados quanto na União - reforça a necessidade de controles fortes e regulares, com ênfase na verificação da eficiência na alocação do recurso público. Partindo da premissa de que as medidas de enfrentamento ao momento de crise devem se dar a partir de saídas



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

juridicamente admissíveis, é imprescindível que antes mesmo de se aplicar a medida constitucionalmente estabelecida de redução das despesas com cargos em comissão, tal qual reza o art. 169, § 3º, I da CRFB, que se opere a imperiosa regularização da situação irregular robustamente denunciada.

A situação posta no TCE/SE viola indiscutivelmente preceitos fundamentais, na medida em que constitui óbice intransponível ao exercício pleno da ampla defesa, que tem como um dos vetores o direito dos gestores de terem as suas contas auditadas por agentes públicos dotados dos **atributos da competência legal**, qualificação adequada e imparcialidade, como dito adrede, o que se extrai do artigo 73 c/c 96, I, “a”, que impõe aos Tribunais de Contas o dever de respeito às normas de processo e garantias processuais das partes, sob pena de grave ofensa ao devido processo legal na esfera de controle externo, de positividade constitucional expressa nos incisos LIV e LV do art. 5º, que integram o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Essa ausência de imparcialidade no agir funcional e institucional e comprometedora do dever de lealdade às instituições, por partes dos agentes públicos comissionados sem vínculo, ficou evidenciada em investigação que culminou no afastamento de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, onde **servidores comissionados** eram utilizados como instrumentos para a concretização de crimes, conforme relatado em estudo publicado pela USP, a partir de dados coletados na investigação:

“Segundo a delação premiada de representantes das empresas citadas – Andrade Gutierrez, Carioca Engenharia e Odebrecht –, além dos conselheiros beneficiados, atores em diversos postos da organização participavam como intermediários ou operadores do escândalo que inicialmente prendeu, e subsequentemente afastou, todos (exceto um) (d) os conselheiros do TCE-RJ (PGR, 2018). Ainda segundo as investigações, um servidor do TCE-RJ recebia os pagamentos diretamente das empresas e, em seguida, repassava os valores ao conselheiro presidente – ou, em casos especiais, diretamente nos domicílios de outros conselheiros envolvidos. Os servidores citados como intermediários variavam conforme o gabinete e o presidente do tribunal. Cada gabinete de conselheiro envolvido tinha um servidor de confiança para auxiliar nos recebimentos; sendo que todos os citados nas investigações eram membros comissionados dos gabinetes dos conselheiros do TCE-RJ (PGR, 2018). Apenas um gabinete não participava do esquema denunciado. Segundo o jornal O Dia (2017), cada gabinete de conselheiro no TCE-RJ tinha 20 funcionários, sendo que o chefe e dois assessores recebiam salários superiores a R\$ 30 mil, valor superior à média dos auditores do corpo instrutivo. A denúncia da PGR (2018) analisada tem por foco a atuação dos conselheiros e não inclui terceiros envolvidos – ou seja, servidores do TCE-RJ



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

*–, de modo que as informações sobre participação de outros membros da organização ficam prejudicadas. Cabe ressaltar que uma matéria da revista Veja (2008) apresentou evidências de uma investigação em que uma empresa de consultoria supostamente pagou para que as contas de municípios que eram seus clientes fossem aprovadas. Segundo as evidências, foram beneficiados o presidente do TCE-RJ, quatro conselheiros e **alguns assessores de gabinetes**¹⁰.*

Mas não é só. Em ambientes com um quadro de pessoal disfuncional, como o do TCE/SE, resta inviabilizada a efetividade plena do dever de prestar contas que emerge do art. 34, VII, “d” e “e”, princípios constitucionais sensíveis.

Reconhecendo o relevante papel confiado ao Ministério Público pela Lei Maior, reitera-se a confiança na **adoção de medidas para contribuir com a imediata cessação dessas graves e anacrônicas situações de irregularidades no TCE/SE**, que geram abalo à confiança do cidadão e, sobretudo, às cooperações entre o TCE/SE e o TCU nas ações de controle externo, tendo em vista que vão na contramão do ordenamento jurídico posto, da impessoalidade, da boa-fé e do esforço dos órgãos públicos para entregarem à sociedade respostas mais eficientes, sobretudo nesse cenário atípico de criticidade institucional.

3. CONCLUSÃO:

Levando-se em conta esses aspectos, importante sintetizar, inclusive com base no Ofício MP/SE nº 599/2017, de 01 de setembro de 2017, destinado ao TCE/SE, que:

- a) A nomeação e manutenção de agente comissionado para exercício de função de direção, chefia e assessoramento em unidades técnicas de controle externo do Tribunal de Contas, para exercício de atividades que são, de forma inequívoca, **extensão das atribuições do cargo efetivo de natureza finalística de controle externo**, demonstra-se em atrito com a lógica e com a regra insculpida no art. 73 da Constituição da República, que exige **quadro próprio de pessoal** para os Tribunais de Contas, exatamente para garantir independência funcional dos Auditores de Controle Externo (Analista de Controle Externo II no TCE/SE) e imparcialidade institucional no exercício do controle externo, evitando questionamentos por parte

¹⁰ LINO, André Feliciano; e AQUINO, André Carlos Busanelli. “Práticas não adequadas nos Tribunais de contas”. p. 12. Acessível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/81164/77502>.



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

dos próprios jurisdicionados sobre a legitimidade das fiscalizações e respectivas decisões;

- b) A discussão posta não gravita em torno apenas do excesso de cargos em comissão, mas em torno da sua inconstitucionalidade, tendo em vista que alguns sequer foram criados por meio de leis, e, quando criados, as leis não descrevem as atribuições, ou as atribuições não são de direção, chefia e assessoramento, em direta ofensa ao disposto no art. 37, I, II e V da Constituição da República, vide repercussão geral fixada pelo STF (RE 1.041.210), o que coloca em xeque as cooperações institucionais entre o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e o Tribunal de Contas da União para realização de **fiscalizações coordenadas**, em razão dos riscos apontados no item anterior e pela inobservância das garantias processuais asseguradas constitucionalmente ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e gestores de demais órgãos e entidades federais jurisdicionados do Tribunal de Contas da União;
- c) O fato de as leis que criaram os cargos em comissão mantido pelo TCE/SE não terem definido o respectivo rol de atribuições legais tem possibilitado que ocupantes de cargo exclusivamente em comissão exerçam atividades técnicas, finalísticas e exclusivas de Estado, usurpando competências de cargos públicos efetivos, incorrendo nos vícios e problemas apontados nos itens precedentes;
- d) Se os cargos comissionados do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe não foram criados por lei e/ou não tem atribuições definidas, como definir sua remuneração, se não se sabe sequer a que se destinam esses cargos? Isso afronta claramente o disposto no §1º do art. 39 da Constituição da República.

4. DO PEDIDO:

Tendo em vista todo o conjunto já detectado e consignado pelo Ministério Público do Estado de Sergipe no bojo dos Inquéritos Cíveis nº 17.17.01.0012 e nº 17.17.01.0073 – MP/SE, e os argumentos trazidos neste expediente, com o intuito de contribuir com o deslinde da situação, esta Associação de âmbito Federal, com o devido acatamento, **REQUER**, com fundamento na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 2011), informações acerca:



Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU

- a) do andamento dos Inquéritos Cíveis nº 17.17.01.0012 e nº 17.17.01.0073 – MP/SE;
- b) dos números e andamentos das ações judiciais porventura ajuizadas em face das irregularidades reconhecidas pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, nos termos do Ofício nº 599/2017.

Em virtude do risco potencial corrente, reitera-se a urgência da presente demanda, cuja resposta subsidiará a formalização de ações desta Associação de âmbito federal junto ao Tribunal de Contas da União, visando resguardar a regularidade de suas atividades finalísticas de controle externo em eventuais atuações coordenadas ou conjuntas das quais participa o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

Cordialmente,

LUCIENI PEREIRA

Auditora Federal de Controle Externo-Área de Controle Externo do TCU
Diretora da Confederação Nacional dos Servidores Públicos – CNSP
Presidente da AUD-TCU

DÉBORA COSTA FERREIRA

Auditora Federal de Controle Externo-Área de Controle Externo do TCU
Diretora Jurídica da AUD-TCU
OAB/DF nº 47.104

GLÓRIA MARIA MEROLA DA COSTA BASTOS

Auditora Federal de Controle Externo-Área de Controle Externo do TCU Aposentada
Diretora de Defesa de Controle Externo da AUD-TCU

LUCIANA DE PAULA NAZARENO MARTINS MARINHO

Auditora Federal de Controle Externo-Área de Controle Externo do TCU
Diretora de Defesa de Prerrogativas Institucionais da AUD-TCU