



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB**, serviço público dotado de personalidade jurídica própria e forma federativa, regulamentado pela Lei nº 8.906/94, com endereço eletrônico: *pc@oab.org.br* e com sede em Brasília/DF, no SAUS, Qd. 05, Lote 01, Bloco M, inscrito no CNPJ sob nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente (doc. anexo) e por seus advogados que esta subcrevem (doc. anexo), **vem**, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 102, I, *a*, e 103, VII, da Constituição Federal, no art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94, no art. 2º, VII, da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão plenária exarada nos autos do Processo n. 49.0000.2016.004745-3/Conselho Pleno (certidão anexa) propor

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**(COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR)**

em face do **artigo 43, I e II da Lei estadual n. 8.496/2018** e do **artigo 6º da Lei estadual n. 2.963/1991**, ambas do Estado de Sergipe, que autorizam a transformação de cargos em comissão e de funções de confiança independentemente de lei, consoante os fundamentos a seguir aduzidos.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

**I - DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS:**

A primeira norma questionada, constante na Lei sergipana n. 8.496/2018, possui a seguinte redação:

*Art. 43. Para execução desta Lei, pode o Poder Executivo:*

*I - transformar cargos em comissão em funções de confiança ou em outros cargos de igual natureza, respeitada a classificação dos mesmos e desde que não resulte em aumento de despesas;*

*II - transformar funções de confiança em cargos em comissão ou em outras funções de igual natureza, observadas as condições do inciso I deste artigo; (...)*

A previsão colacionada autoriza o Poder Executivo estadual a transformar cargos em comissão e funções de confiança entre si ou em cargos e funções de igual natureza, independente de lei. Referido comando já estava presente no art. 65, I e II da Lei estadual n. 6.130/2007, tendo sido reproduzido nas subseqüentes leis 7.116/2011 (art. 73, I e II) e 7.950/2014 (art. 49, I e II)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Eis o teor dos dispositivos contidos nas leis anteriores:

Lei 6.130/2007:

“Art. 65. Para execução desta Lei, pode o Poder Executivo:

I - transformar cargos em comissão em funções de confiança ou em outros cargos de igual natureza, respeitada a classificação dos mesmos e desde que não resulte em aumento de despesas;

II - transformar funções de confiança em cargos em comissão ou em outras funções de igual natureza, observadas as condições do inciso I deste artigo; (...)”

Lei 7.116/2011:

“ Art. 73. Para execução desta Lei, pode o Poder Executivo Estadual:

I - transformar cargos em comissão em funções de confiança ou em outros cargos de igual natureza, respeitada a classificação dos mesmos e desde que não resulte em aumento de despesas;

II - transformar funções de confiança em cargos em comissão ou em outras funções de igual natureza, observadas as condições do inciso I deste artigo; (...)”

Lei 7.950/2014:

“ Art. 49. Para execução desta Lei, pode o Poder Executivo Estadual:

I - transformar cargos em comissão em funções de confiança ou em outros cargos de igual natureza, respeitada a classificação dos mesmos e desde que não resulte em aumento de despesas;

II - transformar funções de confiança em cargos em comissão ou em outras funções de igual natureza, observadas as condições do inciso I deste artigo; (...)”



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Por sua vez, o segundo dispositivo impugnado consiste no artigo 6º da Lei n. 2.963/1991 de Sergipe, que confere prerrogativa equivalente ao Tribunal de Contas do Estado. Assim dispõe a referida norma:

*Art. 6º - Fica autorizado o Tribunal de Contas, em relação aos Cargos em Comissão e Funções de Confiança, a transformá-los, modificá-los, extinguir-los e estabelecer novos escalonamentos em consonância com os parâmetros previstos na Lei de Diretrizes orçamentárias e desde quando não haja aumento de despesa.*

Com base nos dispositivos acima transcritos, o Poder Executivo e o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe têm exarado atos que transformam cargos em comissão e funções de confiança no âmbito de suas administrações e quadros de pessoal. Assim demonstram, de forma exemplificativa, os decretos editados pelo governo estadual e os atos deliberativos do Tribunal de Contas que seguem anexados à presente exordial.

Ao permitirem a transformação de cargos e funções por ato infralegal do Poder Executivo e do Tribunal de Contas do Estado, as normas impugnadas violam a exigência constitucional de aprovação por lei da criação, extinção e transformação de cargos, empregos e funções públicas, nos termos do art. 48, X c/c o art. 61, § 1º, II, 'a' da CF/1988 e tendo em vista a distinção entre funções comissionadas e cargos em comissão, como consagra o art. 37, V da CF/1988.

As normas também ferem o princípio constitucional que prevê a observância do concurso público como regra das contratações de agentes públicos, consagrada no art. 37, II da CF/1988 e que tem como corolários os princípios da moralidade, da isonomia e da impessoalidade que regem a Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*.

São esses os fundamentos de inconstitucionalidade das normas atacadas que se passa a expor.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

**II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:**

**II.1. EXIGÊNCIA DE LEI PARA A CRIAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS. OFENSA AOS ARTS. 48, X c/c 61, § 1º, II, ‘a’ DA CF/1988. DISTINÇÃO ENTRE FUNÇÕES DE CONFIANÇA E CARGOS EM COMISSÃO. OFENSA AO ART. 37, V, DA CF/1988.**

A regra geral para a criação, extinção e transformação de cargos, empregos e funções públicas obedece à sistemática prevista no art. 48, X, da CF/1988. Referida norma constitucional determina que tais mudanças relacionadas ao quadro de funcionários públicos devem contar com a aprovação do Congresso Nacional e a sanção do Presidente da República. Ou seja, dependem da existência de lei.

Assim dispõe o art. 48, X da CF/1988:

*Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:*

*(...)*

*X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*(...)*

Por sua vez, o art. 61, § 1º, II, ‘a’ da CF/1988 estabelece a iniciativa privativa do Presidente da República para apresentar projetos de lei que versem sobre a criação de cargos públicos. Da conjugação dos dois dispositivos constitucionais se extrai a preocupação do legislador em conciliar a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo na disciplina dos cargos, empregos e funções públicas.

De um lado, a Constituição assegurou ao chefe do Poder Executivo a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo com o objetivo de encaminhar propostas que atendam às necessidades relacionadas ao quadro de pessoal da Administração Pública. Por outro lado, a moldura constitucional também cuidou de exigir a aprovação do Congresso Nacional como mecanismo de controle, contra excessos ou abusos por parte da Presidência.

4



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

A esse respeito, o STF tem posicionamento consolidado sobre a exigência de lei em sentido formal para a criação de cargos e funções. Transcreve-se, a título de exemplo, a ementa de julgamento na ADI 3232:

*1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações.*

*2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução.*

*(ADI 3232, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00044 RTJ VOL-00206-03 PP-00983)*

Depreende-se, portanto, que a matéria relacionada à criação de cargos públicos somente pode ser disciplinada por lei, não se admitindo a edição de decretos para esse fim. Pelo princípio da simetria, essa regra deve ser observada pelos Estados no âmbito de suas atividades administrativas.

As normas impugnadas do Estado de Sergipe violam a sistemática constitucional acima descrita, na medida em que autorizam o Poder Executivo e o Tribunal de Contas a dispor sobre cargos e funções públicas em termos que, na prática, admitem a criação e a transformação de cargos e funções independentemente de lei, o que é vedado.

Cabe destacar que a própria Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe – Lei Complementar nº 205/2011 – contempla o princípio da reserva legal para a



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

criação e transformação de cargos e funções do quadro de pessoal. É o que estabelece o art. 1º, XVII, 'b' do referido diploma normativo:

*Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar:*

*(...)*

*XVII - propor ao Poder Legislativo:*

*(...)*

*b) criação, transformação e extinção de cargos e funções do Quadro de Pessoal dos serviços técnicos e administrativos, bem como a fixação da respectiva remuneração, observados os limites orçamentários fixados, os níveis de remuneração adotados para cargos e funções assemelhados do Poder Legislativo e, no que couber, as normas reguladoras do Sistema de Pessoal Civil do Estado;<sup>2</sup>*

Portanto, a despeito da ressalva de que as mudanças promovidas no âmbito dos cargos e funções não podem importar em aumento de despesa, as normas estaduais estão evitadas de inconstitucionalidade porque admitem que, dentro da esfera administrativa desses órgãos públicos, sejam praticados atos que estão sujeitos à reserva legal.

Neste ponto cabe notar que: i) os atos autorizados extrapolam os limites das atribuições conferidas ao chefe do Poder Executivo pelo art. 84, VI, 'a' e 'b' da CF/1988; e ii) diante da distinção entre cargos em comissão e funções de confiança, a possibilidade de transformar um em outro não corresponde a um mero ato de reorganização administrativa interna, mas representa uma transformação e possível criação de cargos que impacta na própria estrutura e desenho da Administração e, por isso, só poderia ser realizada por meio de lei.

As alíneas 'a' e 'b' do art. 84, VI, da CF/1988, que preveem competências do Presidente da República na condição de chefe da Administração Pública Federal, foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, com o intuito de conferir maior eficiên-

---

<sup>2</sup> A mesma previsão estava presente na Lei Orgânica anterior, Lei Complementar 04/1990, em seu art. 3º, XVIII.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

cia à atuação administrativa do Estado. As novas atribuições consolidaram uma maior liberdade de conformação do chefe do Poder Executivo em assuntos administrativos, nos seguintes termos:

*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*

*(...)*

*VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

A começar pela alínea ‘b’, o texto constitucional passou a admitir que o Presidente da República elimine funções ou cargos públicos, em caso de vacância, por meio de decreto. A exegese da norma indica o seu objetivo de otimizar a atividade do Chefe do Executivo na direção da Administração Pública, ao permitir que cargos vagos sejam extintos com base em seu juízo de oportunidade e conveniência e sem prejuízo aos interesses da Administração ou dos administrados.

A prática autorizada não gera ônus, mas antes representa uma economia de gasto público. Diante disso, a decisão sobre extinção de funções e cargos vacantes cujo preenchimento se mostre desnecessário foi inserida no campo de discricionariedade do Presidente, podendo ser adotada independentemente de chancela do Poder Legislativo.

Destaca-se que somente foi dispensada a exigência de lei no caso de extinção de cargo ou função pública, quando vagos. Como se trata de exceção à regra que demanda autorização legal, o comando deve ser interpretado restritivamente. Não cabe, portanto, entender a possibilidade de editar decretos para a prática de outros atos, como a criação ou a transformação de cargos e funções públicas, que seguem dependentes de aprovação legal.

Com efeito, se a intenção do legislador – no papel de constituinte reformador ou derivado – fosse contemplar essas hipóteses na esfera de incidência do art. 84, VI, ‘b’ da CF/1988, elas teriam sido expressamente inseridas, o que não foi o caso.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Por sua vez, a alínea ‘a’ do art. 84, VI, da CF/1988 atribuiu ao Presidente da República a prerrogativa de tratar de assuntos relacionados à organização e ao funcionamento da Administração por meio de decreto e, portanto, independente de lei. A finalidade do dispositivo foi assegurar o uso de prerrogativas que são próprias e necessárias ao gerenciamento da máquina administrativa. A Constituição estadual de Sergipe prevê um dispositivo equivalente, o qual se transcreve a seguir:

*Art. 84. É da competência privativa do Governador do Estado:*

*(...)*

*VII - dispor, na forma da lei, sobre a organização e o funcionamento da administração pública estadual;*

De fato, é inerente ao desempenho de funções administrativas que o Chefe do Poder Executivo tenha maleabilidade para organizar a distribuição do pessoal e das tarefas conforme as demandas e conveniências do serviço público. Dentro dessa atribuição se inclui a gestão dos cargos e funções como medida de reorganização interna e de caráter administrativo. Assim explica o autor José dos Santos Carvalho Filho, que também alerta para os limites do exercício dessa prerrogativa:

*Tem sido usualmente admitida na Administração a denominada transformação de cargos “sem aumento de despesa”, implementada por atos administrativos oriundos por autoridades dirigentes de pessoas e órgãos públicos, através dos quais se extinguem alguns cargos e se criam outros com despesa correspondente à daqueles. Na verdade, não se trata propriamente, no caso, de transformação de cargos, a ser prevista em lei, mas sim de mera reorganização interna muito mais de caráter administrativo. Tal procedimento, aliás, restou sufragado pela EC nº 32/2001, que, alterando o art. 84 da CF, conferiu ao Presidente da República (e aos demais Chefes de Executivo) competência para dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração, desde que não haja aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.*

***Em nosso entender, contudo, essa reorganização tem limites para o Administrador, sendo vedado, a pretexto de executá-la, alterar tão profundamente a estrutura funcional do órgão que dela possa resultar a sua desfiguração, com***



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

***extinção de carreiras e criação de novos cargos, sem que haja autorização legal.*<sup>3</sup>**

Nesse sentido, uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 84, VI, 'a', da CF/1988 deve levar em conta a sua integração com as normas que limitam a discricionariedade administrativa. Em particular, o dispositivo não comporta ampliação no sentido de incluir a criação e a transformação de cargos e funções entre as competências que podem ser exercidas mediante decreto, independente de lei, sob pena de afrontar o já citado art. 48, X, c/c o art. 61, § 1º, II, 'a' da CF/1988.

Como aduz a doutrina de Gilmar Mendes, os decretos editados em matérias relacionadas à organização e funcionamento da Administração não inovam na ordem jurídica e não possuem força criadora, uma vez que cuidam de atividades já amplamente reguladas.<sup>4</sup> São atos, portanto, que visam operacionalizar ou racionalizar a atuação administrativa do Estado, mas devem se enquadrar dentro dos termos da lei.

Diante dos fundamentos expostos, é forçoso concluir que a discricionariedade administrativa no âmbito da gestão dos cargos em comissão e das funções de confiança é limitada. Embora a definição de quantitativos e a distribuição desses cargos e funções entre os órgãos possa ser objeto de alterações e de adequações para atender aos interesses da Administração, não são admitidas mudanças que impliquem aumento de despesas ou, ainda, que criem cargos ou os transformem, modificando suas atribuições, entre outras alterações que dependem de lei.

Nesse sentido, afigura-se patente a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados nas leis sergipanas. Como visto, o art. 43, I e II, da Lei n. 8.496/2018 permite que o Poder Executivo estadual transforme cargos em comissão em funções de confiança ou cargos da mesma natureza, e vice-versa. Por sua vez, o art. 6º da Lei n. 2.963/1991 de Sergipe autoriza o Tribunal de Contas a modificar, transformar e excluir funções de confiança e cargos em comissão.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 647.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Brasília: Saraiva, 2008. p. 918.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Tais atribuições ultrapassam o escopo das prerrogativas que podem ser exercidas com base no art. 84, VI, 'a' da CF/1988 (no qual se espelha o art. 84, VII da Constituição de Sergipe). A gestão interna dos cargos e das funções pode envolver redistribuições e rearranjos dentro de cada grupo, mas não pode autorizar a transformação de funções de confiança em cargos em comissão, ou o inverso. Isso porque as funções e os cargos públicos possuem naturezas distintas e, desse modo, não são intercambiáveis entre si.

A esse respeito, confira-se a distinção entre funções de confiança e cargos em comissão prevista no art. 37, V da CF/1988:

*Art. 37*

*(...)*

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

A norma contém dois comandos precisos. O primeiro determina que as funções de confiança e os cargos em comissão se limitem ao desempenho de funções de direção, chefia e assessoramento. Com relação a este ponto, em reiterados julgados este Eg. STF já se pronunciou sobre a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas, que não supõem relação de confiança política e que, por isso, podem ser exercidas por funcionários de carreira. Essa jurisprudência será retomada adiante.

O segundo comando extraído do art. 37, V, prevê que as funções de confiança são exercidas por servidores efetivos, enquanto os cargos em comissão podem ser preenchidos por meio de recrutamento amplo, ou seja, por contratação fora dos quadros da Administração. Ainda assim, a norma exige que um mínimo de cargos em comissão seja ocupado por funcionários de carreira, em atenção ao objetivo de profissionalização da Administração Pública.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Para além dessa diferença entre os sujeitos que são investidos em cada modalidade, os cargos em comissão e as funções de confiança também se distinguem pela sua natureza jurídica, como explica Aldino Graef:

*Os cargos serão preenchidos; as funções serão exercidas. Os verbos ajudam a revelar a distinção entre os conceitos. Os cargos são unidades completas de atribuições previstas na estrutura organizacional, e independentes dos cargos de provimento efetivo.*

*As funções são acréscimos de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão, atribuídas a servidor ocupante de cargo efetivo, tendo como referência a correlação de atribuições.<sup>5</sup>*

Os cargos em comissão se inserem no conceito de cargo público definido pelo art. 3º da Lei 8.112/1990 (Regime Jurídico Único dos Funcionários Públicos) como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. As funções, por sua vez, possuem natureza de gratificação pelo exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se enquadrando, portanto, na definição de cargo.

De fato, as funções de confiança correspondem a um acréscimo de competências, e conseqüente retribuição, que devem estar relacionadas às atribuições de natureza técnica do cargo efetivo. Ou seja, o servidor de carreira recebe incumbências para o desempenho de função gerencial que deve estar relacionada às atribuições do seu cargo e unidade organizacional, sob pena de representar a criação de um novo cargo, com competências próprias e distintas.

Já os cargos em comissão são preenchidos conforme o critério de confiança política, independentemente de se tratar de provimento amplo ou restrito. Em todo caso, são cargos criados para a prática de atribuições sem correlação com a estrutura de cargos efetivos ocupados por servidores de carreira.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> GRAEF, Aldino. Cargos em comissão e funções de confiança: diferenças conceituais e práticas. *Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental*, vol. 7, nº 2, Jul/Dez 2008, p. 63.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 64.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Nesse sentido, ainda que sem aumento de despesa, a transformação de funções de confiança em cargos em comissão por meio de decreto ou outro ato administrativo representa a criação de cargo novo sem previsão legal, o que é vedado pela Constituição. Mesmo a conversão de cargos em comissão em funções de confiança não pode ser feita senão por lei, uma vez que constitui transformação de cargos e funções que implica em mudança de escopo das atribuições a serem exercidas.

Não por outro motivo, a Lei federal n. 13.346/2016, que dispõe sobre a extinção de cargos em comissão e a criação de funções de confiança, prevê em seu art. 8º:

*Art. 8º O Poder Executivo federal fica autorizado a efetuar a alteração dos quantitativos e a distribuição das FCPE e dos cargos em comissão do Grupo-DAS, dentro de cada grupo, observados, respectivamente, os valores de retribuição das FCPE e os valores unitários dos cargos em comissão do Grupo-DAS, desde que não acarrete aumento de despesa. (grifos acrescentados)*

O trecho destacado é relevante porque estabelece o limite da margem de atuação do Poder Executivo. Ou seja, só se admite sejam alterados o número e a distribuição das funções de confiança e dos cargos em comissão **dentro de cada grupo**. Essa determinação se harmoniza com a Constituição, uma vez que veda a conversão de uma função em cargo e vice-versa, o que implicaria transformação de cargos e funções e possível criação de cargo sem autorização legal.

Com base nesse art. 8º da Lei n. 13.346/2016, o Poder Executivo federal tem editado decretos que transformam internamente funções e cargos comissionados, preservando a separação entre as duas modalidades. Nesse sentido, cita-se como exemplo as transformações de funções e cargos determinadas pelo Decreto nº 9.683, de 9 de janeiro de 2019.<sup>7</sup> Antes dele, o Decreto 9.561, de 14 de novembro de 2018 também obedeceu aos limites legais para alterar quantitativos e níveis de funções de confiança e de cargos em comissão.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> “Art. 3º Ficam transformadas, na forma do Anexo IV, nos termos do art. 8º da Lei nº 13.346, de 2016, as seguintes FCPE: duas FCPE-4 em duas FCPE-3 e duas FCPE-2”.

<sup>8</sup> “Art. 2º Ficam transformados, nos termos do art. 8º da Lei nº 13.346, de 10 de outubro de 2016, e na forma do Anexo II:

I - um DAS-4 e um DAS-2 em um DAS-5; e

II - uma FCPE-4 em três FCPE-2”.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Na mesma direção, a Lei nº 11.416/2006, que dispõe sobre a carreira dos servidores do Poder Judiciário da União, autoriza os tribunais a transformar suas funções comissionadas e cargos em comissão, desde que não haja aumento de despesa e desde que não transformem funções em cargos, nem cargos em funções. Assim dispõe o art. 24 da referida lei:

*Art. 24. Os órgãos do Poder Judiciário da União fixarão em ato próprio a lotação dos cargos efetivos, das funções comissionadas e dos cargos em comissão nas unidades componentes de sua estrutura.*

*Parágrafo único. Os órgãos de que trata este artigo ficam autorizados a transformar, sem aumento de despesa, no âmbito de suas competências, as funções comissionadas e os cargos em comissão de seu quadro de pessoal, vedada a transformação de função em cargo ou vice-versa. (grifos acrescidos)*

Por todo exposto, conclui-se que as normas estaduais impugnadas extrapolam os limites legais da atuação administrativa dos órgãos públicos na organização interna do seu quadro de pessoal.

Uma vez que autorizam a transformação e a criação de cargos e funções públicas independente de lei, os dispositivos violam o princípio da reserva legal consubstanciado no art. 48, X c/c 61, § 1º, II, 'a' da CF/1988, e desrespeitam a distinção entre funções de confiança e cargos em comissão, consagrada pelo art. 37, V da CF/1988.

**II.2. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A CONTRATAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS. OFENSA AO ART. 37, caput e II, DA CF/1988.**

A inconstitucionalidade das normas estaduais impugnadas também decorre da afronta à regra do concurso público, na medida em que permitem que se amplie, por meio de atos infralegais, a proporção de ocupantes de cargos em comissão providos por recrutamento amplo.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

A realização de concurso público para a contratação de agentes públicos foi inserida como regra pela Constituição de 1988 com o objetivo de profissionalizar e de estruturar a Administração Pública. Ao se pautar pelo critério de mérito, a exigência de concurso para o acesso aos cargos, funções e empregos públicos dá concretude ao preceito da isonomia, bem como aos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos pelo art. 37, *caput* da CF/1988.

O preceito constitucional da imperatividade do concurso público está contido no art. 37, II da CF/1988, que dispõe nos seguintes termos:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*(...)*

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

Nota-se que a contratação de funcionários para cargos em comissão está prevista como exceção à regra do concurso público. Como já demonstrado, essa excepcionalidade se justifica na medida em que os cargos em comissão são destinados ao exercício de funções de assessoramento, direção e chefia que dependam do critério de confiança política.

Dá-se depreende que: i) atribuições técnicas que possam ser desempenhadas pelos quadros efetivos da Administração não devem ser conferidas a cargos comissionados; ii) deve haver uma proporcionalidade entre o quantitativo de cargos efetivos e comissionados, em homenagem à regra do concurso público.

O primeiro ponto diz respeito à necessidade de limitar a existência dos cargos em comissão ao cumprimento de sua finalidade constitucional. Nesse sentido aduz Adilson Abreu Dallari que: “É inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior”.<sup>9</sup>

A doutrina também reforça a necessidade de se manter um equilíbrio entre cargos efetivos e cargos em comissão como medida para atender ao interesse público na profissionalização da Administração que, para tanto, requer a excepcionalidade do recrutamento amplo para cargos de livre nomeação pautados pela confiança pessoal da autoridade pública. Neste ponto, confira-se a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco:

***Havendo nítido desequilíbrio entre o número de cargos em comissão e as atividades a serem desempenhadas, ou mesmo superiores em relação aos cargos de provimento efetivo, ter-se-á a inconstitucionalidade da norma que os instituiu, restando violados os princípios da proporcionalidade e da moralidade. Nesta hipótese, a norma não é adequada à consecução do interesse público; é desnecessária, ante a dispensabilidade dos cargos para o regular funcionamento do serviço público; impõe um ônus aos cofres públicos sem a correspondente melhoria na qualidade do serviço, o que poderia ser realizado por um menor número de servidores com despesas inferiores para o erário; e se apresenta dissonante dos valores constitucionais, em especial a moralidade que deve reger os atos estatais, pois os cargos servirão unicamente para privilegiar os apadrinhados do responsável pela nomeação. (grifos acrescidos)***<sup>10</sup>

O STF também tem posição sólida a esse respeito, tendo se manifestado pela inconstitucionalidade de leis que criaram um número excessivo de cargos em comissão, em desrespeito à proporcionalidade que deve ser mantida em relação aos cargos efetivos e em descumprimento à exigência de confiança pessoal que justifique a criação de cargos em tal modalidade.

Nesse sentido destaca-se o julgamento da ADI 4125/TO, em que este Eg. Tribunal considerou inconstitucional a lei que criou milhares de cargos comissionados no âmbito do Poder Executivo de Tocantins:

---

<sup>9</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional do Servidores Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>10</sup> GARCIA, Emerson e PACHECO, Rogério. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; 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. 8º 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. 5º 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. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; 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. 8º 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.**



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

*(ADI 4125, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068)*

Ainda no tocante à necessidade de se respeitar a proporcionalidade entre os cargos, ressalta-se que se encontra pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 44, proposta por este Conselho Federal, na qual se pretende compelir o legislador ordinário a disciplinar as condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão que devem ser preenchidos por servidores de carreira, a teor do que dispõe o art. 37, V, da Carta Republicana:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*(...)*

*V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Como se vê, a temática debatida nos autos é preocupante para esta entidade sobretudo diante da violação a princípios caros ao Estado Democrático de Direito, o que demanda uma postura combativa em face de normas que desvirtuam a teleologia do constituinte.

No caso em exame, as normas impugnadas delegam ao Poder Executivo e ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe a competência para transformar funções de confiança em cargos em comissão, e vice-versa. Ou seja, tais dispositivos permitem não só a criação de novos cargos sem aprovação de lei, como já apontado, mas também abrem espaço para um possível desbalanceamento entre os quantitativos de cargos efetivos e cargos comissionados, o que subverte a regra do concurso público.

Não se pode admitir que, por meio de atos infralegais, a atuação administrativa do governo ou do Tribunal de Contas do Estado tenha o poder de transformar funções



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

de confiança em cargos em comissão, com expansão do campo do livre provimento, o que pode representar o aumento do número de funcionários que não pertencem ao quadro efetivo da Administração Pública.

Se a criação de cargos públicos de modo geral exige a aprovação por lei, essa exigência é qualificada quando se trata de criação de cargos comissionados. Isso porque, nesse caso, cabe ao legislador demonstrar que a instituição de cargos cujo provimento foge à regra do concurso público se adequa à finalidade constitucional. Nesse sentido já se manifestou essa Colenda Corte:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. (...)*

*II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. **Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público.** Precedentes. Ação julgada procedente. (ADI 3233, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00091 RTJ VOL-00202-02 PP-00553)*

Nota-se que a instituição de cargos em comissão por meio de lei submete-se a limites estreitos, tanto para verificar a natureza das atribuições e sua dependência do critério de confiança pessoal, como para assegurar um balanceamento em relação aos cargos efetivos.

Com maior razão, deve-se rechaçar o permissivo legal que delega ao Poder Executivo ou ao Tribunal de Contas o poder de transformar cargos e funções comissionadas, o que é incompatível com a regra de provimento prevista pela Constituição, além de possibilitar alterações infralegais da proporção entre cargos efetivos e cargos comissionados.

Diante dos argumentos jurídicos colacionados, impõe-se a atuação corretiva desse Eg. STF para declarar a inconstitucionalidade do artigo 43, I e II da Lei estadual n.

18



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

8.496/2018 e do artigo 6º da Lei Estadual n. 2.963/1991 de Sergipe por flagrante vício de inconstitucionalidade consistente na afronta ao art. 48, X c/c o art. 61, § 1º, II, 'a' e art. 37, *caput*, II e V, todos da CF/1988.

**III – DA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR:**

Em razão da relevância temática, requer este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil seja concedida medida cautelar, uma vez preenchidos os pressupostos autorizadores constantes nos arts. 10 e 11, da Lei 9.868/1999.

O *fumus boni iuris* foi caracterizado no bojo dessa peça, uma vez que se mostra evidente a violação ao princípio da reserva legal para a criação e transformação de cargos públicos e à regra constitucional do concurso público, previstos nos artigos 48, X, c/c 61, § 1º, II, 'a' e 37, *caput*, II e V, todos da CF/1988.

Na medida em que as normas estaduais impugnadas autorizam o Poder Executivo e o Tribunal de Contas de Sergipe a transformarem funções comissionadas em cargos em comissão, e vice-versa, independente de aprovação por lei, é patente a sua inconstitucionalidade.

Por sua vez, o *periculum in mora* também está presente no caso em comento, tendo em vista a urgência de se adequar a atuação dos órgãos públicos do Estado no âmbito do provimento de cargos e funções aos ditames constitucionais. A manutenção dos efeitos da lei impugnada traz prejuízo ao interesse público, uma vez que impacta na conformação do corpo técnico de servidores responsáveis pela condução de políticas públicas e prestação de serviços públicos.

Ressalte-se que, diante da inconstitucionalidade do artigo 43, I e II da Lei estadual n. 8.496/2018 e do artigo 6º da Lei Estadual n. 2.963/1991 de Sergipe, os atos administrativos praticados com base neles são considerados nulos e devem ser desconstituídos. Nesse sentido, a demora do provimento judicial corretivo causará graves tumultos no âmbito da organização administrativa, particularmente na conformação do quadro de pessoal.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Por todo o exposto, demonstrada a presença dos requisitos autorizadores a concessão da medida liminar é medida que se impõe.

**IV - DOS PEDIDOS:**

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) seja admitida e conhecida a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, considerando a violação a dispositivos da Constituição Federal;

b) **a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 43, I e II da Lei estadual n. 8.496/2018 e do artigo 6º da Lei Estadual n. 2.963/1991** de Sergipe, até o julgamento de mérito, haja vista a afronta às normas constitucionais; Por conseguinte, diante do efeito repristinatório da norma, requer-se ainda a suspensão da eficácia do art. 65, incisos I e II da Lei n. 6.130/2007, do art. 73, incisos I e II, da Lei n. 7.116/2011, bem como do art. 49, inciso I e II, da Lei n. 7.950/2014, todas do Estado de Sergipe.

c) a notificação da **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE** por intermédio do seu Presidente, e do Exmo. Sr. **GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE**, para que, como responsáveis pela elaboração da norma impugnada, manifestem-se no prazo de 5 (cinco) dias sobre o pedido de concessão de medida cautelar (art. 10 da Lei n. 9.868/99), bem como sua notificação para se manifestarem sobre o mérito da presente ação, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei nº 9.868/99;

d) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre o mérito da presente ação, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do art. 103, § 3º;

e) a notificação da Exma. Sra. Procuradora-Geral da República para que emita o seu Parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Constituição de 1988; e



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

f) ao final, seja julgado **PROCEDENTE** o pedido, para que se declare a **inconstitucionalidade do artigo 65, I e II da Lei n. 8.496/2018 e do artigo 6º da Lei n. 2.963/1991, todas do Estado de Sergipe**, por flagrante afronta aos artigos 48, X; 84, VI, a e b; e 37, *caput*, II e V, todos da CF/1988. Por conseguinte, diante do efeito repristinatório da norma, requer-se ainda a declaração da inconstitucionalidade do art. 65, incisos I e II da Lei n. 6.130/2007, do art. 73, incisos I e II, da Lei n. 7.116/2011, bem como do art. 49, inciso I e II, da Lei n. 7.950/2014, todas do Estado de Sergipe.

Caso necessário, requer seja deferida a produção de provas (art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99).

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 24 de junho de 2019.

  
**Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky**  
Presidente Nacional da OAB  
OAB/RJ 95.573

  
**Marcus Vinicius Furtado Coelho**  
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais  
OAB/DF 18.958

  
**Lizandra Nascimento Vicente**  
OAB/DF 39.992

  
**Claudia Paiva Carvalho**  
OAB/MG 129.382