

VOTO-VOGAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 18, DA LEI ESTADUAL Nº 9.496, DE 2010, DO ESPÍRITO SANTO COM ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS ESTADUAIS Nº 9.703, DE 2011; 9.990, DE 2013; E 11.023, DE 2019. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CAPIXABA. PROPORCIONALIDADE EM FACE DA QUANTIDADE DE CARGOS EFETIVOS. ULTERIOR REVOGAÇÃO DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO QUADRO FÁTICO-NORMATIVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AÇÃO PREJUDICADA.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Acolhendo o escoreito relatório apresentado pelo eminente Ministro Edson Fachin, rememoro apenas que estamos a apreciar nessa assentada ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público – ANSEMP, em face da Lei Estadual Capixaba nº 9.496, de 2010, com a redação conferida pelas Leis Estaduais nº 9.703, de 2011 e 9.990, de 2013, por meio das quais foram criados *cargos em comissão* de *assessor jurídico* no âmbito do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

2. Eis o teor dos dispositivos questionados:

Lei Estadual nº. 9.496, 21 de julho de 2010

“Altera o Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas que integram a Estrutura Organizacional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo - MP-ES e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Art. 18. Ficam criados os cargos em comissão especificados no Anexo VI.”

Lei Estadual nº. 9.703, de 19 de setembro de 2011

“Altera os quadros de cargos administrativos do Ministério Público do Estado do Espírito Santo - MP-ES e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Art. 6º Ficam criadas no quadro de cargos em comissão, e incluídas no Anexo I da Lei Estadual nº 9.496/10, cinco vagas para o cargo de Assessor Técnico.

Parágrafo único . As vagas criadas, no *caput* deste artigo, ficam inseridas no Anexo VII da Lei Estadual nº 9.496/10, que trata da localização dos cargos em comissão e funções gratificadas no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça.”

Lei Estadual nº. 9.990, de 14 de março de 2013

“Altera a Lei nº 7.233, de 03.7.2002, que dá nova redação ao Plano de Carreiras e Vencimentos dos Servidores Administrativos do Ministério Público, a Lei nº 9.496, de 21.7.2010, que altera o Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas que integram a Estrutura Organizacional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Art. 12 . Altera a Lei nº 9.496, de 21.7.2010, que trata dos cargos em comissão e funções gratificadas da estrutura organizacional do MP-ES, criando e incluindo no Anexo I e III:

I - 05 (cinco) vagas para o cargo de Assessor Técnico, código MP. 5.03;

II - 02 (duas) vagas para o cargo de Assessor Especial, código MP. 5.04;

III - o cargo de Assessor de Promotor de Justiça, código MP.5.01, com 90 (noventa) vagas; (...).”

3. Posteriormente, sobreveio pedido de aditamento à inicial para incluir dentre as prescrições questionadas as seguintes disposições da Lei estadual nº 11.023, de 2019:

Lei Estadual nº. 11.023, de 30 de julho de 2019

“ **Art. 10** . Ficam inseridos na Lei nº 9.496, de 2010, os Anexos VIII-A e VIII-B, que tratam do Quadro Suplementar dos cargos em comissão, conforme Anexos V e VI desta Lei.

(...)

Art. 12 . Ficam criados e incluídos no quadro de cargos em comissão do Ministério Público do Estado do Espírito Santo:

I - trinta e nove para o cargo de Assessor Especial, código MP.5.04, sendo três vagas localizadas na Corregedoria-Geral do Ministério Público e trinta e seis vagas localizadas no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça;

II - quarenta e cinco vagas para o cargo de Assessor Técnico, código MP.5.03, localizadas no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça;

III - duzentas e dezesseis vagas para o cargo de Assessor de Promotor de Justiça, código MP.5.01;

IV - quatro Funções Gratificadas II, localizadas na Corregedoria-Geral do Ministério Público;

V - o cargo de Assessor de Planejamento e Gestão, código MP.5.04, com três vagas localizadas na Assessoria de Gestão Estratégica;

VI - o cargo de Assessor de Cerimonial, código MP.5.04, com uma vaga localizada na Assessoria de Cerimonial;

VII - o cargo de Assistente Administrativo do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, código MP.5.03, com três vagas localizadas no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça.

Parágrafo único . Os Anexos I, III, VII e IX da Lei nº 9.496, de 2010, passam a vigorar, respectivamente, na forma dos Anexos VII, VIII, IX e X desta Lei.”

4. Em resumo, a associação autora alega que as normas questionadas incorreriam em ofensa ao art. 37, *caput*, II, e V, da Lei Maior, uma vez que estariam em dissonância com as balizas estabelecidas pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE nº 1.041.210-RG/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/09/2018, p. 22/05/2019, causa-piloto do Tema nº 1.010 do rol da Repercussão Geral. No referido julgado, fixaram-se as seguintes teses:

“I - 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;

II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

III - 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;

IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.”

5. Iniciado o julgamento de mérito durante a Sessão do Plenário Virtual realizada entre 03/02/2023 e 10/02/2023, o Ministro Relator votou pela procedência, em parte, da ação, em manifestação assim ementada:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO EM QUANTIDADE PRÓXIMA AO DE CARGOS EFETIVOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. CONHECIMENTO PARCIAL. BURLA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. O Plenário deste Tribunal consolidou o entendimento de que 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: RE 1.041.210-RG, Tema 1.010, de relatoria do Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 22.05.2019.

2. Viola o art. 37, II e V, da Constituição Federal, bem como o princípio da proporcionalidade, a criação de cargos em comissão em quantitativo praticamente equivalente ao de cargos efetivos, em patente burla à regra do concurso público.

3. Ação direta parcialmente conhecida e pedido julgado parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade material do art. 18 da Lei 9.496, de 21 de julho de 2010, com as alterações introduzidas pelos arts. 10 e 12 Lei 11.023, 30 de julho de 2019, todas do Estado do Espírito Santo. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que tenha eficácia a contar de doze meses após a publicação do acórdão.

6. O referido posicionamento foi inicialmente seguido pelos eminentes Ministros Ricardo Lewandowski, Carmén Lúcia, Dias Toffoli, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Após pedido de vista, o Ministro Alexandre de Moraes também acompanhou o eminente Relator, apresentando ressalva apenas quanto à extensão temporal da modulação de efeitos sugerida, fixando prazo prospectivo de 02 (dois) anos para que se tenha o início da produção de efeitos da decisão.

7. Inaugurando a divergência, o eminente Ministro Nunes Marques votou pela procedência, em parte, do pedido inicial, de modo a *“atribuir interpretação conforme à Constituição ao art. 18 da Lei n. 9.496/2010, com as 4 alterações introduzidas pelo art. 12 da Lei n. 11.023/2019, todas do Estado do Espírito Santo, determinando seja observada a proporção de 70% (setenta por cento) dos cargos de provimento efetivo para 30% (trinta por cento) de cargos em comissão providos”*, que reputou *“atender ao princípio da proporcionalidade e ao disposto no art. 37, II e V, da Lei Maior”*, modulando os efeitos da decisão para que produza efeitos *“após recorrido o prazo de dezoito meses a contar da publicação do acórdão”*.

8. Após novo pedido de vista regimental, desta feita pelo eminente Ministro Luiz Fux, o julgamento foi reiniciado na presente Sessão do Plenário Virtual, tendo Sua Excelência apresentado voto no sentido de acompanhar o eminente Relator.

Contextualizada a controvérsia, **passo a me manifestar**.

9. Ao compulsar os autos da presente demanda, verifiquei que durante o transcurso do prazo regimental para exame do pedido de vista deduzido pelo eminente Ministro Luiz Fux, em 14/08/2023, a Procuradora-Geral de Justiça e o Procurador-Geral do Estado apresentaram manifestação com o intuito de noticiar a promulgação da **Lei estadual nº 11.849, de 28 de junho de 2023, cujo art. 22 revogou os dispositivos impugnados** na presente ação direta (e-doc. 93).

10. Eis o teor da norma revogadora:

“Art. 22. Ficam revogados:

I - o Anexo VII e o § 2º do art. 11-A da Lei Estadual nº 7.233, de 3 de julho de 2002;

II - o **Anexo VI e os seguintes dispositivos da Lei Estadual nº 9.496**, de 21 de julho de 2010 :

a) §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 5º; e

b) § 2º do art. 8º;

c) **art. 18** ;

III - o **art. 12 da Lei nº 11.023** , de 30 de julho de 2019 ;

IV - o **art. 12 da Lei nº 9.990** , de 14 de março de 2013 ;

V - o **art. 6º da Lei nº 9.703** , de 19 de setembro de 2011 .”

11. Informam, ainda, que *“a Lei Estadual nº 11.849/2023, além de revogar os dispositivos objeto desta demanda, criou 778 (setecentos e setenta e oito) cargos efetivos para o quadro de carreira administrativa do MPES”, os quais somados aos 517 (quinhentos e dezessete) cargos efetivos que já existiam perfazem o quantitativo “de 1.295 (mil, duzentos e noventa e cinco) cargos efetivos na instituição” (e-doc. 93, p. 5-6).*

12. Há, por outro lado, 519 (quinhentos e dezenove) cargos de provimento *em comissão* . Verifica-se, portanto, percentual de 28,61% de cargos em comissão e de 71,39% de cargos efetivos (e-doc. 93, p. 7).

13. Registra-se, por fim, que *“tramita, no âmbito do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, o Procedimento de Gestão Administrativa nº 19.11.0013.0008763/2022-62 (cuja cópia está anexada a esta manifestação), relativo à realização de concurso público do quadro administrativo da instituição, cuja continuidade de sua tramitação só se fez possível em razão da criação dos novos cargos e da estimativa orçamentária encaminhada na data de ontem (08/08/2023), pelo Governo do Estado, que indicou ‘o valor limite para programação das despesas correntes e de capital do Ministério Público do Estado do Espírito Santo”, além dos “limites de programação da despesa para o período 2025-2027’, a fim de subsidiar o Projeto de Lei do Plano Plurianual 2024-2027’ (e-doc. 93, p. 7).*

14. Nesse diapasão, considerando a ocorrência de fato superveniente apto a ensejar, na sua compreensão, a perda do objeto da presente demanda, pugnou-se pela extinção do feito, sem resolução do mérito.

15. Com a devida vênia às posições em sentido contrário, entendo assistir razão à PGJ/ES e à PGE/ES.

16. Na esteira da iterativa jurisprudência desta Excelsa Corte, desde que não verificada a intenção de burlar a jurisdição constitucional, **a revogação do ato normativo impugnado por outro supervenientemente editado prejudica a análise da ação direta.** Nesse sentido, cito, à título exemplificativo, os seguintes julgados:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. ARTIGO 3º, § 4º, DA LEI N. 9.137/96. IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DIRETA. PREJUDICIALIDADE. REVOGAÇÃO DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO POR LEI POSTERIOR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA AÇÃO.

1. A Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, nos termos do disposto no artigo 89, revogou expressamente, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a revogação do ato normativo impugnado por outro ato superveniente prejudica a análise da ação direta. Precedentes.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada.”

(ADI nº 2.006/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 22/11/2007, p. 10/10/2008).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. DECRETO. ESPÍRITO SANTO. REVOGAÇÃO DA NORMA IMPUGNADA. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO.

1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a intercorrência de revogação da norma impugnada gera a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, em decorrência da perda superveniente do objeto. Precedentes.

2. É inviável superar a referida prejudicialidade, por intermédio de sucessivos aditamentos da petição inicial, após a inclusão do feito em pauta, ao fundamento de relativa semelhança normativa entre os decretos que alteraram o Regulamento de ICMS do Estado-membro.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(ADI nº 3.416-AgR/ES, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 07/10/2015, p. 14/12/2015)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 67/2009 DE RONDÔNIA. LEI COMPLEMENTAR N. 534/2009 DE RONDÔNIA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PREJUÍZO PARCIAL DA AÇÃO. REVOGAÇÃO EXPRESSA DE PARTE DAS NORMAS IMPUGNADAS. ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. LEIS DE INICIATIVA RESERVADA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. INTERFERÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO NA AUTONOMIA DO TRIBUNAL DE CONTAS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA EM PARTE PREJUDICADA E, NA OUTRA PARTE, JULGADA PROCEDENTE.

1. A revogação superveniente de normas impugnadas importa na perda superveniente do objeto da ação direta. Precedentes.

2. A alteração da organização e do funcionamento do Tribunal de Contas estadual por lei ou emenda constitucional de iniciativa parlamentar contraria os arts. 73 e 75 e a al. d do inc. II do art. 96 da Constituição da República. Precedentes.

3. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente prejudicada quanto aos arts. 1º, 2º e 3º da Lei Complementar rondoniense n. 534/2009 por perda superveniente do objeto, considerada a revogação expressa das normas pela Lei Complementar n. 812/2015 de Rondônia e, na outra parte, procedente para declarar inconstitucionais os arts. 1º e 2º da Emenda n. 67/2009 à Constituição de Rondônia.”

(ADI nº 4.396/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 20/11/2019, p. 10/12/2019)

17. *In casu*, entendo que para além da simples revogação dos dispositivos normativos originalmente impugnados, **o diploma legal posteriormente editado promoveu alteração substancial do cenário fático-normativo até então existente** — contemporâneo à propositura da presente demanda —, passando a disciplinar a matéria de modo significativamente diverso. Essa nova conjuntura normativa impõe a propositura de questionamento específico, com supedâneo em argumentação singularmente deduzida. É o que compreendeu essa Suprema Corte nos seguintes casos:

“EMENTA Embargos de declaração em questão de ordem em ação direta de inconstitucionalidade. Omissão e contradição não verificadas. **Superveniência de um novo panorama normativo substancialmente diverso do delineado na inicial**, inaugurando uma

nova realidade previdenciária. **Conjuntura fática distinta e posterior ao ajuizamento da ação. Perda de objeto. Prejudicialidade da ação .** Irrelevância dos efeitos residuais concretos. Matéria de fundo não apreciada. Prejudicialidade da ação que não se confunde com a admissão da tese da constitucionalidade superveniente da norma impugnada. Pretensão de rediscussão do julgado. Conhecimento e rejeição dos embargos de declaração.

1. Segundo a firme jurisprudência da Corte, há prejudicialidade da ação direta por perda superveniente de seu objeto quando sobrevém revogação da norma impugnada ou sua alteração substancial, sendo irrelevante o fato de a norma atacada, em algum momento, ter produzido efeitos concretos. Precedentes.

2. Na hipótese, a **questão de mérito debatida nos autos sequer pôde ser apreciada, tendo em vista a substancial alteração do panorama normativo** a ensejar o advento de uma realidade previdenciária inteiramente nova. Em momento algum, a Corte afirmou textualmente — ou, ao menos, deu a entender — que a superveniência de novo parâmetro constitucional convalidaria o suposto vício congênito da norma legal questionada, o que configuraria, isto sim, sua constitucionalidade superveniente. Ao contrário. **Ressaltou-se que, diante do novo panorama normativo e, por conseguinte, da nova realidade previdenciária a partir dele inaugurada, a averiguação da compatibilidade constitucional da segregação de massas não prescindiria de razões atualizadas e aptas a demonstrar, com base em novos elementos empíricos, a permanência do alegado** desequilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário. A prejudicialidade da ação não se confunde com a admissão tácita da tese da constitucionalidade superveniente da norma impugnada.

(...)

5. Conhecimento e rejeição dos embargos de declaração.”

(ADI nº 5.350-QO-ED/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 14-09-2022, p. 19/10/2022; grifei)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. ALTERAÇÃO, POR EMENDA, DO TEXTO CONSTITUCIONAL ESTADUAL IMPUGNADO. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO TEXTO NORMATIVO ANTERIOR. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO ESTRATÉGICA COM O FIM DE IMPEDIR OU OBSTACULIZAR O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. PREJUÍZO DA AÇÃO.

1. Questão de ordem apresentada no sentido da perda superveniente de objeto da ação direta de inconstitucionalidade, a ensejar-lhe a declaração de prejuízo, haja vista a revogação, por

reforma constitucional posterior a seu ajuizamento, do ato normativo impugnado.

2. A jurisprudência formada nesse Supremo Tribunal Federal e confirmada nas decisões posteriores ao julgamento da ADI 709, Rel. Min. Moreira Alves, é no sentido da prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém revogação ou alteração substancial da norma questionada.

3. A alteração do texto legal impugnado não se resume a mera redução do âmbito de incidência do ato normativo anterior, consubstanciando alteração substancial, uma vez excluídos os Poderes Legislativo e Judiciário da regra de impedimento de realização de prova oral nos concursos públicos. Cumpre registrar, conquanto não vincule a causa de pedir, que circunscritos os fundamentos jurídicos determinantes da iniciativa de ajuizamento da presente ação direta à violação da autonomia e independência do Poder Judiciário.

4. Não há falar, na espécie, em revogação estratégica do ato normativo inquinado de inconstitucional, com o intuito deliberado e ilegítimo de impedir o exercício da jurisdição constitucional abstrata. A nova disposição normativa, consistente na Emenda à Constituição do Estado do Paraná de nº 07/2000, que alterou o §11º do art. 27, não configura réplica idêntica daquele ato, presente alteração substancial do texto normativo.

5. Reafirmação da atual jurisprudência desta Suprema Corte, ante a inexistência de motivos para sua superação.

6. Perda superveniente de objeto da ação direta de inconstitucionalidade, motivo pelo qual configurado o prejuízo (art. 21, IX, do RISTF) ensejador da extinção do processo sem resolução do mérito.”

(ADI nº 1.080/PR, Rel. Min. Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 05/04/2018, p. 13/09/2018)

18. Assim, diante da superveniente disposição do art. 22 da Lei estadual nº 11.849, de 2023, acima transcrito, expressamente *ab-rogando* a norma cuja constitucionalidade se questionava, imperioso o reconhecimento da perda do objeto da demanda, com a conseqüente prejudicialidade da ação direta.

19. Ante o exposto, em consonância com os parâmetros já assentados na jurisprudência desta Corte, voto pela **prejudicialidade integral da presente ação diante da configuração da perda superveniente da totalidade de seu objeto** .

É como voto, Senhor Presidente.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/10/2023