

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação nacional dos Servidores do Ministério Público – ANSEMP, tendo por objeto a Lei 9.496/2010, com a redação conferida pelas Leis Estaduais 9.703/2011 e 9.990/2013, do Estado do Espírito Santo, que tratam do quadro de caros em comissão e funções gratificadas no Ministério Público do referido Estado.

Em síntese, argumenta que os dispositivos questionados violariam os princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência (CF, art. 37, *caput*), bem como o art. 37, V, da Constituição Federal, pois incorrentes as hipóteses constitucionais para a criação de cargos comissionados.

Colhidas informações da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado, bem como ouvidos a Advocacia-Geral da União e o Procurador-Geral da República, o requerente aditou a inicial, informando a edição da Lei 11.023/2019, que alterou a Lei 9.496/2010 para “ *criar 39 (trinta e nove) vagas para o cargo de Assessor Especial, 45 (quarenta e cinco) vagas para o cargo de Assessor Técnico, 216 (duzentas e dezesseis) vagas para o cargo de Assessor de Promotor de Justiça, perfazendo 512 (quinhentos) cargos de provimento em comissão* ”.

Requisitadas informações e manifestações complementares, a Assembleia Legislativa e o Governador do Estado defenderam a constitucionalidade dos atos normativos questionados.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação e do pedido de aditamento, e, no mérito, no sentido da procedência parcial do pedido.

Administrativo. Lei nº 9.496/2010 do Estado do Espírito Santo, na redação dada pelas Leis nº 9.703/2011 e nº 9.990/2013. Diplomas que alteram o Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas que integram a Estrutura Organizacional do Ministério Público estadual, criando cargos de provimento em comissão. Pedido de aditamento formulado para incluir no objeto da ação direta a Lei estadual nº 11.023/2019. Preliminares. Falta de demonstração do caráter nacional da entidade requerente. Ausência de procuração com poderes específicos

quanto ao aditamento. Ausência parcial de impugnação especificada. Mérito. A criação dos cargos em comissão prevista pela Lei nº 11.023/2019 viola o Texto Constitucional, na medida em que o quantitativo dos cargos comissionados deixou de guardar a necessária relação de proporcionalidade frente o número de cargos efetivos existentes no referido órgão. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e do pedido de aditamento e, no mérito, pela procedência parcial do pedido formulado pela requerente

Por fim, o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência, conforme a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9.496/2010 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. REDAÇÃO DADA PELAS LEIS 9.703/2011 E 9.990/2013. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.023/2019. ADITAMENTO. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO NO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS AUXILIARES DE APOIO ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CARGOS EM COMISSÃO DE ASSESSOR ESPECIAL, ASSESSOR TÉCNICO E ASSESSOR DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA, BEM COMO À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS VOLTADAS A ASSESSORAMENTO NA ATUAÇÃO FINALÍSTICA DE ÓRGÃOS E MEMBROS DO PARQUET, ELABORAÇÃO DE MINUTAS DE PEÇAS PROCESSUAIS E MANIFESTAÇÕES, PLANEJAMENTO E COORDENAÇÃO DE TRABALHOS. ATIVIDADES QUE PRESSUPÕEM ESPECIAL VÍNCULO DE CONFIANÇA COM A AUTORIDADE NOMEANTE. AUSÊNCIA DE DESVIRTUAMENTO DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS QUE LEGITIMAM A MODALIDADE DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. QUANTITATIVO DOS CARGOS COMPATÍVEL COM O TOTAL DE SERVIDORES DE CARREIRA. RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL.

1. Entidade de classe representativa de servidores públicos efetivos detém legitimidade para propor ação direta em que se alega a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão em desvirtuamento das finalidades constitucionais legitimadoras dessa modalidade de provimento e em quantitativo desproporcional ao número de cargos efetivos.

2. As alterações legislativas supervenientes que não impliquem modificação substancial no conteúdo da norma e não resultem comprometimento do pedido em face da causa de pedir não conduzem à prejudicialidade da ação direta quando apresentado aditamento à petição inicial na forma e no tempo processual adequados.

3. Conforma-se com os preceitos do art. 37, V, da Constituição Federal a criação de cargos em comissão de Assessor Especial, de Assessor Técnico e de Assessor de Promotor do Ministério Público do Estado do Espírito Santo pela Lei 11.023/2019, por se tratar de cargos direcionados a planejar, coordenar e dirigir trabalhos, emitir pareceres, realizar estudos e pesquisas, bem como prestar assessoria à atividade-fim de órgãos e promotores do MP/ES na chefia e organização de gabinetes e na elaboração de minutas de pareceres e de peças processuais e administrativas.

4. Não encontra descompasso com o princípio da proporcionalidade a criação de cargos em comissão em quantitativo compatível com a necessidade estatal que justifica a sua instituição, bem como com o universo de cargos efetivos da estrutura do órgão. — Parecer pelo conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido

Submetida a controvérsia a julgamento virtual, o eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN, conhece da Ação Direta para julgá-la procedente, conforme a seguinte ementa:

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

É o relatório do essencial.

Passo ao voto.

Em síntese, a controvérsia consiste em avaliar se os atos normativos questionados violariam os princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência (CF, art. 37, *caput*), bem como o art. 37, V, da Constituição Federal.

Inicialmente, acompanho o Relator quanto às preliminares, de modo a, reconhecendo a legitimidade ativa da Requerente e o saneamento do vício relativo à ausência de procuração com poderes específicos, não conhecer da ação quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 11.023/2019, por ausência de impugnação especificada do dispositivo.

Em relação ao mérito, anoto que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, natos ou naturalizados, aos portugueses equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei e, desde a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, aos estrangeiros, na forma da lei, sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que despreste o princípio da igualdade, por flagrante inconstitucionalidade.

Aos brasileiros naturalizados e aos portugueses equiparados somente não são acessíveis os cargos previstos no art. 12, § 3º, da Constituição Federal (Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficiais das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa), e os seis assentos no Conselho da República, previstos no art. 89, VII, da CF, a serem preenchidos por cidadãos natos com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

A Constituição Federal prefigura, assim, um verdadeiro direito de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, sendo o cidadão e o estrangeiro, na forma da lei, verdadeiros agentes do poder, no sentido da ampla possibilidade de participação na administração pública.

Em consonância com o art. 37, II, da Constituição Federal, a concretização desse direito de amplo acesso é, em regra, mediada pela necessidade de concurso público, mecanismo administrativo que, baseado na igualdade, na moralidade administrativa e na competição, melhor representa o sistema de mérito (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. Direito administrativo. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 647).

Eis o teor do dispositivo constitucional em questão:

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:

[...]

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;

De fato, a Constituição Federal é intransigente em relação à imposição da efetividade do princípio constitucional do concurso público, como

REGRA, a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência desse postulado, quanto seu afastamento fraudulento, por meio de qualquer artifício administrativo ou legislativo.

O princípio constitucional do concurso público constitui verdadeiro pressuposto de validade da admissão de pessoal não apenas pela administração direta, mas também pelos entes públicos da administração indireta, vinculando expressamente os Estados-membros e os Municípios, em virtude de explícita previsão constitucional trazida pelo caput do art. 37 da Lei Maior.

As EXCEÇÕES ao princípio constitucional do concurso público somente existirão, sob pena de nulidade, com expressa previsão do próprio texto constitucional e observados, estritamente, os requisitos exigidos, seja no inciso X, seja no inciso IX, ambos do art. 37 do texto constitucional, que dispõem:

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;

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Consideradas essas premissas, há tempos esta SUPREMA CORTE pacificou sua jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da Constituição Federal, “rejeita qualquer burla à exigência de concurso público” (ADI 689, Rel. Min. ELLÉN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ de 21/11/2003; ADI 1350-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 6/9/1996; ADI 980- MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 13/05/1994), de modo a infirmar, em regra, o afastamento dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta desse critério de seleção dos quadros do serviço público, como se vê nos seguintes precedentes: ADI 1.757, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 8/10/2018; ADI 2.364, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 7/3/2019; ADI 1.476, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 31/8/2018); ADI 5.163, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 18/5/2015; ADI 1.269, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 28/8/2018; e ADI 1.202, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 28/8/2018; ADI 4745, Rel. Min. ROBERTO BARROSO,

Tribunal Pleno, DJe de 04/11/2019; ADI 1251, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 09/10/2020; ADI 3222, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 04/09/2020; ADI 3602, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe 07/06/2011, este último assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição Federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.

Mais recentemente, no julgamento do RE 1.041.210 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 22/05/2019), paradigma de repercussão geral (Tema 1010), este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou tese no seguinte sentido: “ *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* ”.

Eis a ementa do referido julgado:

EMENTA: Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. 1. A criação de cargos em comissão é exceção à

regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria. 3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 4. Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Transcrevo, por absoluta pertinência, as seguintes passagens do voto do eminente Relator, Min. DIAS TOFFOLI:

Como bem ressaltado pela douta Procuradoria-Geral da República, no parecer ofertado no presente feito, para que se configure como cargo de direção ou chefia, a lei deve-lhe conferir

“atribuições de efetivo estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas. Já o assessoramento requer conhecimentos técnicos dos chamados programas finalísticos, em que se abre, grandes campos de avaliação e de opções discricionárias dos agentes públicos”

Fora dessas situações, o que em geral se afigura é cargo com atribuições rotineiras da Administração Pública, operacionais, burocráticas ou técnicas, que prescindem da relação de confiança entre nomeante e nomeado e, por essas mesmas razões, devem ser providos

de modo efetivo, e não precário, e precedidos de regular concurso público de provas ou de provas de títulos.

[...]

Desse modo, além de as atribuições inerentes aos cargos em comissão deverem guardar pertinência com funções de chefia, direção ou assessoramento que justifiquem o regime especial de confiança, devem observar, também, a proporcionalidade com o número de cargos efetivos no quadro funcional do ente federado responsável por sua criação.

Por outro lado, a utilidade pública para a qual se prestam os cargos comissionados é outro parâmetro que deve ser observado, haja vista que, ainda que no âmbito global o número de cargos comissionados criados seja pequeno, pode acontecer de serem criados cargos em demasia, tendo em vista a necessidade que visam atender, o que também não pode acontecer.

Por fim, 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.

É certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei. Daí ser imprescindível que a lei que cria o cargo em comissão descreva as atribuições a eles inerentes, evitando-se termos vagos e imprecisos.

De fato, 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.

No caso sob análise, entendo que a alegação formulada pela Requerente, no sentido de que os cargos criados não observariam a exigência constitucional de que devem ser voltados às funções de direção, chefia e assessoramento, deve ser afastada.

De fato, os cargos de Assessor Jurídico, Assessor Técnico, Assessor Especial e Assessor de Promotor de Justiça, impugnados pela Requerente, ostentam como atribuições o assessoramento técnico-jurídico e administrativos dos membros do Ministério Público, sendo certo, ainda, que a mera semelhança entre as atribuições de cargos efetivos e desses cargos em comissão não se mostra suficiente a afastar o caráter de confiança inerente a estes.

De outro lado, contudo, a impugnação relativa à quantidade de cargos em comissão frente ao número de cargos efetivos merece acolhida.

Como bem observado pelo eminente Relator, antes da edição da Lei 11.023/2019, a comparação entre o número de cargos efetivos (497) e de cargos comissionados (206) já prestava indicativos de desproporcionalidade. Com a edição da referida legislação, tal desproporcionalidade se faz evidente na medida em que o número de cargos em comissão (512) praticamente se equipara ao de cargos efetivos (517), em nítida violação à exigência de proporcionalidade que o número de cargos comissionados criados deve guardar com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos.

Assim, acompanho as conclusões do eminente Relator quanto ao mérito da controvérsia, razão pela qual acolho o pedido para declarar a inconstitucionalidade da legislação impugnada.

Da mesma forma, entendo presentes razões de segurança jurídica e excepcional interesse público (art. 27 da Lei 9.868/1999) a recomendar a modulação da eficácia da decisão, de modo a viabilizar que o Ministério Público do Espírito Santo adote as medidas cabíveis à adaptação do seu quadro de cargos aos dispositivos constitucionais que serviram de parâmetro nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ressalvo, todavia, a compreensão de que, considerados o desenrolar natural das etapas relativas à realização de eventuais concursos públicos, tais como preparação e publicação de edital, nomeação, posse e transição dos serviços, o prazo de 12 meses mostra-se insuficiente e potencialmente comprometedor do regular funcionamento do Ministério Público como instituição, com evidente prejuízo ao interesse de toda a sociedade.

Diante do exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da Ação Direta de Inconstitucionalidade e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 9.496/2010, com as alterações introduzidas pela Lei 11.023/2019, do Estado do Maranhão, e MODULO OS EFEITOS DA DECISÃO para que ela tenha eficácia após decorrido o prazo de 24 meses a contar da publicação da ata deste julgamento.

É como voto.