

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Preliminarmente, anoto a plena cognoscibilidade da presente ação direta.

Constato que a requerente já teve reconhecida sua legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ações constitucionais de controle abstrato pelo Plenário desta Corte, como nos autos da ADI 5.542, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, DJe 3.2.2020, em que se discutia questão idêntica à versada neste feito, oportunidade em que Sua Excelência assim se manifestou:

“(…) a Associação Nacional dos Servidores Públicos do Ministério Público – ASEMP é entidade de classe de âmbito nacional que possui por finalidade defender, judicial e extrajudicialmente, direitos e interesses de servidores do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados, ativos e inativos, conforme expresso no art. 2º de seu estatuto social. No presente caso, os dispositivos impugnados afetam diretamente a esfera de direitos de categoria profissional abrangida pela ASEMP, dado que permite a investidura em cargos em comissão de pessoas sem vínculo com a Administração Pública no âmbito de atuação do Ministério Público doa, a Associação Nacional dos Servidores Públicos do Ministério Público – ASEMP é entidade de classe de âmbito nacional que possui por finalidade defender, judicial e extrajudicialmente, direitos e interesses de servidores do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados, ativos e inativos, conforme expresso no art. 2º de seu estatuto social. No presente caso, os dispositivos impugnados afetam diretamente a esfera de direitos de categoria profissional abrangida pela ASEMP, dado que permite a investidura em cargos em comissão de pessoas sem vínculo com a Administração Pública no âmbito de atuação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Preenchido, portanto, o critério da pertinência temática”.

O vício suscitado pela Advocacia-Geral da União quanto à ausência de procuração que confira ao advogado signatário do pedido de aditamento poderes específicos para impugnar o diploma legal hostilizado (eDOC 56) foi sanado pela requerente com a apresentação do respectivo instrumento (eDOC 49).

O Advogado-Geral da União suscitou, ainda, ausência de impugnação específica em relação à petição de aditamento, o que, em seu entender, ensejaria o conhecimento parcial da ação. É que, embora tenha pedido a declaração de inconstitucionalidade do artigos 10 e 12 da Lei Estadual n. 11.023/2019, a Requerente limitou-se a desenvolver argumentos contra os incisos I, II e III do art. 12 da Lei.

O artigo 10 e o artigo 12 dispõem que:

“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.”

Os Anexos, por sua vez, estão listados no eDOC 29, p. 11, e se referem à nomenclatura dos cargos e ao padrão de vencimentos.

Dessa forma, assiste razão jurídica ao Advogado-Geral da União, porque, de fato, não trouxe a Associação, quer na petição inicial, quer na petição de aditamento, argumentos necessários para impugnar o referido dispositivo.

Registre-se que o ônus da impugnação específica é, segundo jurisprudência deste Tribunal, requisito indispensável para o conhecimento da ação direta (v.g., ADI 7.031, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 15.08.2022).

Assim, à falta de apresentação de razões, não se pode conhecer do pedido de declaração de inconstitucionalidade relativo ao art. 10 da Lei 11.023/2019.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

O diploma legal impugnado, Lei 9.496, 21 de julho de 2010, do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhe fora conferida pelas Leis estaduais 9.703, de 19 de setembro de 2011 e Lei 9.990, de 14 de março de 2013, 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. A requerente insurge-se contra as seguintes disposições:

Lei Estadual nº. 9.496, 21 de julho de 2010, em sua redação original, no que tange aos cargos de assessor jurídico, assessor técnico e assessor especial

“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. Lei 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; (...).”

E, ainda, com o aditamento da inicial, questiona-se também as seguintes disposições da Lei 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.”

Na inicial da ação, alega a autora que o MPES optou pela criação de cargos comissionados em detrimento dos cargos efetivos, o que pode ser constatado pelo percentual de cargos em comissão, que, afirma, corresponde a 43% (quarenta e três por cento) dos cargos efetivos providos. Aduz, assim, que tal opção viola o princípio do concurso público, bem como o disposto no art. 37, V, da Constituição Federal, no que determina a reserva de percentual mínimo para provimento de cargos em comissão por servidores efetivos.

Entende, também, que as atribuições de certos cargos em comissão além de consistirem no exercício de atividades burocráticas, rotineiras e meramente técnicas, são idênticas às de cargo efetivo, o que não atende à destinação constitucional de direção, chefia e assessoramento.

Já no aditamento à inicial, a requerente informa que, com a edição da Lei 11.023/2019, a situação de inconstitucionalidade se agravou, uma vez que o quantitativo de cargos em comissão no *Parquet* daquele Estado teria saltado de 196 (cento e noventa e seis) para 512 (quinhentos e doze) cargos de provimento em comissão, o que corresponde a **99,03%** dos concursados.

Primeiramente, quanto à alegação de que os cargos criados não atendem à exigência constitucional de que devem ser voltados às funções de direção, chefia e assessoramento, tenho que a irresignação não prospera.

Essa Corte tem orientação assentada no sentido de que viola a Constituição norma instituidora de cargos em comissão que possuam atribuições meramente técnicas, não atendendo, assim, ao disposto no art. 37, II, do texto constitucional:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3. Ação julgada procedente” (ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ 5.10.2007);

“CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. OFICIAL DE JUSTIÇA. Lei 12.499, de 12.12.94, do Estado de Goiás. C.F., art. 37, II. I. - Cargos de Oficial de Justiça instituídos em comissão: inconstitucionalidade. Somente os cargos que pressuponham o vínculo de confiança a autorizar a livre nomeação e

exoneração e que podem ser instituídos em comissão, o que não ocorre com o cargo de Oficial de Justiça, sujeito a regra constitucional do concurso público. (C.F., art. 37, II). II. - Suspensão cautelar da eficácia do art. 2. da Lei 12.499, de 12.12.94, do Estado de Goiás.” (ADI 1.269 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, 25.8.1995).

“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. I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. 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 3.233, Rel. .Min. Joaquim Barbosa, DJ de 14.9.2007).

A hipótese dos autos, todavia, não incide na inconstitucionalidade descrita. Conforme esclarece o Governador do Estado do Espírito Santo em suas informações, eventual semelhança nas atribuições de cargos efetivos e os cargos em comissão então criados não afasta o caráter de confiança e lealdade inerentes a estes últimos:

“(…) os cargos em comissão que desempenham funções de assessoria, embora exerçam atividades que se assemelham muitas vezes àquelas exercidas por um servidor efetivo, distinguem-se do cargo do servidor concursado em razão da confiança e lealdade características dos cargos comissionados. De modo algum isso significa dizer que o servidor efetivo não mereça a mesma confiabilidade daquele nomeado para o cargo em comissão. A distinção que deve ser destacada é a de que o cargo em comissão pressupõe a existência de um vínculo de confiança direto entre o servidor comissionado e seu chefe imediato. Isto porque, enquanto o Agente de Promotoria/Assessoria, cargo efetivo, está à disposição da Promotoria de Justiça, o Assessor do Promotor, cargo de provimento em comissão, conforme já salientado está ligado diretamente ao Promotor de Justiça. Nesse sentido, vale destacar trecho de voto

proferido pelo Conselheiro Nacional do Ministério Público, Dr. Mário Luiz Bonsaglia, nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº0172/2012-25, em que estabeleceu as distinções entre o cargo efetivo de Analista Processual e o cargo de provimento em comissão de Assessor Jurídico ambos do Ministério Público da União:

No entanto, o que deve ser esclarecido é que o fato de haver muitas incumbências em comum a ambos os cargos não faz com que eles se confundam, nem muito menos cria uma suposta fungibilidade entre assessores e analistas. A diferença entre ambos os cargos nasce de sua natureza jurídica e reflete-se nas responsabilidades, nos direitos e nos deveres de seus ocupantes. Isso está implícito na própria razão de ser de qualquer cargo em comissão. Cabe citar, como exemplo das distinções, que o assessor tem maior grau de responsabilidade que o analista; o assessor precisa ter maior disponibilidade, podendo ser convocado ao serviço a qualquer momento, sem direito a hora-extra; havendo assessor e analistas em um mesmo setor, é o assessor quem se vincula e responde mais diretamente ao membro, competindo-lhe, geralmente, a função de supervisionar o trabalho dos analistas; o assessor não goza de estabilidade, podendo ser exonerado sem nenhuma justificativa (ad nutum), vinculado que se encontra meramente pela confiança e afinidade profissional em relação à autoridade nomeante; o assessor 'extraquadros' não goza de diversos direitos e vantagens conferidos a servidores efetivos, como a Gratificação de Atividade do Ministério Público da União (art. 11, 3º, da Lei nº 11.415/06) e todas as vantagens previstas na Lei nº 8.112/90 que pressuponham estabilidade; o assessor, quando também servidor efetivo, submete-se ao regime geral de previdência social (art. 183, 1º, da Lei nº 8.112/90) etc.. Note-se que essas diferenças referem-se ao estatuto jurídico de ambos os cargos, nada importando se, na prática cotidiana, os servidores aparentam ter as mesmas atribuições ou aparentam ter as mesmas responsabilidades. Fato é que a qualquer momento as mencionadas distinções podem se evidenciar em maior ou menor grau, conforme as necessidades do órgão ministerial. Por tais razões é que o cargo de analista processual coexiste na estrutura do MPU com o cargo comissionado de assessor jurídico."

Os cargos criados contra os quais se insurge a requerente - Assessor Jurídico, Assessor Técnico, Assessor Especial e Assessor de Promotor de Justiça - têm como atribuições o assessoramento técnico-jurídico e administrativo aos membros do Ministério Público, se não vejamos:

ASSESSOR JURÍDICO

1. Atribuições Básicas:

1.1. Área: Assessoria Administrativa:

- emitir parecer em assuntos relativos à administração de pessoal, material, cargos, carreiras e vencimentos, licitação, contratos, convênios e outros;
- acompanhar o processo de concurso público e promoção dos servidores;
- acompanhar a jurisprudência e efetuar a atualização da legislação administrativa;
- elaborar, analisar e controlar contratos, convênios e outros;
- analisar e acompanhar os processos de licitação;
- desempenhar outras atribuições afins ou que lhe forem determinadas.

1.2. Área: Gabinete de Procurador de Justiça e do Procurador-Geral de Justiça

- assessorar na emissão de pareceres sobre assuntos jurídicos;
- empreender pesquisas no sentido de uniformizar o entendimento jurídico;
- realizar perícias sobre assuntos jurídicos;
- realizar estudos e pesquisas para a emissão de pareceres;
- acompanhar os processos e tomar medidas solicitadas pelo Procurador de Justiça;
- receber, registrar e encaminhar processos, documentos e expedientes em geral;
- minutar expedientes;
- dar suporte administrativo;
- desempenhar outras atribuições afins ou que lhe forem determinadas.

ASSESSOR TÉCNICO

Atribuições Básicas:

- prestar assessoria às Coordenações e chefias imediatas;
- emitir pareceres técnicos em processos, projetos ou outros instrumentos;
- minutar documentos e expedientes em geral;
- elaborar e propor projetos e planos de trabalho;
- acompanhar e controlar o desenvolvimento dos projetos e do plano de trabalho;
- efetuar a gestão de contratos administrativos;
- realizar estudos e pesquisas;
- elaborar relatórios diversos;
- prestar informações para o público interno e externo;

- acompanhar as publicações dos atos institucionais;
- organizar e manter atualizados arquivos e bancos de dados;
- desempenhar outras atribuições afins ou que lhe forem determinadas.

ASSESSOR ESPECIAL

Atribuições Básicas:

2.1. Em qualquer área:

- prestar assessoria à chefia imediata e às demais chefias quando solicitado;
- emitir pareceres conclusivos em processos, projetos ou outros instrumentos;
- minutar documentos e expedientes em geral;
- elaborar projetos, relatórios e planos de trabalho da sua área de especialização;
- realizar estudos e pesquisas de assuntos da sua área de especialização;
- desempenhar outras atribuições afins ou que lhe forem determinadas.

ASSESSOR DE PROMOTOR DE JUSTIÇA

Atribuições Básicas:

- assessorar diretamente o Promotor de Justiça;
- realizar pesquisas, estudos e análises;
- receber, controlar e devolver processos judiciais e administrativos;
- elaborar pareceres e informações em assuntos jurídicos;
- minutar documentos e expedientes em geral;
- controlar os prazos legais dos feitos encaminhados ao Promotor de Justiça;
- acompanhar a legislação relacionada com a sua área de atuação;
- prestar informações para o público interno e externo;
- atender o público;
- organizar e manter atualizados arquivos e bancos de dados;
- realizar a entrega de notificações quando necessário;
- desempenhar outras atribuições afins ou que lhe forem determinadas.

Satisfeitos os requisitos elencados pela Constituição, não se vislumbra a pecha de inconstitucionalidade suscitada pela requerente.

Por outro lado, relativamente ao quantitativo de cargos em comissão frente ao número de cargos efetivos, a irresignação da autora merece acolhida.

É certo que esta Suprema Corte tem orientação no sentido de que se deve respeitar o princípio da proporcionalidade e guardar a devida correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão. Nesse sentido, aponto o seguinte precedente:

“AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 29.06.2007)”.

Como bem observou o Relator, no voto condutor de referido julgado:

“Há inúmeros precedentes desta Corte que identificam a proporcionalidade e a razoabilidade como critérios que necessariamente devem ser observados pela Administração Pública no exercício e suas funções típicas. Cito, a respeito, a ADI 2.551-MC-QO/MG, Rel. Min. Celso de Mello, da qual extraio o seguinte trecho: o princípio da proporcionalidade (...) acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.”

Nesse sentido, cito também a ADI 4.125, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, DJe de 15.02.2011, no qual o Plenário desta Corte, ao analisar a constitucionalidade de Lei do Estado do Tocantins, assentou:

“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.

(...)

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.”

Registro que essa orientação foi reafirmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento do RE 1.041.210-RG, Tema 1010, de relatoria do Min. Dias Toffoli, DJe 22.05.2019, na sistemática da repercussão geral, assim ementado:

“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. (grifei)”

No caso concreto, mesmo antes da superveniência da Lei 11.023/2019 já era possível vislumbrar certa desproporcionalidade entre cargos efetivos e em comissão, uma vez que à luz da legislação originalmente impugnada havia 497 (quatrocentos e noventa e sete) cargos efetivos, e, em contrapartida, 206 (duzentos e seis) cargos comissionados, o que ultrapassa 40% do total de cargos efetivos, situação que se agravou com a edição da Lei 11.023/2019, haja vista que o quantitativo de cargos em comissão (512) praticamente se equiparou ao de cargos efetivos (517), o que evidencia, claramente, a burla à exigência constitucional de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos – que deve ser a regra, sendo a nomeação para cargo em comissão a exceção -, o que malfere, por conseguinte, os princípios da Administração Pública, entre eles o da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

Clara, também, a inobservância do requisito estabelecido no julgamento do referido tema 1010 da repercussão geral que impõe, para a regularidade da criação de cargos em comissão, dentre outras condições, a proporcionalidade entre o número de cargos comissionados criados e o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar.

De se acolher, pois, a alegação de violação ao art. 37, incisos II e V da Constituição da República, que dispõem:

“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;

(...)

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;”

Para se ter uma ideia da falta de proporcionalidade entre cargos em comissão e os de provimento efetivo no caso sob exame, basta acessar o sítio eletrônico desta Corte, na aba atinente à transparência e prestação de contas, para se constatar que, no âmbito deste Supremo Tribunal, há 1.084 (hum mil e oitenta e quatro) cargos efetivos providos e 244 (duzentos e quarenta e quatro) cargos em comissão, dos quais apenas 46 (quarenta e seis) estão ocupados por servidores que não possuem vínculo com a Administração Pública.

A orientação ora defendida, foi esposada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI 5.559, DJe 01.10.2021, que destacou em seu voto o seguinte excerto da manifestação da AGU:

“Nesse contexto, é intuitivo que a Administração deve prestigiar a admissão de servidores efetivos em seus quadros em relação aos comissionados. Isso porque aqueles servem à execução das atividades estatais, tendendo à permanência do agente no cargo, enquanto que estes são ocupados em caráter precário e, por expressa disposição constitucional, estão vinculados às atribuições de chefia, direção e assessoramento.

[...]

De fato, a proporcionalidade deve ser concebida como o liame de adequação entre os cargos comissionados e aqueles de provimento efetivo. A propósito, vale ressaltar que esse Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125, Relatora Ministra Cármen Lúcia, declarou a

inconstitucionalidade de lei estadual que fixava montante exacerbado de cargos em comissão tendo em vista o número de cargos efetivos existentes no âmbito da estrutura básica do Poder Executivo do Estado do Tocantins.

Naquela oportunidade, restou decidido que a fixação de um número exacerbado de cargos comissionados na estrutura da Administração Pública fere os princípios da proporcionalidade e do provimento de cargos mediante concurso público. Eis o teor da respectiva ementa:

[...]

É de se destacar que o entendimento firmado no referido acórdão é inteiramente aplicável ao presente caso. Com efeito, a exclusão de determinados cargos públicos do percentual a que se refere o artigo 37, inciso V, da Lei Maior representa autêntica inversão de valores constitucionais e ocasiona desequilíbrio entre o quantitativo de cargos efetivos e em comissão.

Na prática, a lei impugnada confere tratamento privilegiado a agentes públicos desprovidos de vínculo permanente com a Administração, relegando os servidores de carreira a um patamar inferior, em clara violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e do concurso público. (...) **Há inúmeros precedentes desta Corte que identificam a proporcionalidade e a razoabilidade como critérios que necessariamente devem ser observados pela Administração Pública no exercício de suas funções típicas**. Cito, a respeito, a ADI 2.551-MC-QO/MG, Rel. Min. Celso de Mello, da qual extraio o seguinte trecho: O princípio da proporcionalidade (...) acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Concebida a proporcionalidade como uma correlação entre meios e fins, é preciso ter em conta o paradoxo do caso. **Pressupondo-se que os cargos criados objetivem atender às demandas do Município, deveria haver relação de compatibilidade para com os cargos efetivos existentes na Câmara, até mesmo para se dar suporte ao trabalho dos novos ocupantes dos cargos em comissão, o que não ocorre**". (grifei)

Aqui, de igual modo, a AGU, após o aditamento, manifestou-se pela inconstitucionalidade da Lei 11.023/2019:

“Conforme ilustrado nos precedentes referidos, eventuais excessos na criação de cargos em comissão realmente podem – e devem – ser submetidos ao controle judicial sob o parâmetro da proporcionalidade.

(...) com o advento da Lei nº 11.035/2019, objeto do pedido de aditamento, foram criados mais de 300 (trezentos) cargos em comissão, perfazendo, consoante alegado na referida petição, 512 (quinhentos e doze) cargos de provimento em comissão, enquanto o órgão possui, atualmente, 517 (quinhentos e dezessete) cargos efetivos.

O quadro de pessoal da instituição, portanto, passou a evidenciar situação de desproporcionalidade, tal como a considerada inconstitucional por essa Suprema Corte no julgamento da ADI nº 4125, tendo-se em vista que o número de cargos comissionados praticamente se equiparou à quantidade de cargos efetivos do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Com efeito, naquela ocasião, a Ministra CÁRMEN LÚCIA ressaltou em seu voto condutor que “a quantidade de cargos de natureza especial e em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 revela uma situação curiosa. (...) o número de cargos em comissão inicialmente criados (35.419) é maior do que o total de cargos efetivos preenchidos no Estado (29.944), o que poderia levar à constatação absurda de que para cada subordinado há, pelo menos, um ‘chefe, assessor ou diretor’, ocupante de cargo comissionado. Isso sem contar que parte desses cargos em comissão deve ser ocupada por servidores efetivos, como determina o inc. V do art. 37 da Constituição da República”. E prosseguiu, afirmando que, “ainda que o total de cargos de natureza especial ou em comissão tenha sido reduzido para 28.177 (Leis n. 2.145/2009 e 2.232/2009) e que constem dos autos notícias de concursos públicos realizados em data posterior ao ajuizamento desta ação (...) permanece o desequilíbrio entre os cargos efetivos e os em comissão da ‘estrutura básica do Poder Executivo’ do Estado de Tocantins.” Assim, observa-se que os cargos efetivos e comissionados do Quadro de Pessoal do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, após a edição da Lei nº 11.035/2019, deixaram de guardar a necessária relação de proporcionalidade, razão pela qual merece acolhida o pedido de aditamento formulado pela requerente, no que tange ao referido diploma estadual.”

É certo que não há quantitativo ou percentual definido na própria Constituição ou sequer na legislação federal acerca da proporção constitucional dos cargos em comissão. São os parâmetros jurisprudenciais que servem de orientação.

Tal como já indicado ao longo desta manifestação, no julgamento da ADI 5542, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 20 /11/2019, considerou-se constitucional a criação de 90 cargos de assessor de promotor; na ADI 4.125, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, j. 10.06.2010, declarou-se

que 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; no RE 1041210 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/09/2018, considerou-se que a quantidade de cargos comissionados criados pela Lei nº 7.4308/15 no âmbito do Poder Executivo do Município de Guarulhos 1.941 - mostra-se excessiva e não atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; e, RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 29.06.2007, que:

“(...) correto o parecer, que adoto, mesmo porque ajustado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é no sentido de interpretar com o maior rigor a disposição constitucional que exige concurso público para o ingresso no serviço público, certo que cargos em comissão, para cujo ingresso não se exige concurso público, devem constituir exceção. No caso, dos 67 funcionários da Câmara de Vereadores de Blumenau, 42 (quarenta e dois) são de livre nomeação e apenas 25 (vinte e cinco) de provimento efetivo.”

Como se vê, ainda que a proporcionalidade careça de parâmetro quantitativo definido, o que deve orientar a interpretação é o caráter excepcional que o regime constitucional impõe aos cargos em comissão. Até por definição semântica, exceção denota uma situação extraordinária.

Por todo o exposto, à luz do entendimento deste Tribunal no sentido de que o número de cargos comissionados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos concluo que a legislação ora impugnada viola o art. 37, II e V, bem como o princípio da proporcionalidade razão pela qual conheço parcialmente da ação direta para julgá-la parcialmente procedente e declarar a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 9.496, de 21 de julho de 2010, com as alterações introduzidas pelos art. 12 Lei 11.023, 30 de julho de 2019, todas do Estado do Espírito Santo.

Tendo em vista a necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ora proclamada, proponho à Corte que esta decisão tenha eficácia após decorrido o prazo de doze meses a contar da publicação do acórdão, prazo que entendo suficiente e necessário para que o MPES adote as medidas cabíveis à adaptação do seu quadro de cargos às disposições constitucionais que regem o acesso aos cargos públicos.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/02/2023 00:00