

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público (Ansemp), contra o art. 18 da Lei n. 9.496, de 21 de julho de 2010, o art. 6º da Lei n. 9.703, de 19 de setembro de 2011, e o art. 12 da Lei n. 9.990, de 15 de março de 2013, todas do Estado do Espírito Santo, que versam sobre o quadro de cargos em comissão e funções gratificadas do Ministério Público daquela unidade federativa.

A proponente alega violação da regra do concurso público e dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência, encerrados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, além de afronta ao art. 37, V, da Lei Maior, dada a ausência de hipótese constitucional para a criação de cargos comissionados.

Colhidas informações e ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, a autora aditou a inicial, informando a edição da Lei estadual n. 11.023, 30 de julho de 2019, que alterou a de n. 9.496/2010 para criar 39 vagas do cargo de Assessor Especial, 45 do cargo de Assessor Técnico e 216 do cargo de Assessor de Promotor de Justiça.

A Assembleia Legislativa e o Governador do Estado defenderam a constitucionalidade dos atos normativos questionados. O Advogado-Geral da União opinou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência parcial do pedido nela formulado. O Procurador-Geral da República preconizou a improcedência.

Iniciado o julgamento do feito na sessão virtual de 3 a 10 de fevereiro de 2023, o eminente Relator, ministro Edson Fachin, admitiu em parte a ação e, nessa extensão, julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei estadual n. 9.496/2010, com as alterações introduzidas pela de n. 11.023/2019, art. 12, no que foi acompanhado pelos eminentes ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, este ressaltando considerar insuficiente o prazo de 12 (doze) meses fixado e propondo, considerada a modulação dos efeitos da decisão, que tenha

eficácia após decorridos 24 (vinte e quatro) meses, a contar da publicação da ata de julgamento.

Em seguida, pedi vista dos autos, a fim de melhor apreciar a controvérsia.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

Com as mais respeitosas vênias ao eminente Relator e aos que o acompanharam, sugiro solução diversa para o caso.

Anoto, de início, que reconheço a enorme relevância das funções desempenhadas pelo Ministério Público. Feita a ponderação, a questão central diz respeito à proporcionalidade estabelecida por esta Suprema Corte entre cargos concursados e em comissão quanto ao assessoramento aos membros do *Parquet*.

O Tribunal, ao apreciar a matéria sob o ângulo da repercussão geral (Tema n. 1.010), fixou alguns parâmetros fundamentais no sentido de que “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”, respeitados, assim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Examinada a lei em tela, nota-se que o número de cargos em comissão existentes depois de editada a Lei n. 11.023/2019 (512 cargos) representa mais de 99% do número de cargos efetivos (517), o que acaba por distanciar-se, conforme delineado tanto pelo Relator como pelo ministro Alexandre de Moraes, do mandamento constitucional do concurso público, previsto no art. 37, II e V, da Constituição da República:

Art. 37. [...]

[...]

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** ;

Não é razoável cogitar que, do total de servidores, quase a metade estará a desempenhar atribuições de direção, chefia ou assessoramento. Daí por que a Constituição da República, conquanto reconheça a relevância dos mencionados cargos, afasta essa possibilidade.

Feitas tais considerações, reconheço haver sérias dificuldades, das mais diversas ordens, quanto ao provimento de referidos cargos, seja por concurso, seja em comissão. O próprio Ministério Público do Espírito Santo ressaltou múltiplas dificuldades de natureza orçamentária, como a alusiva à abertura de concurso público para o provimento de cargos mediante concurso. Há, porém, questões outras, de logística, como a atinente à efetiva permanência de assessores em comarcas distantes. Com efeito, não são raros os pedidos de remoção de servidores aprovados, inicialmente, em comarcas distantes, para outras, mais próximas às capitais. Esse fato pode interferir no trabalho realizado pelos membros do *Parquet* , mormente naquelas comarcas mais distantes.

Ademais, considero necessário privilegiar o processo legislativo e as opções políticas. O Judiciário deve exercer seu papel dentro de certas balizas traçadas pela Carta da República, entre as quais se insere o princípio da separação dos poderes.

Assim, é preciso autocontenção na atuação jurisdicional, em respeito, conforme tenho defendido, ao princípio da separação dos poderes, corolário do sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances* .

Do exposto, pedindo as mais respeitosas vênias ao Relator e àqueles que pensam diferente, julgo procedente o pedido, em ordem a atribuir interpretação conforme à Constituição ao art. 18 da Lei n. 9.496/2010, com as

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 reputo atender ao princípio da proporcionalidade e ao disposto no art. 37, II e V, da Lei Maior.

Considerando, ainda, ser necessário adequar a estrutura do Ministério Público estadual aos parâmetros ora fixados, proponho a modulação dos efeitos para que a decisão tenha eficácia após decorrido o prazo de dezoito meses a contar da publicação do acórdão.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 15/05/2023