

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): O cerne da irresignação reside na alegação de (i) vício formal, tendo em vista, de um lado, a atribuição reservada à União para editar normas gerais sobre a instalação e o funcionamento das Defensorias Públicas estaduais e, de outro, a competência normativa complementar dos Estados para suplementar a legislação editada pelo ente central (CF, arts. 24, XIII e § 1º; 61, § 1º, II, “d”; 134, § 1º); e (ii) vício material por ofensa ao princípio da isonomia (CF, arts. 5º, *caput*, e 19, III).

1. Preliminares

A ação deve ser conhecida, porquanto ajuizada por legitimado universal (Procurador-Geral da República) contra ato normativo estadual em vigor, tendo sido invocados como paradigma dispositivos da Constituição Federal.

Afasto a preliminar de não conhecimento por suposta ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo.

Na espécie, o proponente volta-se contra as expressões “o mais antigo no serviço público” e “no serviço público” constantes, respectivamente, do art. 109, parágrafo único, e do art. 115, § 1º, da Lei Complementar n. 988, de 9 de janeiro de 2006, ambos os dispositivos com redação dada pela Lei Complementar n. 1.366, de 23 de dezembro de 2021, do Estado de São Paulo.

Sob tal ângulo, reputo impertinente a impugnação à redação original dos dispositivos, uma vez que eventual procedência do pedido levará à extirpação apenas das expressões impugnadas, sem que isso implique a repristinação dos preceitos originais.

Passo ao exame do mérito.

2. Mérito

2.1 Vício formal: usurpação de competência da União para editar normas gerais sobre a organização das Defensorias Públicas nos Estados (CF, arts. 24, XIII e § 1º; 61, § 1º, II, “d”; e 134, § 1º)

O Texto Constitucional, em seu Título IV – Da Organização dos Poderes –, ao tratar das Funções Essenciais à Justiça no Capítulo IV, lista o Ministério Público (arts. 127 a 130-A), a Advocacia pública (arts. 131 e 132) e privada (art. 133), bem como a Defensoria Pública (arts. 134 e 135).

Essa última é designada como o órgão responsável por conferir máxima efetividade à garantia fundamental do acesso à Justiça, incumbindo-se da orientação jurídica e da defesa dos necessitados. Trata-se, portanto, de instituição permanente do Estado (CF, art. 134) cuja função primordial, como parte integral do regime democrático, inclui a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, tanto em instâncias judiciais como extrajudiciais, de forma integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV).

Sua autonomia funcional e administrativa foi reforçada com o advento das Emendas Constitucionais n. 45/2004, 73/2013 e 80/2014, mediante as quais estabelecidos os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

A EC n. 80/2014 ainda estendeu à Defensoria Pública, no que couber, as previsões contidas nos arts. 93 e 96, II, da Carta da República, relativamente aos postulados a serem observados pelo Estatuto da Magistratura e à iniciativa legislativa privativa para dispor sobre a organização institucional (art. 134, § 4º). Aqui se verifica a simetria determinada pelo legislador constituinte no tocante às regras de promoção aplicáveis aos magistrados:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

Assim, a regulamentação da promoção dos membros da Defensoria Pública, por normas gerais ou regionais, deve seguir, em atenção à simetria, os parâmetros constitucionalmente definidos para os magistrados.

O § 1º do art. 134 da Constituição Federal atribuiu a lei complementar a organização da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, bem como a definição de normas gerais para sua organização nos Estados. O ente federado central, ao editar a Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, se desincumbiu dessa competência normativa.

Diante desse cenário, é preciso avaliar se a legislação estadual relativa aos critérios de desempate para a promoção por antiguidade na carreira da Defensoria Pública estadual está em conformidade com os limites da competência legislativa suplementar dos Estados, respeitando as normas gerais estabelecidas na lei nacional de regência. Em que pese tenha o Texto Constitucional atribuído competência concorrente aos entes federados para legislar sobre a instituição (art. 24, XIII), existindo normas federais sobre a matéria, as regras locais não podem contradizê-las.

Pois bem.

A Lei Complementar paulista n. 988, de 9 de janeiro de 2006, na redação dada pela de n. 1.366, de 23 de dezembro de 2021, considerou o tempo de serviço público como critério de desempate para fins de remoção a pedido.

Ao tratar da promoção, determinou que a lista de antiguidade dos membros da instituição contemple o tempo de serviço na classe, na carreira e no serviço público:

Art. 109. A remoção a pedido, observado o disposto no artigo 31, inciso IX, desta lei complementar, far-se-á mediante requerimento ao Defensor Público-Geral do Estado, em prazo a ser fixado pelo Conselho Superior, contado da data em que for publicado o ato declaratório da vacância.

Parágrafo único – Findo o prazo a que se refere o “caput” deste artigo e havendo mais de um candidato à remoção, será removido, sucessivamente, o mais antigo na carreira, **o mais antigo no serviço público**, o mais idoso e o melhor classificado no concurso para ingresso na Defensoria Pública do Estado.

Art. 115. A antiguidade será apurada pelo tempo de efetivo exercício na classe.

§ 1º Em janeiro de cada ano, o Defensor Público-Geral do Estado mandará publicar, na imprensa oficial, a lista de antiguidade dos membros da Defensoria Pública do Estado, em cada classe, contendo, em anos, meses e dias, o tempo de serviço na classe, na carreira, **no serviço público**, bem como aquele computado para efeito de aposentadoria e disponibilidade.

Ora, os preceitos impugnados não encontram paralelo na legislação federal.

A Lei Complementar n. 80/1994, no Título IV, ao tratar das normas gerais para a organização da Defensoria Pública nos Estados, assim dispôs no § 2º do art. 116:

Art. 116. As promoções serão efetivadas por ato do Defensor Público-Geral do Estado, obedecidos, alternadamente, os critérios de antigüidade e merecimento.

§ 1º É facultada a recusa à promoção, sem prejuízo do critério do preenchimento da vaga recusada.

§ 2º **A antigüidade será apurada na categoria e determinada pelo tempo de efetivo exercício na mesma.**

§ 3º A promoção por merecimento dependerá de lista tríplice para cada vaga, elaborada pelo Conselho Superior, em sessão secreta, com ocupantes do primeiro terço da lista de antigüidade.

§ 4º Os membros da Defensoria Pública do Estado somente poderão ser promovidos após dois anos de efetivo exercício na

categoría, dispensado o interstício se não houver quem preencha tal requisito, ou se quem o preencher recusar a promoção.

§ 5º É obrigatória a promoção do Defensor Público que figurar por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento, ressalvada a hipótese do art. 117, § 2º.

A jurisprudência do Supremo consolidou-se no sentido da inconstitucionalidade de normas estaduais que estabelecem critérios de aferição de antiguidade para efeito de promoção dos defensores públicos diversos daqueles já previstos na norma geral:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Artigo 99, parágrafo único, da Lei Complementar 130/17 do Estado de Goiás. Critérios de aferição de antiguidade para fins de promoção na carreira de Defensor Público. Utilização de tempo de serviço anterior ao ingresso na carreira. 3. Violação aos artigos 5º, *caput*, 19, inc. III, 24, XIII e § 1º, 61, § 1º, II, *d*, 93, II e VIII-A e 134, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal. 4. É competência da União legislar sobre normas gerais de organização da Defensoria Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (LC nº 80/94). 5. A LC nº 80/94 não permite a utilização de tempo anterior ao ingresso na carreira para fins de desempate entre aqueles que estejam concorrendo à promoção por antiguidade. Critério inidôneo. 6. Tratamento mais favorável em desacordo com o art. 19, III, da CF, que veda o estabelecimento de distinções entre brasileiros ou preferências entre si, e ofende o princípio da isonomia. 7. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 99, parágrafo único, da Lei Complementar nº 130/17 do Estado de Goiás.

(ADI 7.305, ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 23 de agosto de 2023 – grifei)

Direito Constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual que dispõe sobre critérios de antiguidade para defensores públicos. 1. Ação direta de inconstitucionalidade contra os arts. 111, § 2º, II e V, e 114, § 1º, da Lei Complementar 26/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 46 /2018, todas do Estado da Bahia, na parte em que fixa o tempo de serviço público estadual e geral como um dos critérios de desempate para a ordem de antiguidade e para a remoção de defensores públicos. 2. Inconstitucionalidade formal. De acordo com a interpretação dada pelo STF aos arts. 61, § 1º, II, *d*, e 134, § 4º, da CF/1988, a definição dos critérios para aferição de antiguidade se insere na competência da União para a edição de normas gerais sobre o regime dos defensores públicos estaduais. Como resultado, lei estadual não pode dispor sobre a matéria. 3. Inconstitucionalidade material. Ao eleger aspecto

estrano à carreira (tempo de serviço público) para fins de aferição da antiguidade, a lei estadual estabeleceu discriminação tida como injustificada, violando o princípio da isonomia, na linha de precedente desta Corte . 4. Procedência do pedido. Fixação de tese de julgamento: “Viola a Constituição Federal o tratamento, por lei estadual, de critérios de desempate para antiguidade e remoção de defensores públicos”.

(ADI 7.306, ministro Roberto Barroso, *DJe* de 17 de julho de 2023 – grifei)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 80/1994. LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL 828/2010. LEI ORDINÁRIA DISTRITAL 3.246/2010. CRITÉRIOS DE DESEMPATE PARA PROMOÇÃO DOS MEMBROS DA CARREIRA. INCOMPATIBILIDADE DO CONTEÚDO DAS NORMAS DISTRITAIS IMPUGNADAS COM A LEI ORGÂNICA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CRITÉRIOS ALHEIOS AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DAS NORMAS DISTRITAIS E DAS NORMAS FEDERAIS QUESTIONADAS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA *EX NUNC* . 1. As Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal são disciplinadas por leis próprias, que organizam os órgãos de assistência jurídica em âmbito subnacional, respeitadas as normas gerais editadas pela União (art. 61, § 1º, II, “d”, da CF; art. 2º da EC 69 /2012) . 2. Ao prever critérios de desempate para a promoção por antiguidade que não encontram respaldo na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, a Lei Complementar Distrital 828/2010 e a Lei Ordinária Distrital 3.246/2010 incorrem em vício formal de constitucionalidade. Precedentes. 3. É inválida a adoção de critérios estranhos ao desempenho da função institucional para efeito de desempate na promoção e na remoção por antiguidade de membros da Defensoria Pública. Precedentes. 4. Ação Direta julgada procedente, com efeitos *ex nunc* .

(ADI 7.303, ministro Alexandre de Moraes, *DJe* de 10 de julho de 2023 – grifei)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 1º E 2º DO ART. 20 E § 4º DO ART. 29 DA LEI COMPLEMENTAR N. 11.795/2002 DO RIO GRANDE DO SUL. CRITÉRIOS DE DESEMPATE NA PROMOÇÃO E REMOÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL POR ANTIGUIDADE. INOBSEVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI ORGÂNICA DA DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO . INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL:

CONTRARIEDADE À AL. D DO INC. II DO § 1º DO ART. 61, AOS §§ 1º E 4º DO ART. 134 E AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA *EX NUNC*.

(ADI 7.317, ministra Cármem Lúcia, *DJe* de 10 de maio de 2023 – grifei)

Acerca da antiguidade para fins de remoção a pedido, o parágrafo único do art. 109 da lei paulista elencou o maior tempo no serviço público como critério de desempate.

O dispositivo tem redação similar à do art. 121, parágrafo único, da LC n. 80/1994. No entanto, por ocasião do julgamento da ADI 7.303, ministro Alexandre de Moraes, *DJe* de 10 de julho de 2023, esta Corte declarou a constitucionalidade da expressão “no serviço público do Estado, no serviço público em geral” contida naquele dispositivo.

Logo, impõe-se reconhecer a constitucionalidade do dispositivo estadual impugnado.

A lei complementar em questão excedeu os limites da competência legislativa suplementar dos Estados, invadindo a competência da União para a edição de normas gerais sobre o regime dos defensores públicos estaduais.

Diante disso, reconheço a constitucionalidade formal das expressões “o mais antigo no serviço público” e “no serviço público” contidas, respectivamente, nos arts. 109, parágrafo único, e 115, § 1º, da Lei Complementar n. 988, de 9 de janeiro de 2006, ambos os dispositivos com redação dada pela Lei Complementar n. 1.366, de 23 de dezembro de 2021, do Estado de São Paulo.

2.2 Vício material: ofensa ao princípio da isonomia (CF, arts. 5º, *caput*; 19, III; 93, II e VIII-A, c/c art. 134, § 4º)

Além do vício formal, os dispositivos questionados padecem, ainda, de constitucionalidade material, pois criam distinção desproporcional entre

os membros da Defensoria Pública estadual. Surge ofensa ao princípio da isonomia, do qual se extrai que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade, a fim de que lhes seja conferida igualdade material.

O fator de discrimine deve atender a finalidades lícitas, vedadas aquelas de natureza escusa, desarrazoada ou arbitrária, sob pena de configuração de nocivo tratamento discriminatório.

De fato, não se revela como critério idôneo para aferir a antiguidade de determinado membro em detrimento de outro o maior tempo de serviço público, independentemente da esfera, sem considerar sequer a atividade anteriormente desempenhada.

Ademais, a norma, ao privilegiar quem desempenhou cargos ou funções no Estado de São Paulo, acabou por estabelecer distinção entre brasileiros mediante critério ilegítimo, em prejuízo para os membros da Defensoria que tenham atuado no serviço público federal, municipal ou em outros Estados da Federação, bem como para aqueles que trabalharam na iniciativa privada, não se afigurando o critério mais eficaz na escolha do indivíduo mais capacitado ou experiente.

Em síntese, de acordo com a jurisprudência consagrada nesta Casa, é inconstitucional norma estadual que inclui o tempo de serviço público como um dos critérios de desempate na definição da ordem de antiguidade de defensores públicos, por violação ao princípio da isonomia (CF, arts. 5º, *caput*, e 19, III), conforme os precedentes anteriormente citados.

Reconheço, assim, a inconstitucionalidade material das expressões “o mais antigo no serviço público” e “no serviço público” constantes, respectivamente, dos arts. 109, parágrafo único, e 115, § 1º, da Lei Complementar n. 988, de 9 de janeiro de 2006, ambos os dispositivos com redação dada pela Lei Complementar n. 1.366, de 23 de dezembro de 2021, do Estado de São Paulo, por ofensa aos arts. 5º, *caput*, e 19, III, da Lei Maior.

3. Modulação dos efeitos da decisão

Presentes razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, faz-se necessário realizar a modulação dos efeitos temporais da declaração de constitucionalidade da norma estadual, preservando-se a validade de todos os atos de remoção e promoção praticados com base na lei impugnada até a publicação da ata de julgamento desta ação.

4. Dispositivo

Do exposto, julgo procedente o pedido para declarar a constitucionalidade das expressões “o mais antigo no serviço público” e “no serviço público” contidas, respectivamente, no art. 109, parágrafo único, e no art. 115, § 1º, da Lei Complementar n. 988, de 9 de janeiro de 2006, ambos os dispositivos na redação dada pela Lei Complementar n. 1.366, de 23 de dezembro de 2021, do Estado de São Paulo, com eficácia *ex nunc*, a contar da publicação da ata de julgamento desta ação.

É como voto.