

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Conforme relatado, o Procurador-Geral da República sustenta que, ao estabelecer o maior tempo de serviço público estadual e o maior número de filhos como critérios de desempate na promoção e remoção por antiguidade de membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, os dispositivos impugnados incorreriam em vícios de ordens formal e material, na medida em que violariam a competência legislativa da União para dispor acerca de normas gerais de organização do Ministério Público (CF, arts. 24, §§ 1º a 4º; 61, § 1º, II, *d*; 128, § 5º; e 129, § 4º), os princípios da igualdade e isonomia federativa (CF, arts. 5º, *caput*; e 19, III), e o regime constitucional de promoção e remoção da magistratura (CF, art. 93, II e VIII-A).

Eis o teor dos dispositivos questionados:

Artigo 135. A antigüidade será apurada na entrância ou no cargo quando se tratar de investidura inicial.

[...]

§ 2º Ocorrendo empate na classificação por antigüidade, terá preferência sucessivamente:

- a) o mais antigo na carreira do Ministério Público;
- b) o mais antigo na entrância anterior;
- c) **o de maior tempo de serviço público estadual;**
- d) **o que tiver maior número de filhos;**
- e) o mais idoso.

Em caráter preliminar, assento não haver obstáculos ao conhecimento da presente ação direta.

Ao contrário do suscitado pelo Ministério Público e pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo ao apontarem possível ofensa reflexa na matéria sob julgamento, o confronto entre o objeto impugnado e os preceitos paradigmáticos evocados denota clara controvérsia de envergadura constitucional, a ser mediada em controle concentrado a partir da interpretação do regime constitucional de promoção de membros integrantes das carreiras do Ministério Público.

No caso, a eventual ofensa à Constituição Federal ocorreria de maneira direta, uma vez que a incursão de um ente da Federação no campo legislativo constitucionalmente outorgado a outro é razão suficiente para,

por si só, fundamentar o pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei por vício formal orgânico (ADI 3.645, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ de 01/09/2006; ADI 2.903, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 19/09/2008; ADI 4.955, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 17/11/2014; ADI 4.060, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 04/05/2015; ADI 3.870, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 24/10/2019).

Destaco, nessa perspectiva, diversas ações de controle concentrado julgadas por esta SUPREMA CORTE que tinham por objeto leis complementares estaduais que organizavam os respectivos Ministérios Públicos: ADI 4.142, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, Dje de 26/02/2020; ADI 5.505, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 30/04/2020; ADI 2.923, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Dje de 24/11/2020; ADI 5.402, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 16/09/2019; ADI 1.916, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 18/06/2010.

Ainda, afasto a pretensa falta de interesse de agir por ausência de impugnação de todo o complexo normativo, suscitada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. É que confunde-se com o próprio mérito da controvérsia a ser julgada o dimensionamento do conjunto de normas trazidas ao conhecimento do TRIBUNAL, sobretudo quando contraposto ao regramento federal sobre o tema, em confronto para elucidar a parcela de competência legislativa reservada a cada um dos entes federativos.

Portanto, CONHEÇO da presente ação direta e passo, em seguida, ao seu julgamento.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme estatuído pelo art. 127 da Constituição Federal e pelo art. 1º da Lei nº 8.625/93.

O texto constitucional estabeleceu garantias institucionais invioláveis e impostergáveis para que o Ministério Público pudesse exercer suas funções de Estado de maneira plena e independente.

De um lado, assim como as garantias do Poder Judiciário, essas garantias são instrumentos para perpetuidade da separação independente e harmônica dos Poderes e Instituições de Estado, e, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria

perpetuidade do regime democrático, pois permitem o exercício efetivo de suas competências constitucionais (HELY LOPES MEIRELLES. *Justitia*, 128 /168, Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo; FÁBIO KONDER COMPARATO. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 83; CARLOS S. FAYT, *Supremacia constitucional e independencia de los jueces*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 2 e ss.).

Tão importante esse objetivo, que a Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios do livre exercício do Ministério Público (art. 85, II, da Constituição Federal). O novo *status* constitucional de independência, autonomia e imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito, conferido ao Ministério Público em 1988, portanto, estabeleceu a garantia de autogoverno, reforçando-a pela concessão, respectivamente, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais de Justiça, de iniciativa de lei sobre a organização dos Ministérios Públicos da União e dos Estados para deflagrar o processo legislativo de edição de leis complementares que disciplinem sua organização, em consonância com os princípios e preceitos constitucionais.

As garantias de autogoverno e iniciativa de lei se completam nos artigos 127 e 128 da Constituição Federal, que, ao enumerarem as garantias institucionais do *Parquet*, estabelecem (art. 127, § 2º) autonomia funcional e administrativa; e consagram seu autogoverno, estabelecendo a forma de investidura do chefe da Instituição, duração do mandato e possibilidade de perda – §§ 1º e 3º, do PGR; §§ 2º e 4º, dos PGJs –, e a iniciativa de lei complementar para o estabelecimento da organização, atribuições e o estatuto de cada Ministério Público; inclusive no tocante à regulamentação da previsão constitucional de escolha do Procurador-Geral.

Competirá ao Procurador-Geral de Justiça o exercício do autogoverno da Instituição, sem possibilidade de qualquer ingerência, seja do Executivo, seja do Legislativo ou do Judiciário, o que configura importante garantia institucional, como ressaltado pelo Min. CELSO DE MELLO:

“Dentre as garantias objetivas, ou de índole constitucional, asseguradas pela nova Constituição ao Ministério Público, está aquela que consagra o princípio de autogoverno dessa Instituição, cuja realidade, em nosso sistema de direito positivo, deriva, essencialmente, da alta missão institucional que vincula o Parquet, de modo absolutamente incondicional, à tutela da ordem jurídica, à

defesa do regime democrático e à proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Voto do Min. Celso de Mello, no MS 21.239; RTJ 147/162).

Quanto à iniciativa de lei complementar para seu autogoverno no âmbito do Ministério Público estadual, o Procurador-Geral de Justiça detém a iniciativa para a propositura da lei orgânica do Ministério Público respectivo, desde que nos limites da legislação nacional, em que se definem as normas gerais para a organização dos MPs estaduais.

A Constituição Federal, conforme expus em sede doutrinária (*Direito Constitucional* , 39ª edição, capítulo 10, item 5), previu hipótese de iniciativa legislativa concorrente para apresentação de projeto de lei federal que disporá sobre a organização do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 61, § 1º, II, d e art. 128, § 5º). Assim, apesar de o art. 61 prever as hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República, o próprio texto constitucional ressalvou no § 5º do art. 128 a possibilidade de concorrência do Procurador-Geral da República. Essa dicotomia em relação à iniciativa para apresentação do projeto de lei complementar de organização do Ministério Público da União já foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se apontou que o legislador constituinte estabeleceu uma concorrência entre o Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, d) e o Procurador-Geral da República (CF, art. 128, § 5º).

Em relação à criação de cargos, porém, como salientado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, “ a iniciativa da criação por lei de cargos do Ministério Público é predicado explícito da sua autonomia (CF, art. 127, § 2º) e, por isso, iniludivelmente privativa dos seus próprios órgãos diretivos, em particular, do seu chefe ” (MS 21239, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 5/6/1991, DJ de 23/4/1993). Da mesma forma, faculta-se com exclusividade aos Procuradores-Gerais de Justiça de cada Estado-membro a iniciativa para lei complementar que estabelecerá a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (CF, art. 128, § 5º).

Nesse sentido: ADI 4.142, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 26/02/2020; ADI 5.281, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 20/05/2021; ADI 5.505, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 30/04/2020; ADI 5.402, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 16/09/2019; e ADI 852, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 18/10/2002.

Além disso, a Constituição Federal estabelece clara simetria entre a movimentação funcional dos membros do Ministério Público e as regras constitucionais de progressão nas carreiras da magistratura. Assim, a remoção dos membros do Ministério Público deverá seguir a forma da remoção para os membros do Poder Judiciário, conforme dicção dos arts. 93, II e VIII-A e 129, § 4º, da Constituição Federal:

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;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

No caso sob exame, portanto, tanto a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) quanto a impugnada Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (LC 734/1993) devem balizar o regime de movimentação funcional dos membros do Ministério Público

estadual de acordo com o preceito constitucional que o atrela à dinâmica própria dos magistrados, incorporando critérios alternados de antiguidade e de merecimento na ascensão vertical.

O provimento derivado que termina por consubstanciar tal ascensão, quando utiliza o critério constitucional da antiguidade, deve se ater a parâmetros temporais que definem a colocação de cada membro do Ministério Público em função do tempo de pertencimento a determinada classe, categoria ou entrância. Tal solução prestigia a impessoalidade, a isonomia, a moralidade e a eficiência.

Além da necessária higidez frente ao texto constitucional, há de se afiançar igualmente a compatibilidade entre o regramento nacional, regime geral que deve informar os diversos ramos do Ministério Público em todos os níveis federativos, e a lei orgânica estadual, cujo conteúdo deve refletir com acuidade os ditames previstos em caráter geral.

Esta foi, inclusive, a orientação firmada pelo legislador federal:

LONMP

Art. 81. Os Estados adaptarão a organização de seu Ministério Público aos preceitos desta lei, no prazo de cento e vinte dias a contar de sua publicação.

Tal compreensão também é compartilhada pela doutrina, para quem “ a *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12-2-1993) é de observância obrigatória pelos Estados-Membros, quando organizam o Parquet* ” (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2021).

Consideradas essas premissas, cabe confrontar o teor do estatuto geral com o regramento estadual ora impugnado. Ao fazê-lo, verifica-se que, enquanto a lei orgânica nacional absorve os mandamentos constitucionais de modo absolutamente congruente, o estatuto estadual arbitra um paradigma de desempate inédito para a aferição da antiguidade, prescrevendo sucessivos critérios que não encontram respaldo em qualquer referência normativa, seja na lei nacional, seja no texto constitucional.

LONMP

Art. 61. A Lei Orgânica regulamentará o regime de remoção e promoção dos membros do Ministério Público, observados os seguintes princípios:

I - **promoção voluntária, por antigüidade e merecimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria** e da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça, aplicando-se, por assemelhação, o disposto no art. 93, incisos III e VI, da Constituição Federal;

II - **apurar-se-á a antigüidade na entrância** e o merecimento pela atuação do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a freqüência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento;

III - obrigatoriedade de promoção do Promotor de Justiça que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

IV - a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância ou categoria e integrar o Promotor de Justiça a primeira quinta parte da lista de antigüidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago, ou quando o número limitado de membros do Ministério Público inviabilizar a formação de lista tríplice;

V - a lista de merecimento resultará dos três nomes mais votados, desde que obtida maioria de votos, procedendo-se, para alcançá-la, a tantas votações quantas necessárias, examinados em primeiro lugar os nomes dos remanescentes de lista anterior;

VI - não sendo caso de promoção obrigatória, a escolha recairá no membro do Ministério Público mais votado, observada a ordem dos escrutínios, prevalecendo, em caso de empate, a antigüidade na entrância ou categoria, salvo se preferir o Conselho Superior delegar a competência ao Procurador-Geral de Justiça.

Art. 62. Verificada a vaga para remoção ou promoção, o Conselho Superior do Ministério Público expedirá, no prazo máximo de sessenta dias, edital para preenchimento do cargo, salvo se ainda não instalado.

Art. 63. Para cada vaga destinada ao preenchimento por remoção ou promoção, expedir-se-á edital distinto, sucessivamente, com a indicação do cargo correspondente à vaga a ser preenchida.

LOMPSP

Artigo 135. A antigüidade será apurada na entrância ou no cargo quando se tratar de investidura inicial.

[...] § 2º Ocorrendo empate na classificação por antigüidade, terá preferência sucessivamente:

- a) o mais antigo na carreira do Ministério Público;
- b) o mais antigo na entrância anterior;
- c) o de maior tempo de serviço público estadual;**
- d) o que tiver maior número de filhos;**
- e) o mais idoso.

Como se vê, os dois fatores de desempate estatuídos na lei sergipana (maior tempo de serviço público estadual e maior número de filhos) não encontram paralelo na Lei 8.625/1993, distanciando-se do postulado da antigüidade que deve informar a movimentação funcional da carreira ministerial.

Dessa forma, ao permitir a formação de listas de antigüidade pautadas em tais critérios, a norma local termina por invadir campo normativo reservado à norma geral. De fato, mais do que apenas regulamentar hipótese ou aspecto não enfrentado pela LONMP, o legislador estadual criou situação incompatível com o regime funcional do Ministério Público, comprometendo, assim, a uniformidade pretendida pelo texto constitucional ao atribuir à União a competência para a edição de normas gerais sobre a organização dos Ministérios Públicos dos Estados.

Confira-se, no ponto, o seguinte trecho da inicial formulada pela Procuradoria-Geral da República:

Ao dispor sobre a organização do Ministério Público estadual, a Lei Complementar 734/1993 do Estado de São Paulo, no art. 135, § 2º, “c” e “d”, veiculou critérios de aferição da antigüidade para promoção /remoção de membros do MP consistentes no “tempo de serviço público estadual” e “maior número de filhos”.

Ocorre, porém, que o art. 61, II e VI, da Lei federal 8.625/1993 apenas admite como critério de apuração da antigüidade, para efeito de promoção e remoção de membros, a atuação na entrância ou categoria.

[...]

Ao estabelecerem critérios de antigüidade baseados no maior tempo de serviço público e no maior número de filhos, ou seja, em circunstâncias alheias ao exercício das funções ministeriais, versaram as normas estaduais ora impugnadas sobre matéria reservada à LONMP, com ofensa aos arts. 24, §§ 1º a 4º, 61, § 1º, II, d, 128, § 5º, e 129, § 4º, c/c art. 93, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, destaco passagem da manifestação ofertada pela Advocacia-Geral da União:

Acerca do tema, o artigo 135, § 2º, alíneas “c” e “d”, da Lei Complementar nº 734/1993 do Estado de São Paulo estabelece como critérios de desempate na promoção dos membros do Ministério Público o maior tempo de serviço público estadual e o maior número de filhos.

Ao assim dispor, as normas questionadas deixaram de observar o comando contido na Lei nº 8.625/19931 que determina a precedência dos membros do Ministério Público mais antigos na entrância.

[...]

Muito embora o artigo impugnado dê preferência ao candidato mais antigo na entrância, em caso de empate na antiguidade, as normas sob invectiva determinam que, permanecendo empate, terá prioridade aquele que tiver, sucessivamente, maior tempo de serviço público estadual e maior número de filhos. Como visto, os critérios do número de filhos e do tempo de serviço público não guardam pertinência com a antiguidade do membro do Ministério Público na carreira, quanto menos na categoria.

Em outros termos, as disposições em exame excedem o que determina a Lei nº 8.625/1993, privilegiando aqueles que tenham maior tempo de serviço público estadual e maior número de filhos.

Os dispositivos impugnados, portanto, acabam por incorrer em inconstitucionalidade formal por invadirem a competência legiferante da União para a definição de um complexo de norma gerais a reger a organização dos Ministérios Públicos estaduais (art. 61, § 1º, II, d, CF).

Esta foi a compreensão dessa CORTE quando, em sentido análogo, com fundamento no dispositivo constitucional relativo à magistratura (art. 93), que também informa o regime ministerial (art. 129, § 4º), reconheceu a competência exclusiva da União para legislar sobre a organização da judicatura, assim como a inconstitucionalidade formal de normas que porventura destoassem da concretização de tal competência na forma da LOMAN.

Assim: ADI 4.042-MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 30/4/2009; ADI 2.494, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 13/10/2006; ADI 1.422, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJe de 12/11/1999; MS 34.076, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 16/11/2016; e ADI 3.698, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de

15/8/2019, que enfrentou especificamente a controvérsia sobre o desempate na antiguidade:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 164 DA LEI 12.342/94 DO ESTADO DO CEARÁ – CONDIÇÕES ESTRANHAS À FUNÇÃO JURISDICIONAL PARA DETERMINAR O DESEMPATE NA CLASSIFICAÇÃO PELO CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE NA ENTRÂNCIA - ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assentada no sentido da inconstitucionalidade, por violação ao art. 93 da Constituição Federal, de normas estaduais, legais ou constitucionais, que disciplinem matérias próprias do Estatuto da Magistratura, em desacordo com ele ou em caráter inovador . Neste contexto, a LOMAN não consagrou o disposto no artigo 164 da Lei 12.342, de 28 de julho de 1994, do Estado do Ceará, que estabelece condições estranhas à função jurisdicional para determinar o desempate entre aqueles que estejam concorrendo à promoção por antiguidade.

2. Ação julgada procedente.

(ADI 3.698, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 15/8/2019)

Não bastasse o vício de ordem formal, os dispositivos questionados também representam ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da isonomia.

A antiguidade relaciona-se com o exercício e com a experiência acumulada em um cargo específico (ainda que dimensionada em cada entrância ou categoria), firmando-se no desempenho de abrangentes funções constitucionais na singular condição de agente público membro do Ministério Público, atrelando, desse modo, a ascensão funcional vertical a pressupostos objetivos intrinsecamente associados às competências enfeixadas no cargo ocupado. Em linha de princípio, portanto, não se viabiliza o estabelecimento de critérios que permitam ao membro galgar sucessivas classes da carreira de acordo com situações estranhas à função ministerial.

Conforme decidido por esta SUPREMA CORTE, especificamente quanto a parâmetros de provimento aplicados à carreira da magistratura, de todo aplicável ao presente caso, não são cabíveis, como medidas de desempate entre os concorrentes à promoção por antiguidade, condições estranhas à função jurisdicional (ADI 6.779, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 3/9/2021; ADI 6.766, Rel. Min.

ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 30/8/2021). Cito, nesse sentido, o seguinte precedente :

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME JURÍDICO DA MAGISTRATURA. PROMOÇÃO. ARTIGO 92, III, E, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 46, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2006. ALTERAÇÃO NÃO SUBSTANCIAL DO PARÂMETRO DE CONTROLE. AÇÃO CONHECIDA. VIOLAÇÃO DA RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 93, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INSERÇÃO DE CONDIÇÕES ESTRANHAS À FUNÇÃO JURISDICIONAL PARA A CLASSIFICAÇÃO PELO CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA. AFRONTA AO ARTIGO 5º, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRECEDENTES. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA.

1. Alteração parcial do parâmetro de controle invocado art. 93 pelas Emendas Constitucionais n.º 45/2004 e 103/2019. Ausência de inovação substancial. Precedentes.

2. O art. 93, *caput*, da Constituição Federal reserva a lei complementar nacional, de iniciativa deste Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o Estatuto da Magistratura.

3. Enquanto não editada referida lei complementar, a uniformização do regime jurídico da magistratura permanece sob a regência da Lei Complementar n.º 35/1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional LOMAN. Precedentes.

4. O poder constituinte decorrente imiscuiu-se em matéria própria do Estatuto da Magistratura, em violação direta da reserva de lei complementar nacional, de iniciativa desta Suprema Corte, nos termos do art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade formal configurada. Confirmação da medida cautelar.

5. **Critério externo à magistratura para a promoção por antiguidade, sem justificativa para o *discrimen*. Tratamento mais favorável em afronta à isonomia (art. 5º, *caput*, CF). Inconstitucionalidade material reconhecida.**

6. Ação direta conhecida e pedido julgado procedente, para, tornando definitiva a medida cautelar deferida, declarar a inconstitucionalidade do art. 92, inciso III, "e", da Constituição do Estado do Mato Grosso, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 46, de 22 de novembro de 2006.

(ADI 4.042, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe de 18/11/2021)

A Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, uma vez que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis, portanto, com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Todavia, como bem destacado pelo Procurador-Geral da República, as precedências conferidas pelas normas impugnadas constituem *discrímen* irrazoável e, portanto, constitucionalmente inadmissíveis:

O art. 93, II e VIII-A, c/c o art. 129, § 4º, da CF, ao dispor sobre os princípios básicos a serem observados nas promoções e remoções de membros do MP, requer alternância dos critérios de antiguidade e merecimento.

Contrariamente ao que estatuem tais preceitos da Constituição Federal, as disposições questionadas nesta ação direta pautaram a aferição da antiguidade no desempenho de atividades que não guardam relação com a atividade ministerial.

Por fixarem critério baseado no maior tempo de serviço público, ou seja, em lapso laboral alheio ao exercício de funções institucionais do Ministério Público, as disposições questionadas infringem tanto os

arts. 93, II e VIII-A, c/c 129, § 4º, da CF, quanto o princípio da igualdade, regente de toda modalidade de seleção pública.

Isso porque as normas instituem preferência e privilégio infundado e injustificado em prol de determinados membros do Ministério Público, pelo simples fato de terem atuado por mais tempo no serviço público antes de haverem ingressado na instituição, em comparação com outros membros com menor ou nenhum tempo de serviço público.

A inconstitucionalidade material dos dispositivos é ainda mais evidente no ponto em que estabelecem “tempo de serviço público estadual” e “maior número de filhos” como critérios de desempate para promoção por antiguidade de membros do MP, por criarem distinção indevida entre brasileiros pela mera circunstância de terem prestado serviços para determinado ente da Federação, ou por possuírem maior número de filhos em comparação com outros integrantes do órgão com menos ou nenhum descendente direto de primeiro grau.

De fato, o “*maior tempo de serviço público estadual*” , independentemente da atividade pública anteriormente desempenhada, não se qualifica como critério idôneo apto a embasar tratamento mais favorável a determinados agentes públicos em detrimento daqueles que pertenceram a outros quadros federativos ou daqueles que anteriormente se dedicaram à atividade privada. Esse tratamento desigual revela-se em desacordo com o art. 19, III, da Constituição Federal, que veda o estabelecimento de distinções entre brasileiros ou preferências entre si, e ofende o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF).

Registro, nesse contexto, especificamente quanto ao tratamento desigual em concursos públicos, que há diversos precedentes desta CORTE que repudiam o favorecimento de candidatos com base em sua proveniência, ou por já terem prestado serviço público a determinado ente federativo (ADI 3.580, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 3/8/2015; ADI 2.949, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Redator p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 28/5/2015; ADI 4.178 Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 18/11/2020; ADI 3.522, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 12/5/2006), entre os quais transcrevo o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI ESTADUAL 6.677/1994 DO ESTADO DA BAHIA. CONCURSO PÚBLICO. EMPATE ENTRE CANDIDATOS. PREFERÊNCIA EM

ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO A CANDIDATO QUE CONTAR MAIS TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, 19, III, E 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. Como corolário do princípio da isonomia posto em seu art. 5º, caput, a Constituição Federal enuncia expressamente, no inciso III do art. 19, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

3. O dispositivo legal impugnado tem o **claro propósito de conferir tratamento mais favorável a servidores do Estado da Bahia, em detrimento dos demais Estados da Federação, estando em frontal desacordo com o art. 19, III, da CF, que veda o estabelecimento de distinções entre brasileiros com base na origem ou procedência** . Precedentes.

4. Medida cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 5.776, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgada pelo Tribunal Pleno em 19/12/2018, DJe de 3/4/2019)

Por sua vez, as mesmas razões atinentes à antiguidade e à igualdade devem motivar o controle abstrato do outro critério de desempate elencado na normal local impugnada, já que o dimensionamento da prole do membro do Ministério Público constituem critério ilegítimo para conformar sua progressão funcional nos quadros do *Parquet* .

Nada obstante a invalidade das normas questionadas, entendo presentes razões de segurança jurídica e excepcional interesse público (art. 27 da Lei 9.868/1999), a recomendar a modulação da declaração de inconstitucionalidade, para que tenha eficácia *ex nunc* , a contar da publicação da ata do presente julgamento.

De fato, a eventual reorganização administrativa de todo o quadro do Ministério Público estadual, na busca de restabelecer a situação funcional dos membros movimentados no curso de inúmeros anos ao abrigo de critérios tidos por inconstitucionais, criaria grave incerteza sobre a validade de atos praticados.

Não se trata, pois, de mera questão interna ao órgão ou calcada apenas no interesse particular de cada membro, mas, em última análise, do

comprometimento do regular funcionamento do Ministério Público como instituição, com evidente prejuízo ao interesse de toda a sociedade, razão pela qual entendo ser o caso de atribuir efeitos prospectivos à presente decisão, na linha da Jurisprudência da CORTE que adotou idêntica solução em julgamentos que trataram da constitucionalidade de leis que organizam carreiras públicas no âmbito estadual (ADI 4.758, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 6/3/2020; ADI 4788-AgR-ED, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 2/4/2018).

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 135, § 2º, “c” e “d”, da Lei Complementar 734 /1993 de São Paulo, com eficácia *ex nunc*, a contar da publicação da ata do presente julgamento.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2023 (15h)