

VOTO

O Senhor Ministro Luiz Fux (Relator): Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre membro do Ministério Público, senhores advogados aqui presentes, a controvérsia posta em debate cinge-se à constitucionalidade da expressão “depois na Administração Pública estadual, federal, municipal”, contida no artigo 44, § 4º, da Lei Complementar n. 12, de 27 de dezembro de 1994, do Estado de Pernambuco, com a redação dada pela Lei Complementar n. 21, de 28 de dezembro de 1998:

Art. 44. As promoções na carreira do Ministério Público operar-se-ão 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, inciso III, da Constituição Federal.

(...)

§ 4º Para o desempate da antigüidade na entrância, recorrer-se-á ao maior tempo de serviço no Ministério Público, depois na Administração Pública estadual, federal, municipal e, finalmente, à maior idade.

O Procurador-Geral da República sustenta que essas normas, que dispõem sobre a organização do Ministério Público estadual e da carreira de seus membros, são inconstitucionais, ao estabelecer o maior tempo de serviço público estadual, federal e municipal como critérios de desempate na promoção por antigüidade de membros do Ministério Público do Estado de Pernambuco.

A alegação abrange a inconstitucionalidade formal, em razão de a lei estadual ter disposto de forma diversa das normas gerais, previstas em lei nacional, bem como o vício de natureza material, por ofensa à isonomia e por criação de distinção entre brasileiros.

I – PRELIMINAR: OFENSA APENAS INDIRETA À CONSTITUIÇÃO

Em caráter preliminar, a Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco arguiu a impossibilidade de controle abstrato no presente caso, por entender que se alega ofensa à Constituição que, na realidade, seria de natureza meramente reflexa. Seria necessário cotejar normas infraconstitucionais para se extrair a violação às normas constitucionais, o que não seria objeto contido na moldura processual do controle concentrado.

Entretanto, o confronto entre a norma impugnada e os preceitos paradigmáticos evocados demonstra uma evidente controvérsia de envergadura constitucional, possibilitando o controle concentrado para determinação do regime constitucional de promoção de membros integrantes das carreiras da Defensoria Pública.

In casu, a ofensa à Constituição Federal arguida na ação direta não possui natureza reflexa, mas sim direta, uma vez que se trata de incursão de um ente da Federação na seara legislativa constitucionalmente outorgado a outra. Essa ingerência tem sido considerada, por esta Suprema Corte, como razão suficiente para fundamentar, por si só, o pedido de declaração de inconstitucionalidade formal. Precedentes: 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.

Enfatizo, ainda, que diversas ações de controle concentrado apreciadas por este Supremo Tribunal Federal possuíam por objeto leis complementares estaduais que organizavam os respectivos Ministérios

Públicos: ADI 7.287, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 10/07/2023; ADI 7.292, Rel. Min. NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, DJe de 04/12/2023; ADI 7.288, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 11/09/2023; ADI 7.295, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 09/10/2023.

Ademais, a discussão envolve tratamento diferenciando sem adequada razão de distinção, com violação ao princípio da isonomia. Esse tratamento diferenciado, fundado, por exemplo, no fato de ter atuado como servidor de um específico ente federativo, possui relevância constitucional, atraindo hipótese de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, afasto a preliminar arguida.

II – INTRODUÇÃO AO MÉRITO: A CONFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 disciplina a conformação do Ministério Público ao tratar das funções essenciais à Justiça. Definem-se a sua natureza, as suas funções, os princípios institucionais e as prerrogativas de seus membros no artigo 127, caput e §§ 1º e 2º, que assim dispõe:

“Art. 127. 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.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.”

Da leitura dos dispositivos transcritos, nota-se que o texto

constitucional de 1988 concedeu ao Ministério Público a *autonomia funcional*, além de prever, quanto aos seus membros, o princípio da *independência funcional* em sua atuação. Esses atributos fornecem ao Ministério Público a autonomia e a liberdade para a defesa intransigente da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Essa autonomia é uma garantia de que o Ministério Público possa cumprir o seu mister constitucional sem subordinação a interesses político-partidários, e sim com obediência direta à Constituição e ao direito posto. A liberdade de ofício, que se concede em conjunto com a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, funciona, como lição elementar de teoria do Estado, de garantia à sociedade. É o suporte jurídico para que os seus membros cumpram, sem subordinação, o seu *mister público*, à luz do que demonstra a própria etimologia do termo, consagrado no Direito Comparado, para designar a instituição.

Não é outra a lição de Hugo Nigro Mazzilli, doutrinador que participou ativamente das discussões prévias à aprovação do texto constitucional, da qual se pode extrair um sentido originalista da disciplina que se deu a essa função essencial à Justiça no texto constitucional:

“A autonomia funcional é da instituição do Ministério Público, pois consiste na liberdade que tem de exercer o seu ofício em face de outros órgãos do Estado, subordinando-se apenas à Constituição e às leis; já a independência funcional é atributo dos órgãos e agentes do Ministério Público, ou seja, é a liberdade que cada um destes tem de exercer suas funções em face de outros órgãos ou agentes da mesma instituição, subordinando-se por igual à Constituição e às leis”. (MAZZILLI, Hugo Nigro, Regime Jurídico do Ministério Público. 8 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136)

Também reforçando tema fundamental do Direito Público, a discricionariedade e a liberdade de atuação não se confundem com a arbitrariedade. A autonomia funcional é concedida nos limites e em função da defesa da ordem jurídica, e não como escudo ou broquel a

evitar a prestação de contas ou a responsabilização por omissão no cumprimento dos deveres. Neste mesmo sentido, pode-se trazer à tona a coerente admoestação deixada por Mazzilli:

“Entretanto, se liberdade funcional significa tomar decisões dentro dos limites da lei, ela não significa arbítrio. Não pode cada membro do Ministério Público, invocando a independência funcional ou seu papel de defensor do regime democrático, escolher que leis quer cumprir, e que leis não quer cumprir. [...]

Se em princípio é lícito que o membro do Ministério Público não identifique hipótese em que a lei torne obrigatória sua atuação, não menos verdade é que, para admitir licitude de sua recusa, deve estar fundada em adequado suporte fático e jurídico. A liberdade e a independência funcionais existem, mas não se pode invocar levemente uma ou outra para justificar posições estritamente arbitrárias ou pessoais”. (MAZZILLI, Hugo Nigro, Regime Jurídico do Ministério Público. 8 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136-137)

Portanto, a autonomia funcional da Instituição não pode ser restringida, pela legislação infraconstitucional, dada a não abertura de limitação pelo próprio texto constitucional. A atuação dos membros do Ministério Público não admite balizas jurídicas à sua independência funcional que não estejam previstas no sistema constitucional de responsabilização.

Quanto ao regime jurídico dos promotores e procuradores, a Constituição prevê regras similares à da magistratura, conferindo-lhe igual estatuto jurídico. É o que leciona o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Sem dúvida, deve-se reconhecê-lo, foi intenção do constituinte fazer o Ministério Público representar a lei antes de servir aos governantes. Por isso condicionou a entrada para a carreira ao concurso, conferindo-lhe as mesmas garantias atribuídas aos membros do Poder Judiciário: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, nas mesmas condições (art. 128, § 5º, I, a, b, c).

Ganhou, portanto, o Ministério Público um estatuto praticamente idêntico ao do Judiciário. As vedações que lhe foram impostas coincidem com as aplicadas aos membros do Poder Judiciário, apenas, mais explicitadas. A proibição de exercício de advocacia e de participação em sociedade comercial também atinge ao Judiciário, embora não expressamente prevista na Constituição, além das vedações comuns de participação em porcentagens ou custas processuais; exercício de outro cargo ou função pública, salvo uma de magistério; exercício de atividade político-partidária; recebimento de auxílios e contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções legais e, finalmente, exercício de advocacia, no juízo ou tribunal em que desenvolviam suas atividades, pelo período de três anos a contar de seu afastamento do cargo, por aposentadoria ou exoneração” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. – 42. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.).

Esse regime funcional abrange as garantias constitucionais expressas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, conforme previstas no artigo 128, § 5º, inciso I. São concedidas pelo texto constitucional a fim de que se preserve o interesse público na atuação de cada um de seus membros.

Além disso, prevê as vedações, ônus que são impostos para preservar a independência funcional e a adequada defesa da ordem jurídico-constitucional. O artigo 128, § 5º, inciso II, da Constituição da República, enumera a vedação de recebimento de honorários, porcentagens ou custas processuais; de exercer a advocacia; de participar de sociedade comercial, na forma da lei; de exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária; bem como receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

A arquitetura constitucional do Ministério Público abrange a promoção e remoção de seus membros, estipulando regras que visam a privilegiar o tempo de serviço, relacionado à experiência no exercício das funções, e o merecimento, critério que premia os que se destacam por produtividade e presteza no exercício das funções e pela frequência e

aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

Essa adoção dos critérios da antiguidade e do merecimento para promoção e remoção, os mesmos adotados para os magistrados, advém da determinação do artigo 129, § 4º, da Constituição, que determina a aplicação, no que couber, do artigo 93, que trata do estatuto da magistratura, aos promotores e procuradores. Assim, as promoções e remoções dos membros do Ministério Público são regulados por esses dois critérios, buscando democratizar a progressão funcional e a obtenção das lotações mais desejadas.

III – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: A INGERÊNCIA DA NORMA ESTADUAL NO ÂMBITO DAS NORMAS GERAIS PREVISTAS EM LEI EDITADA PELA UNIÃO

A Constituição da República prevê que as normas que regulam a carreira da magistratura são igualmente aplicáveis ao Ministério Público, inclusive com tratamento simétrico quanto à movimentação e progressão funcional de seus membros. Assim, as regras criadas pelo legislador infraconstitucional para a carreira de promotores e procuradores devem claramente obedecer a esse regramento constitucional e conferir o tratamento símile ao previsto para os magistrados.

Quanto à edição das normas sobre a carreira do Ministério Público dos Estados, a Constituição atribui competência concorrente limitada à União e aos Estados-Membros. A organização institucional do Ministério Público dos Estados deve, assim, ser disciplinada por meio de *competência legislativa dialógica*, com normas gerais estabelecidas pela União e normas específicas e particulares editadas pelos Estados, no âmbito de sua competência suplementar. É o que se extrai da leitura do artigo 61, § 1º, alínea *d*, e do artigo 128, da Constituição da República:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao

Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

[...]

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

b) o Ministério Público do Trabalho;

c) o Ministério Público Militar;

d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente

da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

§ 4º Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente

do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

II - as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer a advocacia;

c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

e) exercer atividade político-partidária;

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

§ 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.

Especificamente sobre a remoção e promoção dos membros do Ministério Público, há, ainda, a previsão do artigo 129, § 4º, da Constituição, com indicação de aplicação do regime jurídico-constitucional da magistratura, no que couber. O artigo 93, por sua vez, prevê os princípios a serem observados por lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que disponha sobre o Estatuto da Magistratura, dos quais se destacam, abaixo, os relacionados à remoção e promoção, previstos nos incisos II, III, IV, VIII-A e VIII-B:

Art. 129. {...}

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

[...]

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 antigüidade 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 antigüidade 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 freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, 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;

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de

Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;

IV - previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;

[...]

VIII-A - a remoção a pedido de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas "a", "b", "c" e "e" do inciso II do caput deste artigo e no art. 94 desta Constituição;

VIII-B - a permuta de magistrados de comarca de igual entrância, quando for o caso, e dentro do mesmo segmento de justiça, inclusive entre os juízes de segundo grau, vinculados a diferentes tribunais, na esfera da justiça estadual, federal ou do trabalho, atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas "a", "b", "c" e "e" do inciso II do caput deste artigo e no art. 94 desta Constituição;

Entre os parâmetros constitucionais existentes para o regime jurídico da carreira do Ministério Público, inclui-se o princípio, estabelecido no artigo 93, inciso II, para a magistratura, de promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento. Portanto, a norma constitucional indica os dois critérios de promoção de magistrados que, por comando expresso do artigo 129, § 4º, devem ser estendidos à progressão funcional no Ministério Público.

Quanto ao regramento infraconstitucional, a Constituição institui um *sistema de condomínio legislativo*, permitindo ao Estado-Membro, em eventual lacuna de legislação de caráter nacional, o exercício da competência legislativa plena, com livre atuação normativa. Em havendo, contudo, normas gerais editadas pela União, o Estado não pode, em sua lei específica, esvaziar o seu conteúdo, cabendo-lhe tão-somente complementá-la.

Sobre essa repartição de competência legislativa, um breve e conveniente histórico de sua gênese é encontrado na obra do Professor Raul Machado Horta:

“A Constituição, aparentemente inspirada na formulação do Anteprojeto da Omissão de Estudos Constitucionais, a Comissão Afonso Arinos, conferiu autonomia à legislação concorrente partilhada pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal. Autonomia formal, sob o aspecto de nova modalidade introduzida na repartição de competências, e autonomia material, indicando os temas que poderão constituir objeto da legislação concorrente. Enriqueceu a autonomia formal, dispondo que a competência da União consistirá no estabelecimento de normas gerais, isto é, normas não exaustivas, e a competência dos Estados se exercerá no domínio da legislação suplementar (art. 24, §§ 1º e 2º). A lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais” (HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 367).

A Lei n. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, traz, quanto aos Ministérios Públicos dos Estados, essa moldura legislativa, com as regras gerais sobre a instituição. Essas normas podem ser suplementadas, mas não contrariadas, pela legislação estadual.

Essa competência concorrente se aloca no chamado *federalismo cooperativo*, permitindo que os entes federativos contribuam para a regulação de um mesmo tema. Neste condomínio legislativo, “as normas gerais cabem à União, e aos Estados-membros cabem as normas particulares. Por isso, a competência dos Estados-membros é denominada complementar, por adicionar-se à legislação nacional no que for necessário. Também à União cabe legislar sobre normas particulares para seu âmbito” (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

A observância das normas gerais, presentes na lei editada pela União, pelos Estados-Membros é a orientação expressa da Lei Orgânica

Nacional do Ministério Público, a Lei n. 8.625/1993:

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.

Esta Corte tem adotado essa mesma compreensão, ressaltando a necessidade de observância das normas gerais pelo legislador estadual:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. ARTIGO 5º DA LEI COMPLEMENTAR 207/2015, DO ESTADO DO PIAUÍ. CRIAÇÃO DE NOVAS ATRIBUIÇÕES DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE LEI SOBRE TEMA DIVERSO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA PRÓPRIA DA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E, EM ÂMBITO ESTADUAL, SUJEITA À INICIATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA E À AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. **As leis complementares estaduais que dispõem sobre a organização, atribuições e estatuto dos respectivos Ministérios Públicos** (i) são de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça daquele Estado-membro; e (ii) **devem respeito à lei federal de normas gerais, de iniciativa privativa do Presidente da República**. Precedentes: ADI 852, rel. min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em 29/8/2002, DJ de 18/10/2002; ADI 3.041, rel. min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgada em 10/11/2011, DJe de 1º/2/2012). 2. In casu, a emenda parlamentar que alterou o artigo 39, IX, da Lei Orgânica do Ministério Público do Piauí (Lei Complementar estadual 12/1993) com o objetivo

de ampliar as atribuições do Procurador-Geral de Justiça, tornando-as, ainda, indelegáveis, carece de pertinência temática com o projeto de lei originariamente apresentado à Casa Legislativa, que dispunha sobre criação e instalação de promotorias de justiça na capital e no interior do estado e sobre a correspondente criação de cargos de promotor de justiça. 3. O inciso IX do artigo 39 da Lei Complementar 12, de 1993, do Estado do Piauí, após as alterações decorrentes da Lei Complementar 207, de 4 de agosto de 2015, está em descompasso com a disciplina constitucional da organização do Ministério Público dos Estados. 4. Ação direta conhecida e julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Complementar 207, de 4 de agosto de 2015, do Estado do Piauí, que alterou ao artigo 39, IX, da Lei Complementar 12, de 18 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Piauí).

(ADI 5402, sob minha Relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 30-08-2019)

Deve-se, então, analisar a constitucionalidade da lei impugnada a partir das premissas de observância das normas constitucionais e da competência legislativa quanto às normas gerais e normas específicas. As normas gerais sobre a promoção no Ministério Público são extraídas do artigo 61 da Lei n. 8.625/1993:

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.

No caso do Ministério Público do Estado de Pernambuco, as normas específicas podem ser encontradas no artigo 44, § 4º, da Lei Complementar n. 12, de 27 de dezembro de 1994, do Estado de Pernambuco. O mencionado dispositivo prevê que, ocorrendo empate na classificação por antiguidade, terão preferência, entre outros critérios, os que detiverem maior tempo de serviço “na Administração Pública estadual, federal, municipal”.

As normas gerais, previstas na Lei n. 8.625/1993, determinam, em conformidade com o parâmetro constitucional, que a promoção e a remoção sejam orientadas por seus princípios, dentre os quais estabelecem os critérios de antiguidade e merecimento. Dispõem, ainda, que a antiguidade seja apurada na entrância e o merecimento pela atuação do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva e levando-se em conta, inclusive, a 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 frequência e aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento.

Não há, portanto, nenhuma menção ao critério do que contar maior tempo de serviço público estadual, federal ou municipal. Esses critérios foram inseridos, no âmbito do regramento da promoção e da remoção, pela norma estadual impugnada, em contrariedade ao que dispõe a lei federal.

Impõe-se destacar que não se trata de mera complementação ou especificidade, mas de efetivo confronto em relação às normas gerais. Caso não houvesse leis gerais, o Estado poderia exercer a competência legislativa plena. Não é o caso, entretanto. Em havendo normas gerais dispendo de forma abarcante sobre os critérios para classificação na promoção funcional e remoção voluntária, as normas estaduais não poderiam inovar, confrontando o disposto na lei editada pela União.

Como visto, aplicam-se ao Ministério Público as normas sobre o regime jurídico da magistratura. Quanto a esta disciplina, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a inconstitucionalidade de leis estaduais no caso de invasão da competência da União com relação às normas gerais, estabelecidas por lei aprovada pelo Congresso Nacional: 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.

Especificamente sobre o Ministério Público, a Corte reafirmou a sua jurisprudência, ao julgar inconstitucional lei proveniente do Estado do Mato Grosso do Sul, a qual não observava os critérios estabelecidos na Lei Orgânica do Ministério Público:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 79, § 1º, II, IV E V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 72/1994 (LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL). CRITÉRIOS DE DESEMPATE PARA A PROMOÇÃO E REMOÇÃO DOS MEMBROS DA CARREIRA. INCOMPATIBILIDADE DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA COM A LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CRITÉRIOS ALHEIOS AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA EX NUNC. 1. O Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados são disciplinados por leis complementares próprias, que estabelecem a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (art. 128, § 5º, da CF), respeitadas as normas gerais editadas pela União (art. 61, § 1º, II, “d”, da CF). 2. Ao prever critérios de desempate para

a promoção por antiguidade que não encontram respaldo na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei Complementar Estadual 72/1994 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul) incorre em vício formal de inconstitucionalidade. Precedentes. 3. É inválida a adoção de critérios estranhos ao desempenho da função institucional para efeito de desempate na promoção e remoção por antiguidade de membros do Ministério Público. Precedentes. 4. Ação Direta julgada procedente, com efeitos ex nunc.

(ADI 7287, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2023).

Considerando, portanto, o *condomínio legislativo* previsto na Constituição da República, é inconstitucional a lei estadual que contraste com as normas gerais estipuladas em lei nacional. Por invadir a competência legislativa da União, artigo 44, § 4º, da Lei Complementar n. 12, de 27 de dezembro de 1994, do Estado de Pernambuco, padece do vício de inconstitucionalidade formal.

IV – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: A VIOLAÇÃO À ISONOMIA

Alega-se, ainda, na presente ação direta de inconstitucionalidade, que os dispositivos impugnados padecem de inconstitucionalidade material. O fundamento desse vício seria a violação ao direito à igualdade e ao princípio da isonomia, por preverem tratamento diferenciado sem que haja adequado critério de *discrímen*, considerando o escopo da norma e a distinção realizada. Haveria, ainda, tratamento diferenciado de brasileiros entre si, o que é vedado pela Constituição.

O artigo 44, § 4º, da Lei Complementar n. 12, de 27 de dezembro de 1994, do Estado de Pernambuco prevê que, ocorrendo empate na classificação por antiguidade, terão preferência, entre outros critérios, os que detiverem maior tempo de serviço “na Administração Pública

estadual, federal, municipal”.

A discussão da conformidade material com a Constituição envolve, como alegado na inicial, o direito à igualdade e o conteúdo jurídico do princípio da isonomia. É necessário, assim, verificar se o tratamento diferenciado se justifica, considerando a finalidade da norma, o critério utilizado para distinguir e a finalidade desse tratamento diferenciado.

O direito à igualdade possui contornos muito ligados à concepção de justiça a que se adere. Por isso, pode-se defender tanto que os critérios são aplicados a todos e, por isso, não se aplicam regras diferenciadas a cada indivíduo, quanto se conceber que os critérios implicam oportunidades diferentes a quem ingressa conjuntamente na carreira do Ministério Público. Pode-se verificar essa concepção inicial de igualdade, conceito que se cingiria à noção de justiça, na obra de José Afonso da Silva:

“Aristóteles vinculou a *ideia de igualdade à ideia de justiça*, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o *seu*, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é *satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais*. Cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e o seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente. No fundo, prevalece, nesse critério de igualdade, uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 213).

Segundo a lição do eminente Professor da Universidade de São Paulo, essa concepção de igualdade evoluiu, passando a abarcar a *igualdade formal*, que pode ser relacionada à igualdade perante a lei, e a

igualdade material, que busca a “igualização das condições desiguais”. Esta ideia de igualdade exige que ela seja aferida com as “exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social”. A Constituição, que abrange essas duas facetas da igualdade, não se limita a enunciar a liberdade perante a lei, mas, concomitantemente, declara a igualdade entre homens e mulheres, além de vedar distinções de qualquer natureza e de proibir qualquer forma de discriminação.

De todo modo, é possível extrair parâmetros de aplicação do princípio da isonomia, definindo-se quando se mostra razoável que a lei trate os indivíduos de forma diferenciada. Sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, é indispensável recorrer ao magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, que adverte:

“Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª Edição. 23ª Triagem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21).

Portanto, o tratamento diferenciado apenas ofenderá o princípio da isonomia se não houver razoabilidade no cotejo entre o elemento utilizado como fator de *discrímen*, a própria relação entre o critério de *discrímene* a diferenciação produzida pela lei e, por fim, a conformidade dessa relação e os interesses em conflito, analisados conforme a sua disciplina e tutela nas normas constitucionais.

Deve-se, assim, analisar se, para desempatar os candidatos à

promoção e remoção na carreira do Ministério Público, é possível classificá-los a partir dos critérios do maior tempo de serviço público estadual, federal e municipal.

Nota-se que a antiguidade, elemento mencionado na Constituição para promoção na carreira da magistratura e aplicável, por norma expressa de extensão do tratamento, ao Ministério Público, se relaciona ao exercício da função por determinado interregno de tempo. A ideia é que o tempo exercido na carreira, com a experiência acumulada na função, seja considerado um diferencial para a promoção e remoção entre os pares.

Considerar atividade externa viola a sua *ratio*, permitindo que atividades estranhas e diversas das funções do Ministério Público sejam consideradas para a promoção e remoção. Além disso, não há correlação entre o critério de *discrímen* e a lógica do desempate por antiguidade, considerando que este último elemento se conceitua justamente como exercício das *funções de membro do Ministério Público* por determinado período.

Recorrendo-se mais uma vez à abalizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, somente se verifica a violação ao princípio da isonomia na análise conjunta do tratamento diferenciado, do critério erigido a fator de diferenciação e da finalidade almejada com a distinção realizada pela lei. Esses os parâmetros que devem ser utilizados no controle de constitucionalidade realizado à luz da violação ao direito de *igualdade perante a lei*:

“Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscrive aos elementos escolhidos como fatores de desigualação, pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço

desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição. 23ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 37-38).

Não há idoneidade na distinção entre membros do Ministério Público com base em função exercida de forma pregressa, sem relação com as suas atribuições constitucionais. Essa violação se torna mais evidente quando se diferencia o ente público ao qual o integrante da carreira se vinculou anteriormente ao ingresso em seus quadros. Esse fato é absolutamente desarrazoado como fator de *discrímen*.

Sobre a magistratura, cujas regras sobre promoção na carreira se aplicam ao Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal já julgou incompatíveis com o seu regime constitucional o estabelecimento de condições estranhas à função jurisdicional como critério de desempate na promoção de membros. Precedentes: 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.

Especificamente quanto ao Ministério Público, outra não foi a compreensão desta Suprema Corte ao se deparar com regras análogas, instituídas em Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Na oportunidade, a Corte entendeu que critérios de desempate estranhos ao exercício da função incorreram em vício formal, por serem incompatíveis com as normas gerais da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e em vício material, por ofensa à isonomia:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCS. V E VI DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 185 DA LEI COMPLEMENTAR N. 34/1994 DE MINAS GERAIS. CRITÉRIOS DE DESEMPATE NA PROMOÇÃO E REMOÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL POR ANTIGUIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO NÚMERO DE FILHOS OU DO

TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO.
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL:
CONTRARIEDADE À AL. D DO INC. II DO § 1º DO ART.
61, AO § 4º DO ART. 129 E AO ART. 93 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
INCONSTITUCIONALIDADE MATEIRAL: OFENSA AO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES. AÇÃO
DIRETA JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA EX
NUNC DO JULGADO.

(ADI 7283, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal
Pleno, julgado em 03-05-2023)

Decerto, não se compatibiliza com o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, de envergadura constitucional, normas que diferenciem membros da carreira do Ministério Público, considerando-se “o maior tempo de serviço “na Administração Pública estadual, federal, municipal” para fins de desempate quanto à antiguidade. Esses critérios, alheios ao efetivo exercício das funções, não se justificam como fator de discrimen, considerando a finalidade da distinção e o próprio conceito de antiguidade, que se vincula essencialmente à função exercida na instituição. Ofendem, portanto, o artigo 5º, *caput*, da Constituição. Por fim, o tratamento desigual com base no ente federativo para o qual se prestou serviços antes do ingresso na carreira do Ministério Público viola, ainda, o artigo 19, inciso III, da Constituição.

V – DOS EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO

Embora se reconheça a invalidade das normas vergastadas, entendo presentes os requisitos para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Isto porque, nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal pode afastar os efeitos retroativos da declaração, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Neste caso, as normas vigoraram por mais de duas décadas, regulando diversas movimentações funcionais a título de promoção e

remoção voluntária. Por isso, se os seus efeitos não forem limitados aos prospectivos, a declaração de inconstitucionalidade poderá ensejar a reorganização funcional dos membros do Ministério Público do Estado de Pernambuco, afetando a segurança jurídica e situações consolidadas ao longo do tempo.

Há que se ter em vista, ainda, a própria prestação de serviço à sociedade, pois a revisão de todas as movimentações dos membros do Ministério Público poderia exigir uma concentração razoável de esforços, o retorno de membros a determinada lotação e a revisão de promoções concedidas, às custas da eficiência e do cumprimento de seu relevante *mister* como instituição permanente e essencial à função jurisdicional.

Ter em conta os efeitos da decisão para a instituição e a prestação de serviço público é essencial em uma visão pragmática da prestação jurisdicional. Como ensina Richard A. Posner, “os pragmatistas querem um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais” (POSNER, Richard. A. Para além do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 20). As necessidades da realidade, neste caso, envolvem as situações consolidadas em um longo intervalo de tempo, razão pela qual os efeitos retroativos da inconstitucionalidade devem ser evitados.

Ademais, esta Suprema Corte tem adotado igual solução ao julgar a inconstitucionalidade de leis sobre carreiras públicas, considerando movimentações realizadas em sequência, para conceder a modulação dos efeitos. Precedentes: ADI 7304, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2023, 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.

VI – DISPOSITIVO

Diante do exposto, CONHEÇO da ação direta de inconstitucionalidade e JULGO PROCEDENTE o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “na Administração Pública estadual, federal, municipal”, prevista no artigo 44, § 4º, da Lei Complementar n. 12, de 27 de dezembro

de 1994, do Estado de Pernambuco, com eficácia *ex nunc*, a contar da publicação da ata do presente julgamento.

É o voto.