



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

PETIÇÃO INICIAL ASSEP Nº 225655/2020

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, “a” e “p”, 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal; no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20/5/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e na Lei 9.868, de 10/11/1999, vem propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

contra o art. 114, II, “a”, da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, que atribuiu foro por prerrogativa de função aos membros da Defensoria Pública e aos Procuradores do Estado¹.

1 A peça exordial se faz acompanhar de cópia das normas impugnadas, na forma do art. 3º da Lei 9.868/1999.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

I. DO OBJETO E DO PARÂMETRO DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE

O objeto desta ação direta de inconstitucionalidade é a norma da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul que, contrariando a jurisprudência do STF, estendeu indevidamente o foro por prerrogativa de função aos membros da Defensoria Pública e aos Procuradores do Estado.

Trata-se de norma incorporada pela EC 29, de 5 de julho de 2005. Há relação de contemporaneidade entre o objeto impugnado e a Constituição de 5/10/1988. Este é o seu teor (art. 114, II, "a"):

SEÇÃO II

DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 114. Compete ao Tribunal de Justiça:

[...]

II - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Deputados Estaduais, Secretários de Estado, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público-Geral do Estado, os Procuradores de Justiça, os membros do Ministério Público, os Procuradores do Estado, os membros da Defensoria Pública e os Prefeitos municipais; – Grifo nosso.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

No que concerne às normas paramétricas, o dispositivo apontado viola o art. 5º, I e LIII; art. 22, I; art. 25 c/c art. 125, § 1º da Constituição Federal (corpo permanente), bem assim o art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme será demonstrado a seguir.

II. DAS LIMITAÇÕES JURÍDICAS IMPOSTAS ÀS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

A aliança federativa permite que, em alguma medida, Estados-membros exercitem sua criatividade no plano organizacional. Nas palavras do Justice Louis Brandeis, da Suprema Corte dos Estados Unidos, estados são “laboratórios” da democracia².

No federalismo, cada estado pode valer-se do chamado “*experimentalismo*”, ou seja, estados têm liberdade para experimentos sociais e econômicos sem que o resto do país seja colocado em risco³. Contudo, há limites para exercer esta autonomia da vontade federativa.

No escalonamento hierárquico-normativo, a Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul aloja-se no compartimento infraconstitucional, razão pela qual deve fiel obediência à Constituição Federal e aos seus princípios. Como se sabe, ao contrário do poder constituinte originário, o chamado poder constituinte decorrente é juridicamente limitado.

2 New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S 262, 311 (1932).

3 New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S 262, 311 (1932).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A esse respeito, a Constituição de 1988 estabelece que os *“Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição**”* - Grifo nosso (art. 25, CF). Nota-se que a autonomia dos entes federativos é relativizada.

A mesma ideia é extraída do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que igualmente delimita a autonomia estadual: *“Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, **obedecido os princípios desta**”* - Grifo nosso.

Por fim, também se colhe do artigo 125 da Constituição Federal que *“Os Estados organizarão sua Justiça, **observados os princípios estabelecidos nesta Constituição**”* - Grifo nosso.

Conclui-se que a autonomia organizativa dos Estados-membros, tal como advinda do pacto federativo, não traduz um salvo-conduto para que estabeleçam nas cartas estaduais o que lhes aprouver. Há limites jurídicos, constitucionalmente previstos, cuja observância é cogente.

Se bem observado o Direito Constitucional Comparado, nota-se que inúmeras experiências constitucionais federativas exigem dos Estados-membros a observância de princípios e diretrizes encartados na Constituição Federal, inclusive, **implícitos**.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Constituição da Suíça de 1848 estabeleceu que as constituições cantonais não poderão conter dispositivos que a contrariem (art. 6º, “a”). A Constituição dos Estados Unidos, concebida em 1787, também adotou essa fórmula no art. VI, cláusula segunda. A Constituição da Argentina, a seu turno, exigiu que Estados-membros respeitassem os princípios atinentes à organização do Governo e ao arranjo institucional das suas funções (art. 5º)⁴.

Inferese que, no Federalismo, limitações ao poder constituinte decorrente são usuais e decorrem da própria aliança federativa, inclusive aquelas implícitas no texto federal.⁵ Cuida-se de uma das notas essenciais presentes no desenho federalista.

Determinados temas da Constituição Federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros, ou seja, são normas de observância cogente para as constituições estaduais. A precisa delimitação temática tem sido objeto de estudo da doutrina e consta de inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal.

Raul Machado Horta identificou, na Constituição, as chamadas “*normas centrais*”. Tais normas consagram a viga mestra do pacto federativo e, portanto, não de ser replicadas pelo constituinte decorrente. Consoante o

4 Conforme o texto alterado, em 1972, pelo Estatuto Fundamental dos Comandantes-em-Chefe das Forças Armadas.

5 FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-Membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 134.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

magistério do jurista da Escola Mineira de Direito Constitucional, tais normas promovem uma homogeneidade mínima no Estado Federal⁶:

As normas centrais da Constituição Federal, participando das características da norma jurídica, designam um conjunto de normas constitucionais vinculadas à organização da forma federal de Estado, com missão de manter e preservar a homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas, dos entes dotados de soberania na União e de autonomia nos Estados-membros e nos Municípios, que compõem a figura complexa do Estado Federal - Grifo nosso.

Em outro trabalho a respeito do tema, ainda no que diz respeito às normas centrais, Raul Machado Horta esclareceu⁷:

*A Constituição Federal de 1988 contém na sua estrutura um tipo de norma vinculada diretamente à organização da forma federal de Estado, que denomino de **normas centrais**. Estas normas ultrapassam a organização da União, para alcançar a estruturação constitucional do Estado-membro, em fase ulterior, que dependerá do poder constituinte do Estado, titular da organização constitucional do Estado Federado. - Grifo nosso.*

A importância reside, sobretudo, no fato de que o Supremo Tribunal Federal já fez uso da categoria doutrinária das normas centrais⁸ e a

6 HORTA, Raul Machado. **Normas Centrais da Constituição Federal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997. p. 176.

7 HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 93.

8 ADI 2076 / AC.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

sua jurisprudência tem indicado quando uma norma será considerada como de reprodução obrigatória. Uma das hipóteses é exatamente **a adequada adaptação simétrica do rol de autoridades federais contempladas com foro por prerrogativa de função, o que exige uma estrita *equivalência***⁹.

III. DA SIMETRIA EXIGIDA NO QUE CONCERNE AO FORO POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE DA
NORMA IMPUGNADA

A Constituição de 1988 é a matriz de onde emanam as regras primárias sobre foro por prerrogativa de função. Segundo o texto constitucional, o foro especial foi irrogado para os seguintes agentes políticos: Presidente e Vice-Presidente da República; Deputados Federais e Senadores; Ministros do STF; Procurador-Geral da República; Ministro de Estado; Advogado-Geral da União; Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica; Ministros dos Tribunais Superiores; Ministros do TCU; Chefes de missão diplomática de caráter permanente; Governadores; Desembargadores (TJ, TRF, TRT); Membros do Tribunal Regional Eleitoral; Conselheiros dos Tribunais de Contas; Membros do Ministério Público Brasileiro; Magistrados e Prefeitos.

9 ADI 3564 / PR.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

As autoridades apontadas pelo constituinte são referência para que as constituições estaduais indiquem os seus equivalentes. Por exemplo, atribuindo foro especial para Vice-governadores e Secretários de Estado, autoridades que são análogas ao Vice-Presidente da república e aos Ministros de Estado, respectivamente.

Como se vê, a Carta Federal não contém preceito sobre prerrogativa de foro relativamente aos integrantes da Defensoria Pública da União e da Advocacia-Geral da União (exceto no que concerne ao próprio Advogado-Geral da União), não se justificando, portanto, tratamento diverso quanto àqueles ligados aos Estados federados. Inexiste equivalência.

À luz do princípio da simetria, incumbe ao constituinte estadual definir a competência dos tribunais de justiça, observando-se fielmente rol de autoridades elencadas pelo constituinte federal. Com arrimo no artigo 125, § 1º, *“A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”*

Inovar no Direito Constitucional estadual, no que concerne ao foro por prerrogativa de função, **equivale a legislar sobre Direito Processual, matéria esta assenhorada pela União (art. 22, I)**. Por sua vez, a União não exerceu a sua competência prevista no art. 22, parágrafo único, vale dizer, não editou lei complementar que delegasse aos Estados-membros a possibilidade



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

de legislar sobre Direito Processual. Em síntese, configura-se a inconstitucionalidade orgânica.

A adequada adaptação do rol de autoridades federais contempladas com foro por prerrogativa de função para o âmbito estadual exige uma estrita *equivalência*, adotando-se como norte a simetria.

Os trabalhos doutrinários sobre o tema também reforçam a compreensão de fidelidade às normas de reprodução. Conforme esclarece Samuel Sales Fonteles¹⁰, as normas de reprodução obrigatória não podem ser ampliadas. A incorporação no Direito Constitucional Estadual há de ser feita por meio do “**paralelismo das formas**”:

*[...] as normas de reprodução obrigatória implicam uma **clonagem** do instituto mutatis mutandis. Daí resulta a consequência natural dessa espécie: a **impossibilidade de se ampliar, reduzir ou adaptar a regra ou o princípio por ela albergado. Muda-se apenas o que deve ser mudado, observando-se o **paralelismo das formas**, mas a reprodução deve ser fiel, pelo menos naquilo que couber.***

Inexistindo paralelismo entre defensores estaduais e federais, porquanto estes são julgados no primeiro grau de jurisdição, operou-se uma violação ao princípio da simetria.

10 FONTELES, Samuel Sales. **O Princípio da Simetria no Federalismo Brasileiro e a sua Conformação Constitucional**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 40, n. 2, p. 119 - 140, jul./dez., 2015. pp. 128, 134-135.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Esse tem sido o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando reputou inconstitucional a extensão do foro por prerrogativa de função para Delegados de Polícia¹¹. Isso porque a Carta Federal não contemplou Delegados Federais com o foro especial.

Hoje, o entendimento pelo qual o foro por prerrogativa de função não é extensível a Defensores Públicos e Procuradores do Estado já está pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de precedente firmado pelo Plenário na ADI 2553/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, j. em 15/5/2019.

Neste julgado, declarou-se inconstitucional o inciso IV do artigo 81 da Constituição do Maranhão, na parte em que incluiu, dentre as autoridades com foro criminal originário perante o Tribunal de Justiça, os **procuradores do estado**, procuradores da Assembleia Legislativa, **defensores públicos** e delegados de polícia.

Contrariando-se a construção pretoriana nesse tema, **vulnera-se o princípio da isonomia (art. 5º, I)**, na medida em que um tratamento desigual é atribuído a pessoas que se encontram em situação idêntica: todos os servidores públicos, quando não qualificados como agentes políticos, são

11 STF, Pleno, ADI 2587, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para acórdão Min. Carlos Britto. j. em 1/12/2004.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

processados e julgados no 1º grau de jurisdição. Sobretudo, **os próprios defensores federais e advogados da União, cujas atribuições são as mesmas.**

A discriminação operada entre servidores públicos, que possuem os mesmos deveres e responsabilidades, traduz um desvirtuamento de uma prerrogativa *propter officium*. Se banalizado para alcançar autoridades não equivalentes àquelas apontadas pela Constituição de 1988, o foro especial se convola em um **privilégio**.

Por fim, o **indevido alargamento do elenco de autoridades submetidas ao foro por prerrogativa de função viola o princípio do Juiz Natural (art. 5º, LIII)**, considerando que as regras de competência absoluta são redesenhadas pelas constituições estaduais. Na prática, ao fazê-lo, cartas estaduais estão derogando a legislação processual penal codificada.

Em suma, o tema do foro por prerrogativa de função figura entre aqueles indisponíveis à autonomia da vontade dos entes federativos, vale dizer, não pode ser objeto de alteração por parte do Direito Constitucional Estadual.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

IV. DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COMO OBJETO
DAS NORMAS DE PREORDENAÇÃO

Sem descurar do entendimento clássico e tradicionalmente adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal como apresentado nos tópicos anteriores, convém assinalar que, na última decisão do Excelso Pretório sobre o tema, trilhou-se **um entendimento ainda mais restritivo**.

Na ADI 2553/MA, prevaleceu o voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão. Consoante este posicionamento, quando se trata de foro por prerrogativa de função nos tribunais de justiça, **sequer haveria espaço para cogitar do princípio da simetria**.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, os foros por prerrogativa de função já seriam previamente estabelecidos na Constituição Federal, em todos os três níveis: federal, estadual e municipal. Nesta concepção, o assunto já é objeto das chamadas **normas de preordenação**. A própria Carta Federal antecipa-se quanto à disciplina e ao regramento do tema.

Disso decorre que não haveria, conforme as razões manifestadas no voto prevalecente, liberdade para que constituições estaduais indiquem autoridades a serem julgadas nos respectivos tribunais de justiça, **ainda que à luz do paralelismo das formas**.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A restrição se justificaria porque, ao se conferir às constituições estaduais a possibilidade de definir foro, considerando o princípio federativo e com esteio no art. 125, § 1º, da CF, a medida seria equivalente a “*assinar um cheque em branco*” (STF. Plenário. ADI 2553/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, j. Em 15/5/2019).

Adotando-se esta posição, vice-governadores, secretários de Estado e comandantes dos militares estaduais ostentam prerrogativa de foro, independentemente de a constituição estadual fixá-la ou não. A conclusão é que, quer se trate do entendimento jurisprudencial clássico (simetria e normas de reprodução) ou mais recente (normas de preordenação), o foro estabelecido pela norma impugnada padece de inconstitucionalidade.

V. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

Os pressupostos para a concessão de medida cautelar se verificam. A plausibilidade da tese jurídica articulada nesta peça exordial (*fumus boni juris*) está suficientemente demonstrada pelos argumentos deduzidos, mormente porque todos encontram guarida na jurisprudência do STF.

O perigo na demora (*periculum in mora*) decorre do fato de que, enquanto não suspensa a eficácia da norma, haverá o risco de que processos criminais tramitem sem observância ao Juízo Natural, o que pode suscitar discussões sobre eventual nulidade por ofensa às regras processuais de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

competência absoluta. Isso demonstra a importância de uma responsabilização criminal que respeite o Devido Processo Legal. O risco à segurança jurídica é incalculável.

Sabe-se que o deferimento da cautelar pode acarretar o efeito repristinatório da legislação eventualmente revogada pela norma suspensa, conforme dispõe a Lei 9.868/99: *“A concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”* (art. 11, § 2º).

No caso em apreço, não há que se falar em efeito repristinatório sobre a norma revogada, na medida em que apenas **uma expressão** da norma revogadora (Emenda Constitucional 29 de 5/7/2005) será objeto de suspensão e posteriormente expungida do ordenamento. Em se tratando de declaração de inconstitucionalidade parcial, sobre algumas palavras do dispositivo, a norma revogada não há de ser exumada.

VI. DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Considerando tratar-se de norma constitucional promulgada em 5/7/2005, há mais de 15 (quinze) anos, descabe questionar eventuais



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

processos criminais já perfectibilizados no âmbito do Tribunal de Justiça, ou seja, que eventualmente já transitaram em julgado.

Retroagir para alcançar situações consolidadas violaria a segurança jurídica. A restituição do *status quo*, no caso em apreço, não se afigura razoável. Para situações como essa, a Lei 9.868/99 preceitua:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. - Grifo nosso.

Cabe lembrar que, à luz da doutrina do pragmatismo jurídico, abordagem condizente com a modulação de efeitos das medidas cautelares, casos difíceis hão de ser solucionados projetando-se as consequências de cada interpretação alternativa¹². A própria legislação brasileira, nos dias atuais, acolhe esta ideia: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” (art. 20, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

12 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 141.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

No caso vertente, o reconhecimento de efeitos *ex tunc* para a decisão definitiva de mérito implica prejuízos à segurança jurídica. Contudo, incumbe ao Judiciário buscar os melhores resultados para o futuro¹³.

Em suma, acolher a Teoria da Nulidade promoverá um quadro ainda mais distante daquele idealizado pela Constituição Federal. Portanto, há de ser excepcionalmente adotada a Teoria da Anulabilidade, modulando-se para que a decisão produza efeitos *ex nunc*.

VII. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA requer a esse Supremo Tribunal, sem intimação dos interessados (art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999), a concessão de medida cautelar para suspender a norma impugnada.

Em seguida, requer sejam colhidas as informações da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul, ouvindo-se a Advocacia-Geral da União (art. 103, § 3º, da Constituição). Superadas essas fases, pugna pela abertura de vista dos autos para a manifestação da Procuradoria-Geral da República, no prazo legal.

13 POSNER, Richard A. *Against Constitutional Theory*. New York University Law Review. Volume 73, April 1998, Number 1.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ao final, postula que se julgue procedente o pedido, para declarar, com efeitos *ex nunc* (art. 27, Lei 9.868/99), a inconstitucionalidade da expressão “o Defensor Público-Geral do Estado”, bem assim “os Procuradores do Estado, os membros da Defensoria Pública”, ambas contidas no art. 114, II, “a”, da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, por afronta ao art. 5º, I e LIII; art. 22, I; art. 25 c/c art. 125, § 1º da Constituição Federal (corpo permanente), bem assim ao art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

SSF