



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6505

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Relator: Ministro NUNES MARQUES

Constitucional. Expressão “das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia”, contida no item 2 da alínea “d” do inciso IV do artigo 161 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Atribuição de foro por prerrogativa de função aos membros das Procuradorias Gerais do Estado e da Assembleia Legislativa, aos Defensores Públicos e aos Delegados de Polícia. Violação aos princípios do juiz natural e da igualdade. A autonomia conferida aos Estados-membros, em que se inclui sua capacidade de auto-organização, encontra limites no próprio Texto Constitucional. A Carta Republicana estabelece a prerrogativa de foro com diferenciações em nível federal, estadual e municipal, de modo que não cabe aos Estados estabelecer novas exceções ao duplo grau de jurisdição. Precedente recente dessa Suprema Corte, firmando a adoção de uma compreensão mais restritiva do foro por prerrogativa de função. Manifestação pela procedência do pedido formulado pelo requerente.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a expressão “*das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia*”, contida no item 2 da alínea “*d*” do inciso IV do artigo 161 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que atribui foro por prerrogativa de função aos membros das Procuradorias Gerais do Estado e da Assembleia Legislativa, aos Defensores Públicos e aos Delegados de Polícia. Eis, em destaque, o teor da expressão impugnada:

Art. 161 - Compete ao Tribunal de Justiça:

(...)

IV - processar e julgar originariamente:

(...)

d) nos crimes comuns e de responsabilidade:

(...)

2 - os juízes estaduais e os membros do Ministério Público, **das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia**, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

O requerente sustenta, em síntese, que a norma questionada violaria o disposto nos artigos 5º, incisos I e LIII; 22, inciso I; 25; e 125, § 1º, da Constituição da República¹, bem como no artigo 11 do Ato das Disposições

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

Constitucionais Transitórias².

Nessa linha, o autor salienta que “*a Constituição de 1988 é a matriz de onde emanam as regras primárias sobre foro por prerrogativa de função*” (fl. 07 da petição inicial), de modo que as cartas estaduais não poderiam inovar nessa matéria, cabendo-lhes, à luz do princípio da simetria, observar o rol de autoridades elencadas pelo Poder Constituinte Originário e manter a equivalência no âmbito estadual. Assevera que a inovação quanto a esse tema equivaleria a invadir a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

Aduz, ainda, que haveria vulneração ao princípio da isonomia, “*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 processados e julgados no 1º grau de jurisdição. Sobretudo, os próprios defensores federais, advogados da União e advogados das Casas Legislativas e Delegados Federais, cujas atribuições são as mesmas*” (fl. 11 da petição inicial).

Ademais, alega que o indevido alargamento do elenco de autoridades submetidas ao foro por prerrogativa de função violaria o princípio do juiz natural, pois haveria a derrogação da legislação processual penal.

Ressalta que essa Suprema Corte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2553, teria adotado posicionamento ainda mais restritivo, no sentido de afastar o princípio da simetria no que respeita à instituição de foro por prerrogativa de função nos Tribunais de Justiça. Segundo esse entendimento, a própria Constituição Federal já teria previsto os foros por

² “Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.”

prerrogativa de função nos três níveis, de modo que o legislador estadual não poderia dispor sobre o assunto.

Ao final, o autor requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da norma impugnada. No mérito, postula a procedência do pedido “*para declarar, com efeitos ex nunc (art. 27, Lei 9.868/99), a inconstitucionalidade da expressão ‘das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia’, ambas contidas no art. 161, IV, ‘d’, inciso II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro*” (fl. 17 da petição inicial).

O processo foi distribuído, inicialmente, ao Ministro CELSO DE MELLO, que, nos termos do rito previsto pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações ao Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Em atendimento à solicitação, a Assembleia Legislativa fluminense defendeu a constitucionalidade da disposição questionada, argumentando que o foro por prerrogativa de função protegeria o exercício das atribuições constitucionalmente outorgadas aos Poderes Legislativo e Executivo, conferindo efetividade ao princípio da separação dos Poderes.

Alegou que o artigo 125, § 1º, da Lei Maior reservaria às cartas estaduais a prerrogativa de estabelecer a competência dos tribunais, o qual teria servido de fundamento para a edição da norma impugnada. Mencionou, ainda, o teor da Súmula Vinculante nº 45 desse Supremo Tribunal Federal³, a qual, no seu entender, reconheceria a possibilidade de fixação de foro por prerrogativa de função por constituição estadual.

³ “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.”

Por fim, sustentou a inaplicabilidade à espécie do posicionamento firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2553, considerando que naquela oportunidade discutia-se a validade de foro por prerrogativa de função concedido, supostamente, em *caráter pessoal e reativo*, o que não se verificaria na hipótese em apreço.

Na sequência, por força de despacho do Ministro NUNES MARQUES, que assumiu a relatoria da presente ação direta, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – MÉRITO

Conforme relatado, o requerente questiona a validade do artigo 161, inciso IV, alínea “d”, item 2, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na parte em atribui foro por prerrogativa de função aos membros das Procuradorias Gerais do Estado e da Assembleia Legislativa, aos Defensores Públicos e aos Delegados de Polícia. De acordo com a petição inicial, a expressão “*das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia*”, inserida na referida disposição, violaria os artigos 5º, incisos I e LIII; 22, inciso I; 25; e 125, § 1º, da Carta de 1988; e, ainda, o artigo 11 do ADCT.

Sobre a matéria, cumpre consignar que a Constituição Federal, em seus artigos 1º e 18, estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, “*todos autônomos, nos termos desta Constituição*”, fixando, assim, a feição do poder político no território brasileiro.

A autonomia conferida aos Estados-membros, no entanto, na qual se inclui a capacidade de auto-organização, encontra limites no próprio Texto Constitucional. De fato, o artigo 25 da Carta Republicana determina a esses entes

federados, na adoção das respectivas leis e Constituições, a observância compulsória dos denominados princípios constitucionais estabelecidos, dentre os quais se destaca o postulado da separação dos Poderes. Nesse sentido, José Afonso da Silva⁴ assevera o seguinte:

Princípios constitucionais estabelecidos – São, como notara Raul Machado Horta, os que limitam a autonomia organizatória dos Estados; são aquelas regras que revelam, previamente, a matéria de sua organização e as normas constitucionais de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual (...).

Na organização dos poderes estaduais, o poder constituinte terá que respeitar o princípio da organização de Poderes, que é um princípio fundamental da ordem constitucional brasileira (art. 2º), até porque, implicitamente, isso está previsto;

Em decorrência desse caráter atribuído ao princípio da separação dos Poderes, os Estados-membros devem observar o modelo de organização e relacionamento entre os Poderes delineado pela Constituição da República. A esse respeito, veja-se o entendimento de Paulo Gustavo Gonet Branco⁵:

A exuberância de casos em que o princípio da separação de Poderes cerceia toda a criatividade do constituinte estadual, levou a que se falasse num princípio da simetria, para designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhida pelo constituinte federal.

(...) As normas de observância obrigatória pelos Estados são as que refletem o inter-relacionamento entre os Poderes.

No presente feito, discute-se a validade de regras estaduais concernentes à prerrogativa de foro, as quais foram ampliadas pelo Estado do Rio de Janeiro a fim de incluir os membros das Procuradorias Gerais do Estado e da Assembleia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia

⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 285-286.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 813-814.

no rol das autoridades que serão processadas e julgadas, originariamente, pelo Tribunal de Justiça fluminense.

Essa Suprema Corte já teve diversas oportunidades para se debruçar sobre o tema. No julgamento do pedido de medida cautelar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2553⁶, de relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, foi suspensa norma da Constituição do Estado do Maranhão que outorgava foro especial aos “*membros (...) das Procuradorias-Gerais do Estado, da Assembléia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia*”. Prevaleceu o entendimento de que tal prerrogativa somente seria admissível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, ou quando estabelecida com observância da simetria federal.

De modo semelhante, ao apreciar a medida cautelar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2587, esse Supremo Tribunal Federal concluiu que a Constituição do Estado de Goiás não poderia conferir, por meio da Emenda Constitucional nº 29/2001, prerrogativa de foro aos Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa, aos Defensores Públicos e aos Delegados de Polícia, sob pena de violação ao princípio da simetria. Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ARTIGO 46, III, ALÍNEA e, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS: COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR DETERMINADOS SERVIDORES. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, I E LIII; 22, I; 25 E 125, DA CARTA FEDERAL. 1. Os Estados-membros têm competência para organizar a sua Justiça, com observância do modelo federal (CF, artigo 125). 2. **A Constituição Estadual não pode conferir competência originária ao Tribunal de Justiça para processar e julgar os Procuradores do Estado e da Assembléia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que não gozam da**

⁶ ADI nº 2553 MC, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/02/2002, Publicação em 22/10/2004.

mesma prerrogativa os servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal. Medida cautelar deferida.
(ADI nº 2587 MC, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 15/05/2002, Publicação em 06/09/2002; grifou-se).

Todavia, no julgamento de mérito da mencionada ação direta, essa Suprema Corte decidiu que a extensão do foro por prerrogativa de função somente seria ilegítima em relação aos Delegados de Polícia⁷.

A compreensão, à época, foi no sentido de que determinados cargos públicos demandariam tratamento distinto quanto à eventual impugnação judicial de atos praticados no exercício da função, de modo que as autoridades ocupantes de cargos públicos estratégicos pudessem desempenhar suas atribuições com imparcialidade e isenção.

Essa Excelsa Corte também se posicionou pela possibilidade de ampliação da prerrogativa de foro por constituição estadual, admitindo a fixação da competência ordinária do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba para processar e julgar o Procurador-Geral de Justiça⁸, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 541, que restou assim ementada:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA: COMPETÊNCIA ORDINÁRIA PARA PROCESSAR E JULGAR O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. Constituição do Estado da Paraíba, artigos 41, 42, 43 e seu parágrafo único, 44, 45 e seu parágrafo único, do ADCT; art. 136, XII, da parte permanente. I. - Inconstitucionalidade dos artigos 41, 42, 43 e seu parágrafo único, 44, 45 e seu parágrafo único, do ADCT da Constituição da Paraíba, porque ofendem a regra da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo quanto à majoração de vencimentos dos servidores públicos (C.F., art. 61, § 1º, II, a). II. - **Cabe à Constituição do Estado-membro estabelecer a competência dos seus Tribunais, observados os princípios da**

⁷ ADI nº 2587, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relator para o Acórdão: Ministro CARLOS BRITTO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/12/2004, Publicação em 06/11/2006.

⁸ O precedente refere-se à competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar os Procuradores de Estado, conforme se verifica do inteiro teor do referido julgado.

Constituição Federal (C.F., art. 125, § 1º). Constitucionalidade do inciso XII, do art. 136, da Constituição da Paraíba que fixa a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns ou de responsabilidade, o Procurador-Geral de Justiça. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.

(ADI nº 541, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Relator para o Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 10/05/2007, Publicação em 06/09/2007; grifou-se).

Nesses últimos casos, a jurisprudência passou a desvincular o estabelecimento do foro por prerrogativa de função pelas constituições estaduais da estrita observância da simetria quanto às hipóteses previstas na Carta Republicana, admitindo, assim, o elasticamento das normas relativas ao foro especial mesmo quando não simétricas às disposições do Texto Constitucional.

Todavia, em julgado recentemente publicado, essa Suprema Corte, apreciando o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2553, voltou a adotar uma compreensão restritiva acerca da prerrogativa de foro, tendo declarado a invalidade de norma constitucional estadual que estendia o foro especial aos Procuradores de Estado, aos Procuradores da Assembleia Legislativa, aos Delegados de Polícia e aos Defensores Públicos do Estado do Maranhão. Transcreva-se, por oportuno, a ementa do precedente ora sob exame:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE ESTENDE FORO CRIMINAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO A PROCURADORES DE ESTADO, PROCURADORES DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, DEFENSORES PÚBLICOS E DELEGADOS DE POLÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DAS HIPÓTESES DEFENDIDAS PELO LEGISLADOR CONSTITUINTE FEDERAL. AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. 1. A Constituição Federal estabelece, como regra, com base no princípio do juiz natural e no princípio da igualdade, que todos devem ser processados e julgados pelos mesmos órgãos jurisdicionais. 2. Em caráter excepcional, o texto constitucional estabelece o chamado foro por prerrogativa de função com diferenciações em nível federal, estadual e municipal. 3. **Impossibilidade de a Constituição Estadual, de forma discricionária, estender o chamado foro por**

prerrogativa de função àqueles que não abarcados pelo legislador federal. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 81, IV, da Constituição do Estado do Maranhão.

(ADI nº 2553, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Relator para o Acórdão: Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 15/05/2019, Publicação em 17/08/2020; grifou-se).

Restou pacificado, na ocasião, que a Constituição Federal estabeleceu exceções ao duplo grau de jurisdição nas esferas federal, estadual e municipal, quanto a autoridades de todos os Poderes, de modo que não caberia aos Estados “*estabelecer, seja livremente, seja por simetria, prerrogativas de foro*” (voto proferido pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES, fl. 21 do inteiro teor do acórdão). Transcreva-se, por oportuno, alguns excertos do referido voto:

Presidente, a questão discutida nesta ação direta, em que pese a jurisprudência e o entendimento que vêm se formando ao longo do tempo, me parece dever ser resolvida a partir de uma escolha. Ou uma interpretação restritiva da ideia de foro por prerrogativa de função, a partir dessa opção que seria uma opção minimalista, ou seja, partiria do art. 92 da Constituição, numa interpretação teleológica.

O art. 92 traz os órgãos do Poder Judiciário. Ao trazer os órgãos, prevê, em regra, primeira e segunda instâncias como juízo natural para todos aqueles que devam ser processados. Excepcionalmente, prevê determinadas prerrogativas de foro e não só para as autoridades federais. A Constituição estabelece algumas prerrogativas especificamente para autoridades federais, estaduais e municipais. **Então nós poderíamos, a partir dessa ótica, entender que, a Constituição trouxe como regra a cognição plena para a questão criminal - primeira e segunda instâncias -, e quando quis excepcionou expressamente as autoridades.** A título só exemplificativo, sabemos que, em relação às autoridades federais, excepcionou-se Presidente, Vice-Presidente, Parlamentares, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, cujo foro é o Supremo Tribunal Federal.

Mas, no caso dos Estados, também: para os desembargadores, o foro é o Superior Tribunal de Justiça. Excepcionaram-se, além desses, os membros do Ministério Público estaduais, expressamente, conforme o art. 96, inciso III; os próprios magistrados. Então, não ficou só na União; os Estados também. E, nos Municípios, o art. 29, X, excepcionaram-se os prefeitos.

(...)

Sempre defendi, mesmo antes de poder ingressar aqui no Supremo Tribunal Federal, que, **nesse caso, não se aplicaria a regra da simetria, exatamente porque a Constituição Federal previu autoridades dos três níveis.**

Agora, também não é desarrazoado - e é forte tal interpretação – que uma das características do federalismo, dentro da tríplice capacidade que tem o ente federado, é a prerrogativa de se auto-organizar por meio das suas Constituições estaduais. Ou seja, cada Estado-membro se organiza por meio das Constituições estaduais, obviamente, observados os princípios da Constituição Federal.

(...)

Mas essa segunda interpretação, a meu ver, levaria à conclusão não da simetria, ou não do estabelecimento caso a caso de que “esse cargo é razoável ter foro, outro cargo não”. (...)

Se entendermos que o § 1º do art. 125, ao autorizar o estabelecimento das competências dos tribunais, autoriza a ampliação do foro, entendo que seria um cheque em branco. Devemos nos lembrar - hoje a realidade é diversa - que, à época da edição do art. 125, § 1º, existiam, em alguns estados, tribunais de alçada. **A ideia do legislador constituinte, nos debates da Constituição, é que cada estado poderia, em virtude dos tribunais de justiça e de alçada, dividir a sua competência como melhor lhe aprouvesse. A ratio da norma não era a criação indiscriminada de foros privilegiados.**

Dessa forma, entendo realmente a plausibilidade das duas interpretações, mas afastado, Senhor Presidente - e peço vênias ao eminente Ministro Gilmar Mendes -, a interpretação de que o art. 125, § 1º, permitiria aos estados estabelecer, seja livremente, seja por simetria, prerrogativas de foro.

Como disse, a Constituição Federal fez uma escolha. Como regra, ela estabeleceu a dupla instância. **A regra é de que, não só com base no princípio do juiz natural, mas no princípio da igualdade, todos devem ser processados e julgados pelos mesmos órgãos jurisdicionais. Excepcionalmente, a Constituição Federal estabeleceu, como disse, exceções em nível federal, estadual e municipal, não se limitou somente às autoridades federais. Ela já foi estabelecendo uma cláusula.**

A manutenção da interpretação do Supremo Tribunal Federal - que, obviamente, aqui, por justiça, é a interpretação que vem sendo dada - continuaria permitindo realmente algo absolutamente fora dos padrões normais. (...)

Então, aqui, na verdade, a interpretação teleológica da Constituição, a meu ver, permitiu que, excepcionalmente, de forma mais direta, o legislador constituinte tenha estabelecido os foros, as exceções, as prerrogativas de foro para todo o Legislativo Estadual, porque o faz, no art. 27, para todo o Judiciário, porque, para desembargadores, a previsão é expressa no art. 105, I, a, que se dá no STJ; e para os juízes a previsão também é expressa no art. 96, III, que é no Tribunal de

Justiça, então, o segundo Poder. E, no caso do Executivo, combinando o art. 28 com art. 76, aí, sim - não foi expressamente falar do foro, mas foi do tratamento jurídico constitucional -, aqui, a simetria não é por interpretação, aqui, a simetria é por determinação constitucional. Não há uma regra, no Executivo estadual, que seja diversa do Executivo federal.

Então, o vice-governador, os secretários de Estado, o comandante dos militares estaduais, por determinação expressa do art. 28, também teriam, a meu ver, foro, independentemente da Constituição Estadual estabelecer ou não.

Agora, mais do que isso, me parece que a Constituição Estadual não pode discricionariamente escolher. (Grifou-se).

Cumpra fazer referência, ainda, ao seguinte trecho do voto do Ministro EDSON FACHIN, em que esclarece a tendência dessa Suprema Corte para adotar uma compreensão mais restritiva do foro por prerrogativa de função:

É certo que há, indubitavelmente, pleonasticamente falando, precedentes que indicam na direção do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes. Eu mesmo faço referência a alguns deles. O Ministro Gilmar também fez referência a outros, alguns são exatamente os mesmos. E quando o Tribunal examinou o Habeas Corpus 58.410, Relator o Ministro Moreira Alves, esse tema foi ferido, e admitiu-se a possibilidade de as constituições estaduais realizarem essa atividade legiferante ampliada.

E, ao apreciar-se aqui a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.587, referida da tribuna e também pelo eminente Ministro-Relator, é interessante apenas pontuar que, quando se apreciou a medida cautelar, marchou-se num dado sentido que, na apreciação do respectivo mérito, alterou-se no sentido de também aprovar essa hermenêutica que permite aos Estados assim proceder. Portanto, há um conjunto de precedentes nessa direção.

Nada obstante, estou acompanhando a divergência aberta pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro-Relator, por entender que este Tribunal veio, mais recentemente, a debruçar-se sobre essa matéria. **E, como disse o Ministro Alexandre de Moraes, esta Corte julgou recentemente a Questão de Ordem na Ação Penal 937. Entendo que a compreensão majoritária, que veio amadurecendo nessa direção, aí se formou para adotar-se uma compreensão restritiva da prerrogativa de foro.**

Nessa declaração de voto que vou juntar, faço referência a um trecho do voto proferido naquela ocasião, Relator dessa Questão de Ordem o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, em que Sua Excelência afirmou:

“O próprio Supremo, em relação ao foro por prerrogativa, já preconizou a interpretação restritiva e assentou - e aqui agora vou citar literalmente - que os Estados não têm carta em branco para assegurar o privilégio a quem bem entendam, pois não se trata de uma opção política, mas de um sistema rígido de jurisdição excepcional, que, por diferir dos postulares basilares do Estado de Direito Democrático, exige uma interpretação restritiva”.

E esta expressão “a quem bem entendam”, a rigor, faz uma injustiça com os defensores públicos e ao papel da Defensoria. Mas aqui o eminente Ministro-Relator está a se referir a uma prodigalidade de circunstâncias que a divergência veio aqui acentuar. Portanto, eu diria que o bom papel da Defensoria, quiçá, aqui, está abraçado com uma tese que, em meu modo de ver, não é congruente com a percepção contemporânea, pois não é congruente com a percepção contemporânea que este Tribunal tem adotado. Aliás, naquele julgamento da QO, chegou-se a cogitar da edição de uma súmula vinculante para afirmar a invalidade de disposição, por Constituição estadual, acerca da competência mais elástica. (Grifou-se).

Como se vê, o posicionamento mais recente dessa Suprema Corte firmou-se no sentido de que, ainda que o artigo 125, § 1º, da Carta de 1988 autorize o legislador constituinte estadual a definir a competência do respectivo Tribunal de Justiça, a fixação de jurisdição especial por prerrogativa de função deve seguir estritamente o parâmetro estabelecido pelo Poder Constituinte Originário. O precedente ora sob análise amolda-se perfeitamente à presente hipótese, em que norma constitucional estadual confere foro por prerrogativa de função aos membros das Procuradorias Gerais do Estado e da Assembleia Legislativa, aos Defensores Públicos e aos Delegados de Polícia, previsão que não encontra paralelo na Constituição Republicana.

Diante dessas considerações, verifica-se que a expressão “*das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia*”, contida no artigo 161, inciso IV, alínea “d”, item 2, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, é incompatível com o Texto Constitucional.

Cumprido destacar, por fim, o entendimento consolidado dessa

Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 19.10.2009; da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 03.02.2014; da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 351, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 05.08.2014; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJ de 28.03.2014 – no sentido da autonomia do Advogado-Geral da União para se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido formulado pelo requerente.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer até o momento, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de dezembro de 2020.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE
Secretária-Geral de Contencioso

CHRISTINA FOLTRAN SCUCATO
Advogada da União