

## Pareceres

• • •

*Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. Apuração de eventual infração penal por parte de Delegado de Polícia. Discussão acerca do foro por prerrogativa de função.*

## CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**Processo MPRJ nº 2017.00631334**

**Requerente: 2ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Angra dos Reis**

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

### I

1. Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do ofício nº 132/2017/2ª PJCAR, subscrito pelo Promotor de Justiça Substituto em atuação na 2ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Angra dos Reis, no qual encaminha cópia parcial do Processo nº 0008762-40.2013.8.19.0003 para apuração de eventual ocorrência de infração penal por parte do Delegado de Polícia João Ricardo B. Oliveira, titular da 166ª DP – Angra dos Reis.

2. Depreende-se do teor da documentação que acompanha o ofício inaugural que a supracitada Autoridade Policial vem, reiteradamente, abstenendo-se de prestar informações acerca da destinação dada aos bens apreendidos no Auto de Apreensão datado de 15/07/2013 e do Registro de Ocorrência nº 3480/2013.

3. Considerando o exposto, os autos vieram à Chefia Institucional por entender o Ilustre subscritor se tratar de fatos que envolvam agente com foro por prerrogativa de função, na forma do art. 161, inciso IV, alínea *d*, item 2 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

### II

4. Na realidade brasileira, o foro por prerrogativa de função é caracterizado pela atribuição, a um tribunal, de competência originária para processar e julgar autoridades que, não fosse o cargo que ocupam, estariam sujeitas à jurisdição de um juiz singular. Historicamente, a sua *ratio essendi* sempre foi a de outorgar a prerrogativa (ou privilégio, a depender do ângulo de análise) a certos agentes, em razão do cargo que ocupam ou da função que desempenham, de serem julgados por órgãos específicos. Com isso, evitar-se-ia a influência que os ocupantes dos altos escalões do poder poderiam

exercer sobre os órgãos situados em posição inferior nas estruturas estatais, bem como seria afastada a inversão lógica de que o superior fosse julgado pelo inferior.

5. A atribuição de competência a um órgão colegiado e de escalão superior ainda amenizaria as pressões exógenas, de modo a assegurar a sua imparcialidade e a contribuir para a realização do ideal de justiça. Não obstante as diversas razões invocadas em sua defesa, é factível que o foro por prerrogativa de função não se coaduna com referenciais mínimos de igualdade, ao possibilitar tratamento diferenciado para os altos escalões do poder. Trata-se, em verdade, de mais uma feição da igualdade liberal, na qual “todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros” (Paulo Otero, 2007: 255).

6. Apesar disso, encontra-se enraizado em nossa tradição jurídica desde o surgimento de um Estado de Direito tipicamente brasileiro, tendo sido previsto, em maior ou em menor extensão, em todas as nossas Constituições, a começar pela imperial. O objetivo de nossas breves reflexões não é o de analisar a pleora de argumentos favoráveis e contrários a essa garantia que orna certos cargos de nossa República. Em verdade, o que pretendemos é verificar se há limitações ou mesmo exigências quanto à previsão do foro por prerrogativa de função nas Constituições Estaduais. Outro aspecto digno de nota é o de que nossa análise será direcionada às infrações penais comuns, não aos crimes de responsabilidade, os quais, conforme o agente envolvido, podem assumir feições eminentemente políticas, sujeitando-os a um julgamento de igual natureza.

7. Para alcançarmos o objetivo almejado, analisamos a linha evolutiva dessa garantia no direito brasileiro e os distintos fatores que influem na expansão ou na retração da liberdade de conformação dos Estados na elaboração de suas respectivas Constituições, com especial ênfase para a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem dispensado a essa temática. A partir das conclusões alcançadas, declinaremos o nosso entendimento a respeito do modo como a matéria foi tratada nas vinte e seis Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal e Territórios.

## II. I.

### O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: LINHA EVOLUTIVA

8. No constitucionalismo brasileiro, nossa primeira Constituição, a de 1824, atribuiu ao Senado competência exclusiva para “[c]onhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura” (art. 47, I). Já o Supremo Tribunal de Justiça era competente para “[c]onhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias” (art. 164, II).

9. Acresça-se que a Constituição de 1824 (art. 5º) assegurava a liberdade de culto, apenas em ambiente doméstico ou particular, “sem forma alguma exterior de templo”, e considerava, como religião oficial do Estado, a católica apostólica

romana. Nesse período, eram inábeis para ocupar o cargo de Deputado “os que não professarem a religião do Estado” (art. 95, §3º) e o Imperador, antes mesmo de ser aclamado, deveria prestar juramento de manter “a religião católica apostólica romana” (art. 102), juramento extensivo ao herdeiro do trono (art. 106) e a outras autoridades (arts. 127 e 141). Competia ao Imperador, ademais, “nomear os Bispos e prover os benefícios eclesiásticos” (art. 102), o que bem demonstrava a profunda interpenetração entre Igreja e Estado. Arcebispos e Bispos ainda gozavam de foro por prerrogativa de função, sendo julgados perante o Supremo Tribunal de Justiça, o que foi estabelecido pelo art. único da Lei nº 609/1851. Portanto, admitiu-se que a legislação infraconstitucional ampliasse as autoridades alcançadas por essa garantia.

10. Com a proclamação da República, o Decreto nº 848/1890, que organizou a Justiça Federal, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar, “em primeira e única instância: a) o Presidente da Republica nos crimes communs; b) os juizes de secção nos crimes de responsabilidade; c) os ministros diplomaticos nos crimes communs e nos de responsabilidade.” A essência dessa regra foi reproduzida nos arts. 57, §2º, e 59, I, *a* e *b*, da Constituição de 1891.

11. A Constituição de 1934 ampliou o rol de autoridades a serem julgadas pela assim denominada “*Corte Suprema*”, que passaram a ser o “a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61; c) os Juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade” (art. 76, I).

12. A Constituição de 1937 manteve a linha já estabelecida e outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente os seus próprios Ministros e “os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do §2º do art. 89 e no art. 100” (art. 101, I, *a* e *b*). Além disso, dispôs sobre a “competência privativa do Tribunal de Apelação para o processo e julgamento dos Juizes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade” (art. 103, *e*).

13. Sob a égide da Constituição de 1937, foi editado o Código de Processo Penal de 1940. De acordo com o art. 87 desse diploma legal, “competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação, o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juizes de instância inferior e órgãos do Ministério Público”. Os Tribunais de Apelação, como se sabe, são os atuais Tribunais de Justiça. Acresça-se que, ao analisarmos a Constituição de 1937, constatamos que somente os juizes foram

contemplados com o foro por prerrogativa de função no âmbito estadual, o que nos permite alcançar três inferências lógicas: (1ª) a matéria poderia ser disciplinada pela legislação infraconstitucional; (2ª) a legislação foi editada com base no art. 16, XVI, da Constituição de 1937, que outorgara à União competência privativa para legislar sobre direito processual; e (3ª) não era exigida total simetria com o modelo federal, que não contemplava, por exemplo, os “chefes de polícia”, não existindo notícia de que o preceito foi considerado inconstitucional nessa parte.

14. A Constituição de 1946 outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente “a) o Presidente da República nos crimes comuns; b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns; c) os Ministros de Estado, os Juízes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92” (art. 101, I). Em seu art. 124, IX, outorgou aos Tribunais de Justiça, outrora Tribunais de Apelação, competência privativa para “processar e julgar os Juízes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.

15. A Constituição de 1967 ampliou ainda mais o rol de autoridades a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, terminando por alcançar a quase totalidade dos membros do Poder Judiciário, isso com exceção dos Juizes de Direito e dos membros dos Tribunais de Alçada, que continuavam a ser julgados pelos Tribunais de Justiça (art. 136, §3º), *verbis*: “a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente” (art. 114, I).

16. Com o advento da Emenda Constitucional nº 1/1969, também Deputados Federais e Senadores passaram a gozar de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, que tinha competência para processar e julgar originariamente “a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no item I do artigo 42, os membros dos tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”. Doravante, outro Tribunal Superior, vale dizer, o Tribunal Federal de Recursos, passava a ter competência originária para julgar infrações penais: de acordo com o art.122, I, b, da Emenda Constitucional nº 1/1969, competia a esse Tribunal processar e julgar “os juízes federais, os juízes do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho,

bem como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”. O Superior Tribunal Militar passou a ser competente para processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, autoridades civis, nos “crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares” (art. 129, §2º). Os Tribunais de Justiça, por sua vez, mantiveram a competência para processar e julgar “os membros do Tribunal de Alçada e os juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

17. A Constituição de 1988 não só preservou a figura do foro por prerrogativa de função como o ampliou consideravelmente.

18. O Supremo Tribunal Federal deixou de ter competência para apreciar as infrações penais comuns imputadas aos membros dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, mas, a partir da Emenda Constitucional nº 23/1999, passou a julgar, pela prática de infrações penais comuns e de crimes de responsabilidade, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 102, I, b e c).

19. O recém-criado Superior Tribunal de Justiça passou a ser competente para processar e julgar “a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais” (art. 105, I, a).

20. Os novos Tribunais Regionais Federais passaram a ser competentes para julgar “os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral” (art. 108, I, a).

21. Aos Tribunais de Justiça foi outorgada competência para processar e julgar “os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral” (art. 96, III), bem como os Prefeitos Municipais (art. 29, X). Em relação a estes agentes, não obstante a literalidade do art. 29, X, que não circunscreve o foro por prerrogativa de função às causas de natureza criminal, uma interpretação teleológico-sistemática do texto constitucional indica que os contornos da garantia são justamente estes. Não há possibilidade, assim, desses agentes serem julgados pelo Tribunal de Justiça em causas de natureza extrapenal.<sup>1</sup>

22. De um modo geral, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, “[o] processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritos no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõe de prerrogativa de foro”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Vide STF, 1ª T., RE nº 289.847/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 28/11/2000, DJ de 02/02/2001.

<sup>2</sup> Pleno, AP nº 396/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28/10/2010, DJ de 28/04/2011.

23. Como dissemos, os chefes de polícia, por força do art. 87 do Código de Processo Penal de 1940, tinham a prerrogativa de serem processados e julgados perante os respectivos Tribunais de Justiça. Com o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu que referida norma não fora recepcionada nessa parte, sob o argumento de que caberia à Constituição Estadual, por força do art. 125, §1º, definir as causas de competência originária do Tribunal de Justiça, “com as únicas limitações que decorram explícita ou implicitamente da própria Constituição Federal”.<sup>3</sup> Como, no caso concreto, a Constituição gaúcha não outorgara a garantia ao chefe de polícia, foi reconhecida a competência do juízo de primeira instância. Nesse acórdão, é nítida a adesão à tese de que as Constituições Estaduais poderiam ampliar o rol de autoridades contempladas com a garantia do foro, que deixara de ser disciplinado pela legislação infraconstitucional da União.

24. Doravante, passaremos a analisar como tem sido compreendida a autonomia dos Estados no âmbito da federação brasileira e, por via reflexa, a liberdade de conformação do poder constituinte derivado decorrente.

## II. II.

### A AUTONOMIA DOS ESTADOS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

25. A concepção de federação, como se sabe, exige a necessária coexistência dos referenciais de integração e autonomia: integração entre os distintos entes federados para que seja viável a sua união e conseqüente formação de um único Estado; autonomia para que possuam individualidade própria e não sejam meras repartições administrativas do ente de maior proporção.

26. Nada mais natural, portanto, que haja um regramento comum, uma espécie de fio condutor que trace os balizamentos da integração entre os entes federados. A amplitude desse fio condutor, por sua vez, varia de acordo com o processo de formação da federação e as conveniências do poder político. Maior amplitude do regramento comum significa maior integração e menor autonomia dos entes federados. Prestigia-se a uniformidade em detrimento da diversidade. A autonomia, como ressaltado por Amaro Cavalcanti,<sup>4</sup> deve ser tão ampla quanto seja compatível com a preservação dos interesses nacionais, exigindo-se, neste último caso, a subordinação dos Estados à União.

27. Além da divisão de competências legislativas contempladas na própria ordem constitucional, o que reservou aos Estados o exercício daquelas que não lhes fossem vedadas, conforme previsto no §1º do art. 25 da Constituição de 1988, dispôs o *caput* desse preceito que “[o]s Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. A literalidade do preceito não deixa maiores dúvidas em relação ao seu potencial expansivo. Afinal, toda e qualquer norma constitucional, a partir de um processo de generalização crescente, permitirá que dela seja extraído um princípio, o que bem demonstra o grau de retração passível de alcançar a autonomia dos Estados.

<sup>3</sup> 1ª Turma, HC nº 70.474/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/08/1993, DJ de 24/09/1993.

<sup>4</sup> Regime Federativo e a República Brasileira. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p.172.

28. Não é por outra razão que Rui Barbosa<sup>5</sup>, no limiar da República, analisando preceito similar da Constituição de 1891, o art. 63, observava que os Estados deveriam respeitar os “princípios constitucionais”, mas não estavam obrigados a seguir a Constituição Federal à risca, “a modelarem-se completamente por ella, sem divergir em alguns pontos, comtanto que não sejam fundamentaes”. Segundo ele, esses princípios seriam aqueles afetos às liberdades individuais, à democracia, à representação política, à forma republicana, ao regime federativo e à divisão dos poderes. Nesse particular, a fórmula adotada pela *Grundgesetz* alemã de 1949, em seu art. 29, 1, é muito mais consentânea com a ideia de federação, pois somente vincula o poder constituinte dos *Länder* aos princípios republicano, democrático e social do Estado de Direito, no sentido em que são tratados na Lei Fundamental. Com isso, garante-se a integração dos entes federados sem comprometer a sua autonomia.

29. A Constituição Estadual, na medida em que adstrita às prescrições de uma norma de hierarquia superior, a Constituição da República, sofre múltiplas compressões. Esse quadro é especialmente acentuado no modelo brasileiro, em que, além de a divisão de competências legislativas privilegiar a União, deve ser preservada a esfera jurídica de um terceiro ente federado, de menor proporção, o Município.

30. A federação brasileira, diversamente da norte-americana, fruto da união de Estados soberanos (federação perfeita ou centrífuga), teve sua origem num Estado unitário, resultando na limitação de poderes do centro em prol da periferia, que passou a dispor de autonomia política (federação imperfeita ou centrípeta). Esse processo, por si, justifica a tradicional concentração de poderes em prol da União, fenômeno que vem se acentuando nas últimas décadas. A concentração de poderes está igualmente associada à transição de um “federalismo dual”, marcado por uma rígida divisão de competências, para um “federalismo corporativo”, também presente no modelo alemão, em que a legislação infraconstitucional da União contribui para traçar os balizamentos da produção normativa estadual, inclusive da respectiva Constituição. São as normas gerais a que se refere o art. 24, §2º, da Constituição da República. Enquanto, no modelo norte-americano, as competências da União são alargadas, como observou Bryce<sup>6</sup>, por força da interpretação extensiva, pela justiça, dos poderes que a Constituição outorgou ao governo nacional, na realidade brasileira esse alargamento foi construído pelos sucessivos textos constitucionais, alcançando, na atualidade, um arquétipo de “Estado Federal de feições unitárias”.

31. A natureza federativa dos Municípios (art. 1º da CR/1988), a que se soma o expresso reconhecimento de sua autonomia (art. 18, §1º, da CR/1988) e a outorga de competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CR/1988), também evidencia mais um limitador ao poder constituinte estadual. A sistemática

<sup>5</sup> Commentarios à Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. V, Dos Estados, Do Município, Dos Cidadãos Brasileiros, Declaração de direitos (princípio), São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p.10-11.

<sup>6</sup> *La République Américaine, Tome I. Le Gouvernement National*, trad. de Daniel Müller, Paris: M. Giard & É. Brière, 1900, p.494.

atual demonstra um nítido rompimento com o modelo instituído pela Emenda Constitucional nº 1/1969, que não incluía os Municípios entre os entes federativos (art. 1º) e, apesar de reconhecer a sua autonomia, os sujeitava às normas de organização traçadas pelo Estado-membro.

## II. III. A COMPRESSÃO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

32. Diversamente da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/1969, que enunciavam um rol (1) de princípios justificadores da intervenção federal, denominados de “princípios constitucionais sensíveis” por Pontes de Miranda,<sup>7</sup> e (2) de princípios que norteariam a elaboração das Constituições estaduais, os “princípios estabelecidos” a que se refere José Afonso da Silva,<sup>8</sup> a Constituição de 1988, em relação aos últimos, somente fez menção à necessidade de serem “observados os princípios desta Constituição” (art. 25, *caput*), o que terminou por conferir larga margem valorativa ao intérprete, com especial realce para o Supremo Tribunal Federal.

33. Esses princípios, em rigor lógico, podem ser expressos, sendo objeto de referência específica no próprio texto constitucional (*v.g.*: princípio da dignidade da pessoa humana) ou implícitos, resultando da abstração de outras normas constitucionais, quer tenham a natureza de regras, quer de princípios (*v.g.*: as normas que dispõem sobre a irretroatividade da lei penal menos favorável e protegem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada dão origem ao princípio da segurança jurídica). Esses limitadores à autonomia política dos Estados sempre terão caráter mandatório, o que decorre da obrigatoriedade de sua observância. Quanto à essência, podem assumir contornos impositivos, em contraposição aos permissivos, ou vedatórios: no primeiro caso, impõem a prática dos atos do modo como indicam; no segundo, vedam a prática dos atos que especificam.

34. É importante frisar que a referência a *princípios* é mais que sintomática em relação aos limites do balizamento. Os princípios, lembrando a lição de Alexy<sup>9</sup>, são mandados de otimização (*optimierungsgebote*), estabelecendo uma diretriz para que algo seja feito de modo a alcançar da melhor maneira possível os objetivos a que se destinam. Como não estabelecem de forma detalhada a estatuição e a consequência jurídica, apresentam sensível distinção estrutural em relação às regras, sem olvidar as especificidades do modo de resolução de conflitos entre eles. Apesar de os princípios terem uma funcionalidade bem definida à luz da dogmática contemporânea, observa-se a franca expansão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do entendimento de que os Estados devem permanecer adstritos não só aos princípios extraídos do paradigma federal como, principalmente, às próprias regras constitucionais. Esse aspecto torna-se bem perceptível em relação ao processo legislativo.

<sup>7</sup> Comentários à Constituição de 1967, Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p.251-252.

<sup>8</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.613.

<sup>9</sup> Theorie Der Grunarchte. Baden-Baden: Nomos, 1994, p.75.

35. A Emenda Constitucional nº 1/1969 dispunha, em seu art. 13, III, que “os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados dentre outros princípios estabelecidos nessa Constituição, os seguintes: (...) III – o processo legislativo”. Apesar da menção genérica aos “princípios” no *caput*, a especificação, no inciso III, do “processo legislativo”, amparou a conclusão, sob a égide da referida ordem constitucional, de que os Estados deveriam observar *ipsis litteris* o modelo federal, naquilo, obviamente, que fosse compatível com um legislativo unicameral. Não é demais lembrar que o *caput* do art. 200 desse texto constitucional dispunha que “as disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”. Com o advento da Constituição de 1988, a observância do “processo legislativo” não foi inserida de maneira expressa nem no rol dos princípios sensíveis nem no dos estabelecidos.

36. O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, ao apreciar a medida cautelar pleiteada na ADI nº 56/PB, decidiu pela não aplicação compulsória aos Estados das situações de iniciativa privativa inseridas no art. 61 da Constituição de 1988, isso em razão da “inexistência, atualmente, das numerosas regras de simetria compulsória da Carta de 1967 (EC nº 1/69)”.<sup>10</sup> Pouco depois, calcando-se no princípio da separação dos poderes, entendeu que as regras sobre iniciativa reservada não podem ser fraudadas ou obstruídas pela Constituição Estadual,<sup>11</sup> o que obsta, por exemplo, a definição, em diploma normativo dessa natureza, da forma de aplicação dos recursos públicos, matéria a ser inserida na lei orçamentária, de iniciativa do Executivo,<sup>12</sup> o mesmo ocorrendo em relação às normas que incursionem no regime jurídico dos servidores públicos.<sup>13</sup> Idêntico entendimento prevaleceu ao reconhecer que emendas parlamentares não podem estender o alcance de projeto de lei de iniciativa privativa do Executivo, gerando aumento de despesa, já que os Estados devem observar o disposto nos arts. 61 e 63, I, da Constituição de 1988.<sup>14</sup>

37. A absoluta simetria entre o processo legislativo federal e o estadual tem sido objeto de grande zelo pelo Supremo Tribunal Federal: a) na ADI nº 1.160/AM, entendeu que a aposentadoria dos servidores públicos é matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo;<sup>15</sup> b) na ADI nº 486/DF, decidiu pela impossibilidade de “condicionar a reforma da Constituição Estadual à aprovação da respectiva proposta por 4/5 (quatro quintos) da totalidade dos membros integrantes da Assembleia Legislativa. Exigência que virtualmente esteriliza o exercício da função reformadora pelo poder legislativo local”;<sup>16</sup> c) na ADI nº 1.546/SP, decidiu que a Constituição Estadual não pode excepcionar os projetos de iniciativa exclusiva

<sup>10</sup> Rel. Min. Célio Borja, j. em 07/06/1989, DJ de 04/08/1989.

<sup>11</sup> ADI nº 1.434/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10/11/1990, RTJ 172/789.

<sup>12</sup> ADI nº 820/RS, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15/3/2007, Inf. nº 459.

<sup>13</sup> ADI nº 89-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 04/02/1993, DJ de 20/08/1993.

<sup>14</sup> ADI nº 2170/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/08/2005, DJ de 09/09/2005; e mérito da ADI nº 56/PB Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03/10/2002, DJ de 29/11/2002.

<sup>15</sup> Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/03/1995, DJ de 19/05/1995.

<sup>16</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j. em 03/04/1997, DJ de 10/11/2006.

da impossibilidade de reapresentação, na mesma sessão legislativa, de matéria constante de projeto de lei rejeitado, já que a Constituição da República, em seu art. 67, somente excepciona a proposta formulada pela maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa;<sup>17</sup> e d) na ADI nº 2.872/PI, considerou inconstitucional a exigência de lei complementar, pela Constituição Estadual, para a disciplina do regime jurídico dos servidores públicos, já que o paradigma federal somente exige lei ordinária.<sup>18</sup>

38. Ainda sob o prisma do processo legislativo, o Tribunal também admitiu a previsão, nas Constituições Estaduais, da figura da medida provisória, desde que observadas, em todas as suas nuances, a integralidade do paradigma federal.<sup>19</sup> Afinal, diversamente da Emenda Constitucional nº 1/1969, que vedou, no parágrafo único do seu art. 200, a edição de decretos-leis pelos Estados, a Constituição de 1988 nada disse em relação às medidas provisórias. Portanto, para que esse ato normativo seja editado, é preciso que (1) esteja previsto na Constituição Estadual; (2) seja reservado a situações de relevância e urgência; (3) respeite os limites formais (*rectius*: não pode ingressar em seara afeta às leis complementares ou prevista em projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa e pendente de sanção ou veto – art. 62, III e IV) e materiais previstos na Constituição da República e que se coadunem com a competência legislativa estadual; (4) seja submetido à apreciação da Assembleia legislativa; e (5) sejam observados os prazos de vigência (*rectius*: em matéria tributária, só produzirá efeitos no exercício seguinte se for convertido em lei até o último dia daquele em que foi editado – art. 62, §2º), eficácia e tramitação legislativa previstos na Constituição da República.

39. Com o advento da Emenda Constitucional nº 5/1995, o §2º do art. 25 foi alterado e passou a dispor que “cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”. Uma das interpretações possíveis desse preceito é a de que os Estados, e não apenas a União, também deveriam editar lei disciplinando a matéria; logo, se a ordem constitucional vedou a edição de medidas provisórias, pelos Estados, em uma temática específica, é evidente que admitiu a possibilidade de serem editadas em outras matérias.

40. Ao definir a faixa adequada de uniformidade que deve nortear a federação brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a redução do núcleo de liberdade do constituinte derivado decorrente estadual. O Tribunal já decidiu que (a) as Constituições estaduais não podem invadir a competência legislativa federal,<sup>20</sup> o que impede, inclusive, seja estendido ao Governador do Estado a imunidade processual instituída pelos parágrafos 3º e 4º do art. 86 da Constituição em favor do Presidente

<sup>17</sup> Rel. Min. Nélson Jobim, j. em 03/12/1998, DJ de 06/04/2001.

<sup>18</sup> Rel. p/acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 01/08/2011, DJ de 05/09/2011.

<sup>19</sup> STF, Pleno, ADI nº 425, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 04/09/2002, DJ de 19/12/2003; e ADI nº 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 16/08/2006, DJ de 16/03/2007.

<sup>20</sup> ADI nº 83/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 24/04/1991, RTJ 136/965.

da República;<sup>21</sup> (b) o fato de a Lei Orgânica do Município estar adstrita aos “princípios estabelecidos na Constituição do respectivo Estado” (art. 29, *caput*, da CR/1988) não permite que esta última venha a abrandar ou agravar os parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos Municípios estabelecidos na Constituição da República;<sup>22</sup> c) o processo de criação de Municípios pressupõe a edição de lei estadual, sendo a matéria estranha à Constituição Estadual;<sup>23</sup> d) os mecanismos de separação de poderes instituídos pelo paradigma federal devem ser prestigiados pela Constituição estadual, evitando a ingerência de um Poder sobre o outro;<sup>24</sup> e) a normatização constitucional federal relativa aos servidores públicos é de observância obrigatória pelas Constituições Estaduais.<sup>25</sup>

#### II. IV. A PREVISÃO DAS CAUSAS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: A QUESTÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

41. Com a promulgação da Constituição de 1988, foi alterada a sistemática historicamente adotada no direito brasileiro para a fixação da competência originária dos Tribunais de Justiça. Até então, nos textos constitucionais que trataram dessa temática, ora era vista como afeta à lei estadual (CR/1946, art. 124, XIII e CR/1967, art. 136, §5º), ora a resolução do Tribunal de Justiça (EC nº 1/1969, art. 144, §5º). Em qualquer caso, deveria ser observada a divisão de competências estabelecida na Constituição da República. Com a nova ordem constitucional, a competência dos Tribunais de Justiça, por força do seu art. 125, §1º, deveria ser definida pelas respectivas Constituições Estaduais, o que ensejou não poucos debates, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em relação à possibilidade de estenderem a prerrogativa de foro a outras autoridades.

42. Antes de analisarmos a tendência das Constituições Estaduais e a evolução da jurisprudência do Tribunal a respeito dessa temática, é oportuno fixar algumas premissas que deveriam nortear a sua compreensão.

43. O primeiro aspecto a ser lembrado é o de que a Constituição da República é essencialmente analítica. Em textos dessa natureza, as omissões, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, tendem a assumir as características de verdadeiro “silêncio eloquente”<sup>26</sup>. Em outras palavras, ainda que

<sup>21</sup> ADI nº 978/PB, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 19/10/1995, RTJ 162/463.

<sup>22</sup> ADI nº 2.112/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/05/2002, RTJ 181/934.

<sup>23</sup> ADI nº 222/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 24/05/1990, RTJ 135/470.

<sup>24</sup> ADI nº 676/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 01/07/1996, RTJ 162/849.

<sup>25</sup> ADI nº 176/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21/08/1992, RTJ 143/17.

<sup>26</sup> A temática do “Silêncio Eloquente” (*Beredtes Schweigen*) tem sido objeto de amplos e diversificados estudos na literatura alemã: Na interpretação bíblica (*vide Sürgen Ebach. Beredtes Schwergen. Exegetismo-Literarische Beobachtungen Zu Einer Kommunikationform in Biblischen Texten. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014*); na arte (*vide Stefan Ggreif. Die malerei kann ein sehr beredtes schwergen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dickter – Deutschland: W. Fink, 1999*); na técnica literária (*vide Uwe Ruberg. Beredtes Schwergen: In Lehrhafter und erzählender Deutschland Literatur des Mittelalters. Deutschland: Fink, 1978*); e Stefan Kramer. “redest nicht von Schwergen...” *zu Eider semiotik des Schwergens in dramatischen werk Thomas Bernards. Würzburg: Königshansen & Neumann, 2003*, principalmente p.31 e s.); no Direito (*Stefhan Madaus. Der Insolvenzplan: Von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fort entwicklung in eine Bestätigungsolvvenz – Tübingen: Mohr Siebeck, 2011*, principalmente p.248 e s.) etc.

a existência de “lacunas constitucionais” seja matéria mais que controversa, isso em razão das características de uma Constituição, que somente traça as linhas gerais da organização política e dos direitos fundamentais, o “silêncio eloquente” indica que a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão<sup>27</sup>.

44. Apesar de a Constituição da República descer a maiores níveis de detalhamento das instituições federais e somente estabelecer as linhas gerais das instituições estaduais, distritais e municipais, a disciplina do foro por prerrogativa de função foi mais que detalhada. Especificamente em relação às autoridades não federais, foi prevista a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, e os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios (art. 105, I, *a*). Além disso, aos Tribunais de Justiça foi outorga competência para processar e julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III), bem como os Prefeitos Municipais (art. 29, X). Como se percebe, a Constituição da República chegou a atribuir a garantia do foro até mesmo a autoridades municipais.

45. O segundo aspecto a ser considerado é o de que a liberdade de conformação do denominado “poder constituinte derivado decorrente”, afeto aos Estados, tem sido historicamente comprimida pelo Supremo Tribunal Federal, o que foi cabalmente demonstrado acima. O Tribunal, além de exigir que os Estados permaneçam adstritos aos princípios constitucionais, tem exigido que o mesmo seja feito em relação a inúmeras regras (*v.g.*: aquelas que disciplinam o processo legislativo), o que amplia sobremaneira o universo das normas de repetição obrigatória. Na síntese de Raul Machado Horta,<sup>28</sup> que permanece atual mesmo após as décadas transcorridas desde a sua prolação, “as normas de reprodução refletem a expansividade do modelo federal, que atraiu para seu campo matéria anteriormente entregue à revelação originária da constituinte estadual”. No modelo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete último da Constituição, teve papel decisivo na expansão dessas normas. Na medida em que a extensão do foro por prerrogativa de função a outras autoridades caminha em norte contrário à cláusula geral de igualdade consagrada no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 (“Todos são iguais perante a lei...”), aqui temos outro fator a desaconselhar a adoção desse permissivo.

46. Apesar da constatação anterior, as normas de reprodução obrigatória, além de atuarem como fatores de limitação, também operacionalizam o princípio da simetria, de modo que as Constituições Estaduais (art. 25, *caput*) e as Leis Orgânicas Municipais (art. 29, *caput*) apresentem similitude com o paradigma federal. Ressalte-se,

<sup>27</sup> Para maior desenvolvimento do tema, *vide*, de nossa autoria: Conflito entre Normas Constitucionais, Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.257-260.

<sup>28</sup> A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte, 1964, p.192.

no entanto, que somente a primeira delas pode incursionar no âmbito da competência jurisdicional, mais especificamente naquela afeta aos Tribunais de Justiça, já que, no modelo brasileiro, os entes federativos municipais não contam com um Poder Judiciário ou mesmo com instituições autônomas essenciais à função jurisdicional, que são o Ministério Público e a Defensoria Pública.

47. Como a Constituição da República outorgou competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, é evidente que renderá homenagem à simetria a Constituição Estadual que preveja a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, nas referidas infrações, os Deputados Estaduais, os Secretários Estaduais e os Comandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, máxime porque estas últimas corporações, por força do art. 144, §6º, da Constituição de 1988, são “forças auxiliares e reserva do Exército”. Em relação a outras autoridades estaduais em que não seja detectada essa relação de simetria com o paradigma federal, a extensão da garantia, regra geral, mostrar-se-á irregular. Apesar dessa constatação, a situação de dois cargos exige considerações de ordem suplementar. Trata-se do Vice-Governador do Estado e do Procurador-Geral do Estado.

48. Apesar de a Constituição da República ter outorgado ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente e o Vice-Presidente da República (art. 102, I, b), foi atribuída competência originária ao Superior Tribunal de Justiça para julgar tão somente o Governador (art. 105, I, a), o que, em princípio, configuraria verdadeiro silêncio eloquente em relação ao Vice-Governador. Com isso, a Constituição Estadual não poderia atribuir competência originária ao Tribunal de Justiça em relação a essa autoridade. O complicador dessa conclusão é que ela subvertera a organicidade do sistema, já que todos os Secretários, que integram a Administração Superior Estadual, poderiam ser julgados perante o Tribunal de Justiça, enquanto o substituto eventual da autoridade máxima seria julgado em primeira. Como a coerência é um postulado de racionalidade da interpretação constitucional, esse entendimento não pode ser acolhido. Portanto, afastando-se a tese do “silêncio eloquente”, tem-se a possibilidade de a constituição estadual estender a garantia ao Vice-Governador<sup>29</sup>.

49. No que diz respeito ao Procurador-Geral do Estado, a simetria possível é com o Advogado-Geral da União, que é processado e julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal. Tal ocorre, no entanto, não em razão das características intrínsecas desse cargo, mas, sim, pelo fato de a legislação infraconstitucional ter considerado o Advogado-Geral da União Ministro de Estado (Lei nº 9.649/1998, art. 13, §1º).<sup>30</sup> Portanto, somente na hipótese de o Procurador-Geral do Estado ser considerado Secretário de Estado é que seria possível atribuir-lhe a garantia.

<sup>29</sup> Para maior desenvolvimento do tema, *vide*, de nossa autoria: Interpretação Constitucional. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p.492 e s.

<sup>30</sup> STF, Pleno, Petição nº 1.199 AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 5/05/1999, DJ de 25/06/1999.

50. E em relação às autoridades municipais, mais especificamente aos Vereadores, aos Secretários Municipais e aos Comandantes das Guardas Municipais? Seria possível que a Constituição Estadual viesse a lhes assegurar o foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça? A nosso ver, a resposta deve ser negativa. E isso por três razões básicas. A uma, a única autoridade contemplada com o foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça, pela Constituição da República (art. 29, X), foi o Prefeito Municipal, o que evidencia a presença de um silêncio eloquente em relação às demais. A duas, a Constituição Estadual, sob pena de afronta à autonomia municipal, não pode sujeitar autoridades do Município a uma regra específica de competência que não encontre embasamento direto na Constituição da República. A três, especificamente em relação aos Vereadores, a previsão do foro não refletiria uma simetria necessária em relação aos parlamentares federais e estaduais, cujas garantias são muito mais amplas (arts. 27, §1º; 29, VIII e 53 da Constituição).

51. Em consultas realizadas nos dias 17 e 18 de abril de 2017, nos sítios mantidos pelas Assembleias Legislativas na rede mundial de computadores, constatamos a atribuição da garantia do foro por prerrogativa de função aos agentes abaixo elencados, sendo certo que alguns desses comandos já tinham sido submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Apesar da atenção dispensada pelo responsável pela pesquisa, penitenciamos-nos, desde logo, por eventuais equívocos, que podem estar associados ao volume de informações processadas e, principalmente, à não atualização de alguns dos sítios consultados.

1) Vice-Governador do Estado – contemplado em todas as Constituições, com exceção dos Estados de Alagoas, Maranhão, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;

2) Secretários de Estado – contemplados em todas as Constituições, com exceção dos Estados do Ceará e de Mato Grosso – note-se que as Constituições dos Estados do Maranhão e de Roraima fazem menção aos ocupantes de “cargos equivalentes”;<sup>31</sup>

3) Deputados Estaduais – contemplados em todas as Constituições;

4) Procurador-Geral do Estado – contemplado nas Constituições dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Sergipe;

5) Procuradores do Estado em geral (ou advogados-gerais do Estado) – contemplados nas Constituições dos Estados de Alagoas, Amazonas, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Piauí e Rio de Janeiro;

6) Defensor Público Geral – contemplado nas Constituições dos Estados do Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Paraíba, Piauí, Rondônia e São Paulo.

---

<sup>31</sup> O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a referência a cargos equivalentes ao de Secretário de Estado, prevista no art. 77, X, *a*, da Constituição do Estado de Roraima, por ter o efeito de transferir à legislação infraconstitucional a definição da competência do Tribunal de Justiça (Pleno, HC nº 103.803/RR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 1º/07/2014, DJ de 06/10/2014).

7) Defensores Públicos em geral – contemplados nas Constituições dos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro e Rondônia;

8) Auditores do Tribunal de Contas – contemplados na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte;

9) Membros do Ministério Público de Contas – contemplados na Constituição de Roraima;

10) Comandante-Geral da Polícia Militar – contemplado nas Constituições dos Estados do Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí, São Paulo e Tocantins;

11) Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar – contemplado nas Constituições dos Estados do Amazonas, Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí e Tocantins;

12) Membros do Conselho de Justiça Militar – contemplados na Constituição do Estado da Bahia;

13) Auditor Militar, inclusive inativo – contemplado na Constituição do Estado da Bahia;

14) Procuradores da Assembleia Legislativa – contemplados nas Constituições dos Estados de Goiás, Maranhão e Rio de Janeiro;

15) Auditor-Geral do Estado – contemplado na Constituição do Estado do Maranhão;

16) Diretores Presidentes das entidades da Administração Estadual Indireta – contemplados na Constituição do Estado de Roraima;

17) Diretor-Geral da Polícia Civil (ou Chefe ou Chefe-Geral ou Delegado-Geral) – contemplado nas Constituições dos Estados do Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí e São Paulo;

18) Delegados de Polícia em geral – contemplados nas Constituições dos Estados do Maranhão e do Rio de Janeiro;

19) Vice-Prefeito – contemplado nas Constituições dos Estados do Piauí e Rio de Janeiro;

20) Vereadores – contemplados nas Constituições dos Estados do Piauí, Rio de Janeiro e Roraima.

52. A partir dessas observações iniciais, é conveniente analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento de que foro por prerrogativa de função não seria matéria afeta ao direito processual, de competência legislativa privativa da União, não mais subsistindo o art. 87 do Código de Processo Penal.<sup>32</sup> A Constituição Estadual, portanto, poderia ampliar as hipóteses de foro por prerrogativa de função, estendendo-o, por exemplo,

<sup>32</sup> 1ª Turma, HC nº 70474/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/8/1993, DJ de 24/9/1993.

aos Procuradores do Estado.<sup>33</sup> Em um segundo momento, o Tribunal entendeu que extensão dessa natureza não se harmonizava com a ordem constitucional, tendo suspenso a eficácia de preceito de Constituição Estadual que conferira “competência originária ao Tribunal de Justiça para processar e julgar os Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que não gozam da mesma prerrogativa os servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal.”<sup>34</sup> Por fim, ao julgar a ADI nº 2587/GO, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da extensão tão somente em relação aos Delegados de Polícia, em razão do risco de comprometimento do controle externo realizado pelo Ministério Público, mantendo a garantia em relação aos Defensores Públicos Estaduais e aos Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa.<sup>35</sup> Também foi reconhecida a possibilidade de a garantia ser outorgada aos Vereadores.<sup>36</sup>

53. Deve-se ressaltar que disposições dessa natureza não prevalecerão em relação às regras de competência previstas na Constituição da República, que somente podem ser excepcionadas por ela própria. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 45. Em consequência, tais agentes, quando obtiverem a prerrogativa a partir da Constituição Estadual, continuarão a ser julgados pelo Tribunal do Júri sempre que acusados da prática de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, d).<sup>37</sup>

### III

54. Tendo em vista os aspectos observados, conclui-se que a temática do foro por prerrogativa de função no âmbito das Constituições Estaduais há de ser compreendida nos planos jurídico e pragmático. No plano jurídico, evidencia que esses diplomas normativos devem apresentar uma relação de simetria com o paradigma federal, somente podendo outorgar a garantia às autoridades estaduais que apresentem correlação com as que tenham sido contempladas com garantia similar naquele plano. Não podem, ademais, estendê-lo às autoridades municipais, que não o Prefeito Municipal, sob pena de mácula à autonomia dos Municípios. No plano pragmático, não podemos ignorar as peculiaridades brasileiras, em que cerca de 5.500 Municípios se esparramam pelo País, o que seria suficiente para inviabilizar o funcionamento dos Tribunais de Justiça se todas as autoridades municipais, que apresentem similitude com as federais contempladas com a garantia, pudessem vir a recebê-la.

<sup>33</sup> Pleno, ADI nº 541-MC/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/10/1991, DJ de 14/2/1992; e 2ª Turma, HC nº 77985/PB, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13/10/1998, DJ de 12/11/1999.

<sup>34</sup> Pleno, ADI 2587-MC/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 15/5/2002, DJ de 6/9/2002. No mesmo sentido: Pleno, ADI nº 2553-MC/MA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20/2/2002, DJ de 22/10/2004.

<sup>35</sup> Pleno, ADI nº 2587/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, j. em 1/12/2004, DJ de 6/11/2006.

<sup>36</sup> STF, 2ª Turma, RE 454.935/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3/6/2008, DJe de 26/6/2008, DJ de 27/6/2008; e 2ª Turma, RHC nº 108.496/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 18/2/2014, DJe de 7/3/2014, DJ de 10/03/2014.

<sup>37</sup> Vide STF, 2ª T., RHC nº 80.477/PI, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 31/10/2000, DJ de 04/05/2001.

55. Especificamente em relação aos Delegados de Polícia, o Supremo Tribunal Federal, como se disse, não tem reconhecido a prerrogativa de foro dessas autoridades. Esse entendimento, aliás, tem sido encampado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (v.g.: *TJRJ, OE, AP nº 1991.068.00002, Rel. Des. Áurea Pimentel Pereira, j. em 21/10/1991, Dj de 19/12/1991* – *TJRJ, OE, AP nº 00106742419898190000, Rel. Des. Eneas Cotta, j. em 30/08/1990, Dj de 10/10/1990*) e, como não poderia deixar de ser, pelo Procurador-Geral de Justiça.

#### IV

56. Diante da matéria tratada no presente expediente, sugere esta Consultoria Jurídica o encaminhamento dos autos ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais para a remessa ao órgão de execução com atribuição, com anterior pronunciamento da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos, em razão da especificidade da matéria.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2017.

**EMERSON GARCIA**

Consultor Jurídico