

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. O objeto da presente ação de controle abstrato cinge-se à validade de normas da Constituição de São Paulo pelas quais se estabelece foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça ao Defensor Público-Geral e ao Delegado-Geral da Polícia Civil:

“Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

I - nas infrações penais comuns, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público-Geral e os Prefeitos Municipais;

II - nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os juízes do Tribunal de Justiça Militar, os juízes de Direito e os juízes de Direito do juízo militar, os membros do Ministério Público, exceto o Procurador-Geral de Justiça, o Delegado-Geral da Polícia Civil e o Comandante Geral da Polícia Militar”.

2. Faz-se necessária a análise da questão à luz do § 1º do art. 25 e do art. 125 da Constituição da República e do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pelos quais os Estados se organizam e se regem pelas Constituições que adotarem, observados os princípios da Constituição da República.

No art. 25 da Constituição da República e no art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se assegura autonomia aos Estados:

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

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

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”.

José Afonso da Silva leciona que no art. 25 da Constituição da República se consagra a autonomia dos Estados, autorizando-os a elaborar suas constituições estaduais e dessa autonomia decorre sua capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração:

“A Constituição Federal assegura autonomia aos Estados federados que se consubstancia na sua capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de autoadministração (arts. 18, 25 a 28).

A capacidade de auto-organização e de autolegislação está consagrada na cabeça do art. 25, segundo o qual os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

A capacidade de autogoverno encontra seu fundamento explícito nos arts. 27, 28 e 125, ao disporem sobre os princípios de organização dos poderes estaduais, respectivamente: Poder Legislativo, que se expressa por Assembleias Legislativas; Poder Executivo, exercido pelo Governador; e Poder Judiciário, que repousa no Tribunal de Justiça e outros tribunais e juízes.

A capacidade de autoadministração decorre das normas que distribuem as competências entre União, Estados e Municípios, especialmente do art. 25, §1º, segundo o qual são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição, que contém, como se nota, o princípio de que, na partilha federativa das competências, aos Estados cabem os poderes remanescentes, aqueles que sobram da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22, especialmente) e dos indicados aos Municípios (art. 30)” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 16. ed., 1999, p. 590-591).

No § 1º do art. 125 da Constituição da República se autoriza aos Estados elaborarem suas constituições e definirem a competência de seus tribunais, desde que observados os princípios contidos na Constituição da República:

“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”.

3. Com fundamento no § 1º do art. 125 da Constituição da República e em respeito à autonomia e capacidade de auto-organização dos entes federados assegurada no art. 25 da Constituição da República, a

jurisprudência deste Supremo Tribunal vinha se assentando, quanto à possibilidade de o constituinte estadual destacar autoridades estaduais e municipais a serem julgadas originariamente pelo Tribunal de Justiça local nos crimes comuns, ainda que inexistente simetria com autoridades federais correspondentes.

Este Supremo Tribunal concluiu válida, por exemplo, a prerrogativa de foro conferida, em Constituições estaduais, a procuradores de Estado e defensores públicos e restringindo-a apenas quanto aos delegados de polícia.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.587/GO, impugnava-se dispositivo da Constituição de Goiás, no qual se conferia prerrogativa de função aos delegados de polícia, aos procuradores do Estado, aos procuradores da Assembleia e aos defensores públicos.

Em 1º.12.2004, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente para declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão “ *delegados de polícia* ” contida na al. e do inc. VIII do art. 46 da Constituição de Goiás. Manteve-se, assim, a prerrogativa de foro, nos crimes comuns, concedida aos procuradores do Estado, aos procuradores da assembleia e aos defensores públicos.

Ficou, então, vencido o Ministro Maurício Corrêa, que julgava procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da prerrogativa de foro concedida não só aos delegados de polícia, mas aos procuradores do Estado, aos procuradores da assembleia e aos defensores públicos, Redator para o acórdão o Ministro Ayres Britto.

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa ressaltou que a competência dos Estados prevista no § 1º do art. 125 da Constituição da República para fixar a competência de seus Tribunais não seria ampla e irrestrita e que a Constituição do Goiás teria se afastado dos parâmetros federais ao fixar prerrogativa a autoridades sem similitude com o modelo federal:

“12. Com efeito, do mesmo modo tenho ainda como aplicável tal exegese, estando em harmonia com o conceito positivado pela Constituição Federal em vigor. Alguns agentes políticos, como juízes e membros do Ministério Público têm, na autonomia e independência

funcionais, instrumentos fundamentais para assegurar o exercício das suas atribuições constitucionais em toda sua extensão. A prerrogativa de foro que lhes é garantida, também de forma expressa na Constituição (CF, artigos 96, III; 102, I, “b” e “c”; 105, I, “a”; e 108, I, “a”), visa exatamente complementar e dar concreção a tais postulados. Diversa, no entanto, é a situação dos agentes públicos contemplados com a norma estadual, que pertencem a categorias funcionais a que a Carta da República não conferiu garantias institucionais típicas de magistrados e procuradores, omitindo-se, por consequência, também quanto ao foro privilegiado.

13. Conforme bem observou o titular do Parquet, conquanto caiba aos Estados, por meio de suas constituições, fixar a competência de seus respectivos Tribunais de Justiça - CF, artigo 125, § 1º -, essa competência não é ampla e irrestrita, sendo certo que seus limites estão contidos na Carta Federal, que impõe a observância a seus princípios - CF, artigo 25, e ADCT, artigo 11. Daí concluir pela ausência de similitude com o modelo estabelecido pela Constituição Federal, que não prevê foro privilegiado em favor dos Procuradores da União, dos Defensores Públicos da União, bem como dos Delegados de Polícia Federal.

14. Assim sendo, tenho que a norma impugnada afastou-se do parâmetro federal e dos princípios que norteiam a elaboração das constituições estaduais, ampliando indevidamente o rol de agentes públicos sujeitos a foro por prerrogativa de função.

Ante essas circunstâncias, julgo procedente a ação e declaro a inconstitucionalidade da letra “e” do inciso VIII do artigo 46 da Constituição do Estado de Goiás, na redação dada pela EC 29, de 31 de outubro de 2001” (ADI n. 2.587/GO, Redator para o acórdão o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 6.11.2006).

O Ministro Cezar Peluso acompanhou o Ministro Maurício Corrêa e ressaltou, em seu voto, que a prerrogativa de foro abriria uma exceção tanto ao princípio da igualdade, quanto ao do juiz natural pelo que o Constituinte estadual não poderia estender essas exceções a outras funções as quais não detém essa prerrogativa nem no nível federal:

“O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, penso que a regra de prerrogativa de foro na Constituição da República, que é norma de Direito Processual Constitucional, de exclusiva competência da União, já é em si, posto que nesse escalão normativo, uma exceção, tanto ao princípio da igualdade, quanto ao do juiz natural. Suas hipóteses são exceções fundadas na consideração, estimada pelo Constituinte, da importância - diria - político-funcional que certas funções públicas têm dentro da estrutura da vida republicana. Ou

seja, avaliou o Constituinte que os titulares de certas funções estatais, que exigem maior independência, não apenas de ordem técnica, mas sobretudo de ordem político-funcional, mereceriam a exceção do foro por prerrogativa do seu exercício.

O que mais me pesa e avulta é o fato de que, ao fazê-lo, o Constituinte teve em conta que essas funções, embora vistas e reguladas no plano federal, encontram correspondência, na medida da própria estrutura simétrica da federação, em homólogas nos planos estadual e municipal. Penso que não escapou ao Constituinte essa correspondência ou homologia nos planos estadual e municipal, à luz da unitária importância política de certas funções do Estado.

Isso significa que o Constituinte Federal, ao estabelecer a exceção àqueles dois princípios, aliás muito caros à vida e ao perfil da República, enumerou as funções cujos titulares devem receber as mesmas garantias, as quais não podem estender-se a outras funções que, no mesmo juízo, não as mereceram tampouco no nível federal. Ademais, sendo exceções - diria - óbvias, já demandariam interpretação estrita, por mais de uma razão. É que, embora tais exceções sejam justificadas do ponto de vista político-institucional, do ponto de vista metajurídico ferem o caráter singular da vida republicana, caracterizado pelo princípio da igualdade.

Creio serem essas, duas fortes razões adicionais para que a interpretação básica seja de que a avaliação do Constituinte Federal a respeito dos cargos e funções, cujo exercício suportaria tal exceção, encarna princípio constitucional que, nos termos do artigo 125, § 1º, tem de ser observado pelo Constituinte estadual, sob pena de gerar risco de indesejáveis desigualdades, porque Estados há nos quais as mesmas categorias receberiam a prerrogativa e, outros, em que não, afrontando-se assim, mais uma vez, a necessidade de interpretação estritíssima das exceções constitucionais” (ADI n. 2.587/GO, Redator para o acórdão o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 6.11.2006).

Em 10.5.2007, este Supremo Tribunal concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 541/PB. Anotou, então, caber à Constituição estadual estabelecer a competência de seus Tribunais em razão do que se dispõe no § 1º do art. 125 e declarou a constitucionalidade do inc. XII do art. 136 da Constituição da Paraíba, pelo qual se conferia prerrogativa de foro ao Procurador-Geral de Justiça:

“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 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 n. 541/PB, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 6.9.2007).

4. Com o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, concluído em 3.5.2018, este Supremo Tribunal passou a dar interpretação mais restritiva às hipóteses de foro por prerrogativa de função e assentou que o foro privilegiado deve se restringir aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso ponderou que o foro por prerrogativa de função constituiria uma contrariedade aos princípios da igualdade e da república que resultam na responsabilização político-jurídica de todos os agentes estatais pelos atos que praticarem e, sendo assim, as normas da Constituição nas quais se estabelecem essas hipóteses devem ser interpretadas restritivamente:

"18. Os problemas e as disfuncionalidades associados ao foro privilegiado podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional. Assim, a fim de melhor compatibilizá-lo com os princípios constitucionais, bem como reduzir as disfunções produzidas, as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele. Como resultado, se o ilícito imputado foi, por exemplo, praticado anteriormente à investidura no mandato de parlamentar federal, não se justifica a competência do STF. E, ainda que cometido após a investidura no mandato, se o crime não apresentar relação direta com as funções parlamentares, tampouco se pode reconhecer a prerrogativa de foro perante esta Corte. (...)

22. A atual conformação do foro por prerrogativa de função constitui uma violação aos princípios da igualdade e da república, conferindo um privilégio a um número enorme de autoridades, sem fundamento razoável. A igualdade formal veda as discriminações arbitrárias e todos os tipos de privilégios. Trata-se de fundamento central da noção de república. Nas Repúblicas, todos os cidadãos são iguais e devem estar sujeitos às mesmas normas. O princípio republicano, consagrado no art. 1º, caput, traduz também a ideia fundamental de responsabilização político-jurídica de todos os agentes estatais, sem exceção, pelos atos que praticarem.

23. Na origem, a prerrogativa de foro tinha como fundamento a necessidade de assegurar a independência de órgãos e o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes. Entendia-se que a atribuição da competência originária para o julgamento dos ocupantes de tais cargos a tribunais de maior hierarquia evitaria ou reduziria a utilização política do processo penal contra titulares de mandato eletivo ou altas autoridades, em prejuízo do desempenho de suas funções. Se, em nossa história constitucional, os magistrados de primeira instância tinham suas garantias muitas vezes limitadas, de direito ou de fato, a verdade, porém, é que hoje todos os juízes, independentemente do grau de jurisdição, desfrutam das mesmas garantias destinadas a assegurar independência e imparcialidade. Cabe lembrar, a propósito, que foi a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros militares, que estendeu a prerrogativa de foro nos crimes comuns aos membros do Congresso, providência que, até então, jamais fora considerada como necessária para o bom e livre desempenho parlamentar.

24. Assim, parece claro que se o foro privilegiado pretende ser, de fato, um instrumento para garantir o livre exercício de certas funções públicas, e não para acobertar a pessoa ocupante do cargo, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura nesse cargo e aos que, cometidos após a investidura, sejam estranhos ao exercício de suas funções. Fosse assim, o foro representaria reprovável privilégio pessoal. Trata-se, ainda, de aplicação da clássica diretriz hermenêutica – interpretação restritiva das exceções –, extraída do postulado da unidade da Constituição e do reconhecimento de uma hierarquia material ou axiológica entre as normas constitucionais. Não há dúvida de que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como o são a igualdade e a república, ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais. Daí a necessidade de que normas constitucionais que excepcionem esses princípios – como aquelas que introduzem o foro por prerrogativa de função – sejam interpretadas sempre de forma restritiva, de modo a garantir que possam se harmonizar ao sistema da Constituição de 1988” (DJe 11.12.2018).

Após o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937, o Ministro Dias Toffoli sugeriu fossem aprovadas duas súmulas vinculantes sobre a matéria. A Proposta de Súmula Vinculante n. 131 está em análise por este Supremo Tribunal e os enunciados propostos são os seguintes:

“A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública.”

“São inconstitucionais normas de Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria”.

5. Em 15.5.2019, ao analisar a inconstitucionalidade do inc. IV do art. 81 da Constituição do Maranhão, pelo qual se atribuía ao Tribunal de Justiça daquele Estado competência para julgar originariamente, nos crimes comuns, os Procuradores de Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia, este Supremo Tribunal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.553/MA. Esta a ementa do julgado:

“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” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.553/MA,

Plenário, Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 17.8.2020).

Na ocasião, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator originário, o Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência para sustentar que o § 1º do art. 125 da Constituição da República não poderia ser interpretado no sentido de permitir aos Estados estabelecer, livremente, prerrogativas de foro diversas das previstas na Constituição da República. Em seu voto ressaltou:

“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. Nada justifica que 4.578 vereadores sejam processados pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Não há nem a proximidade com o fato, a possibilidade de uma investigação mais próxima, sendo que, se a Constituição quisesse, teria feito, no art. 29, com os vereadores, em relação ao foro, o que fez com a imunidade material. Quando quis a previsão da imunidade material igual a deputados federais, o fez. Quando não quis a extensão de um foro, não o fez.

Então, essa é a interpretação que me parece mais consentânea com o conjunto da Constituição. A prerrogativa de foro é uma excepcionalidade - a meu ver, em vários casos, uma boa excepcionalidade, mas é uma excepcionalidade - que a Constituição Federal estabeleceu. A abertura por parte do § 1º do art. 125 transformaria a exceção em regra. Se, amanhã, todos os estados, pela Constituição estadual, quiserem estender livremente o foro, poderiam fazê-lo” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.553/MA, Redator para o Acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, acórdão pendente de publicação).

Salientei, então, que estávamos dando uma interpretação restritiva encaminhada ao julgar a Questão de Ordem na Ação Penal n. 937, para conter essa prodigalidade de pessoas que são acobertadas por uma situação especial e desigual, com um discrimen de escolhas políticas, no sentido quase voluntarista, de constituintes.

Então se formou maioria no sentido de que a Constituição estadual não poderia, com fundamento no § 1º do art. 125 da Constituição da República, estender livremente o foro por prerrogativa de função àqueles não abarcados pelo legislador federal.

6. Assim, quanto às expressões “o Defensor Público-Geral”, prevista no inc. I do art. 74 da Constituição de São Paulo, e “o Delegado-Geral da Polícia Civil”, prevista no inc. II daquele artigo, perfeitamente aplicável o precedente firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.553/MA para se assentar, da mesma forma, a impossibilidade de se estabelecer foro por prerrogativa de função a esses agentes públicos, os quais, na Constituição da República, não detêm essa prerrogativa.

7. Deve ser realçado que o foro por prerrogativa de função foi estabelecido pelo Poder Constituinte originário pela relevância de determinadas funções e cargos públicos e dele não resulta tratamento diferenciado à pessoa, mas sim à função ou cargo público exercido por ela. Nesse sentido a sempre lembrada lição do Ministro Victor Nunes na Reclamação n. 473:

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral, garantia contra e a favor do acusado” (DJ 8.6.1962).

Ainda que a prerrogativa de foro seja instituída no interesse público, a mim me parece que somente a Constituição da República poderia contemplar hipóteses de prerrogativa de foro, em razão de constituírem exceção ao princípio republicano e aos princípios da isonomia e do juiz natural.

Entre os princípios a serem observados pelo constituinte estadual quando da elaboração de suas constituições, em cumprimento ao que se determina no § 1º do art. 125 da Constituição da República, está o que decorre do art. 1º da Constituição da República e tido como um dos princípios sensíveis em razão do que se dispõe no inc. VII do art. 34. Nesse sentido, a análise de José Afonso da Silva referentes aos limites do Poder Constituinte dos Estados:

“(...) é a Constituição Federal que fixa a zona de determinações e o conjunto de limitações à capacidade organizatória dos Estados, quando manda que suas Constituições e leis observem os seus princípios.

Que princípios são estes, ela não os indica, a todos, explicitamente. Com facilidade, desde logo, descobre-se um grupo deles enunciados no art. 34, VII; a descoberta dos demais, no entanto, depende de pesquisa no seu texto constitucional. O art. 125 reafirma essa indeterminação explícita, mas oferece um indicativo, quando diz que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição, usando terminologia da Constituição de 1946, em face da qual, e igualmente da atual, os princípios, que circunscrevem a atuação do Constituinte Estadual, podem ser considerados em dois grupos: (a) os princípios constitucionais sensíveis; e (b) os princípios constitucionais estabelecidos” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 16. ed., 1999, p. 593).

Geraldo Ataliba leciona sobre a importância do princípio republicano no sistema jurídico e conclui ser ele fundamental e determinante quanto à forma de se interpretar os demais:

“Alguns princípios constitucionais foram tradicionalmente postos pelos sucessivos legisladores constituintes como fundamentais a todo o sistema, e, por isso, em posição de eminência relativamente a outros.

No Brasil os princípios mais importantes são os da federação e da república. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se deve interpretar os

demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros (v. Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos de Direito Administrativo, Ed. RT, 1980, p. 230).

Diversas ordens de considerações evidenciam a posição privilegiada em que foram postos esses dois princípios fundamentais de todo o nosso sistema jurídico, desde 1891.

Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares, pela circunstância de virem mencionados em primeiro lugar (art. 1º) nos textos constitucionais republicanos (o que, por si só, nada significaria, mas assume expressão decisiva e radical à vista das considerações sistemáticas expostas).

Nos textos anteriores preceito de igual conteúdo substancial limitava-se a impedir o processamento de proposta de emenda detrimetosa da república.

A Constituição de 1988 foi mais explícita e arrolou as matérias substanciais que dão contexto ao princípio republicano (art. 60, § 4º), de modo a não deixar ao intérprete, mesmo o mais resistente, dúvida sobre o alcance do princípio e, pois, do preceito que o protege. (...)

Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com consequentes responsabilidades dos mandatários.

Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia (checks and balances do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de Ruy) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico. Assim, funciona ele como alicerce de toda a estrutura constitucional, pedra de toque ou chave de abóbada do sistema” (ATALIBA, Geraldo. República e Constituição . São Paulo: Malheiros, 3.ed., 2004, p. 37-38).

O princípio da isonomia, pelo qual deve ser conferido tratamento igual a todos, na medida da sua desigualdade, está intrinsecamente relacionado ao da república, consubstanciando sua pedra de toque. Nesse sentido os ensinamentos de Geraldo Ataliba:

“Igualdade diante do Estado, em todas as suas manifestações. Igualdade perante a Constituição, perante a lei e perante todos os demais atos estatais. A isonomia, como quase todos os princípios constitucionais, é implicação lógica do magno princípio republicano, que a fecunda e lhe dá substância. Embora tenha larguíssima

fundamentação histórica e provectas raízes culturais, o princípio da isonomia só pode ser compreendido em toda sua dimensão e significado juntamente com o princípio da legalidade. É que a teleologia do direito constitucional - tal como plasmado ao longo da evolução do mundo ocidental - foi expressando-se por esses princípios, guardando, porém, essencialmente, a mesma substância. (...)

Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem - seja de modo direto, seja indireto - a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que dessem ao Estado - que criaram em rigorosa isonomia cidadã - poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualdades, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A res publica é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade. A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar.

A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.

Nos casos em que as competências dos órgãos do Estado - e estes casos são excepcionais - não se cinjam à aplicação da lei, ainda aí a isonomia é princípio que impera e domina. Onde seja violado, mistificado, fraudado, traído, há inconstitucionalidade a ser corrigida de ofício ou mediante pronta correção judicial. Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano” (ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 3.ed., 2004, p. 158-159).

Pelo princípio da igualdade, todos devem ser julgados, inicialmente, por juiz de primeiro grau e qualquer distinção feita neste sentido entre os indivíduos deve ser excepcionalíssima pois em oposição, também, ao que determina o princípio do juiz natural.

Guilherme de Souza Nucci posiciona-se contrário ao foro por prerrogativa de função por entender haver ofensa aos princípios da igualdade e do juiz natural:

“Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado. Não vemos motivo suficiente para que o Prefeito seja julgado na Capital do Estado, nem que o juiz somente possa sê-lo pelo Tribunal de Justiça ou o desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e assim por diante. Se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal. (...) Neste prisma, sustenta Marcelo Semer que ‘o foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio da isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição. (...) Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quaisquer pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares. (...) O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade’ (A síndrome dos desiguais, p. 11-12)” (Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado . 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 249-250).

Não se há questionar a validade das normas incluídas na Constituição da República pelas quais se estabelece prerrogativa de foro especial a determinadas autoridades porque previstas pelo Poder Constituinte originário.

Não se tem, porém, no § 1º do art. 125 da Constituição da República, autorização para que os Estados, com fundamento em simetria com a Constituição da República, ampliem as hipóteses de prerrogativa de função.

É que, aos Estados, existem normas consideradas de reprodução vedada. Com relação às normas constitucionais cujo âmbito de incidência é restrito, a doutrina de Léo Ferreira Leony:

“Cabe apontar a existência de normas constitucionais federais cujo âmbito de incidência é restrito, não se aplicando a disciplina por elas estabelecida às matérias de teor idêntico que eventualmente sejam tratadas na Constituição Estadual. Trata-se de normas de observância obrigatória, de caráter implícito e vedatório, cuja peculiar estrutura normativa sugere que o seu tratamento seja feito neste tópico apartado.

Em relação a tais normas, não só não se aplicam aos Estados-membros, como também a estes é vedado que adotem em suas Constituições normas de teor formal ou materialmente idêntico. Porque representam, via de regra, exceção a princípios constitucionais de observância obrigatória para os Estados, a destinação de tais normas aos órgãos e entes da União não autoriza a extensibilidade da disciplina oferecida pela Constituição Federal, em caráter excepcional, também aos organismos e entidades estaduais.

É o caso, segundo Ruy Barbosa, “[...] das instituições ou disposições, que, consagradas em benefício da União, com o caráter de privatividade, ou, pela sua própria natureza e substância, essencialmente privativas da União, por isso mesmo não podem ter equivalentes ou análogas nas Constituições dos Estados [...]. Nesse domínio o respeito aos princípios constitucionais da União, consiste em precisamente se absterem os Estados, nas suas constituições e leis, de toda e qualquer incursão num território reservado irremediavelmente à autoridade federal”.

É o que ocorre com as prerrogativas de caráter processual penal de que goza o Presidente da República (art. 86, §§ 3º e 4º, CF), constantes de normas adotadas pelas Constituições de vários Estados e já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Em se tratando de exceção ao princípio republicano (art. 34, VII, a, CF), que é de observância obrigatória para os Estados e que implica a possibilidade de atribuição de responsabilidades aos governantes, tais prerrogativas, conferidas ao Chefe do Poder Executivo Federal, não podem ser extensíveis a Governadores e Prefeitos.

Em tal situação, não se trata de proceder a um reforço para a aplicação de normas centrais no âmbito local, com a mera reprodução de tais dispositivos federais pelo constituinte estadual. Mas ocorre mesmo uma verdadeira extensão - diga-se de passagem, inconstitucional - de regime restrito a determinadas hipóteses de incidência.

Desse modo, tem-se por inconstitucional o parâmetro estadual que adotar normas constitucionais federais de extensão proibida aos Estados-membros” (LEONCY, Léo Ferreira. Controle de Constitucionalidade Estadual . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27-28).

Entretanto, não se pode permitir ao constituinte estadual, com fundamento no § 1º do art. 125 da Constituição da República, estender a ao Defensor Público-Geral e ao Delegado-Geral da Polícia Civil o foro por prerrogativa de função em razão de serem essas normas de caráter excepcionalíssimo por destoarem da regra geral de isonomia emanada do princípio republicano.

8. A previsão de processamento e julgamento do Delegado-Geral da Polícia Civil por crimes de responsabilidade no Tribunal de Justiça eiva-se de inconstitucionalidade pela usurpação da competência privativa da União para editar normas de caráter nacional sobre processo e julgamento por esses ilícitos (inc. I do art. 22 e parágrafo único do art. 85 da Constituição da República).

Como consta da Súmula Vinculante n. 46 deste Supremo Tribunal, “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União”.

9. Pelo exposto requerimento da Procuradoria-Geral da República e tendo-se em conta o princípio da segurança jurídica, propõe-se a atribuição eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868 /1999, para que sejam resguardados atos processuais eventualmente praticados sob a égide da norma impugnada.

10. Pelo exposto, **voto pela procedência da presente ação direta para declarar, com eficácia *ex nunc* a contar da publicação da ata de julgamento, a inconstitucionalidade da expressão “o Defensor Público-Geral”, prevista no inc. I do art. 74 da Constituição de São Paulo, e da expressão “o Delegado-Geral da Polícia Civil”, prevista no inc. II do art. 74 da Constituição de São Paulo.**