

03/11/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.674 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
AM. CURIAE. : **ANADEP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS**
ADV.(A/S) : **ILTON NORBERTO ROBL FILHO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional Estadual 94/2013. 3. Norma que estabelece foro especial por prerrogativa de função aos membros integrantes da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. 4. Inconstitucionalidade. Violação dos arts. 25 da Constituição e 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 5. Na linha da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a norma de constituição estadual que estabeleça hipótese de foro especial por prerrogativa de função a agentes públicos não contemplados pela Constituição de forma expressa ou por simetria. 6. Pedido julgado procedente para declarar, com efeitos *ex nunc*, a inconstitucionalidade material do §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional Estadual 94/2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da

ADI 5674 / ES

Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar procedente o pedido para declarar, com efeitos ex nunc, a inconstitucionalidade material do §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional Estadual 94/2013, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 21 a 28 de outubro de 2022.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

03/11/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.674 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
AM. CURIAE. : **ANADEP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS**
ADV.(A/S) : **ÍLTON NORBERTO ROBL FILHO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da República, em que se busca a declaração de inconstitucionalidade material do § 6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhe foi dada pela Emenda à Constituição do Estado do Espírito Santo 94/2013.

Trata-se, no particular, de norma que estabelece foro especial por prerrogativa de função aos integrantes da Defensoria Pública do Estado. Em sede subsidiária, o autor requer a procedência do pedido para, ao menos, declarar inconstitucionalidade parcial do dispositivo, sem redução de texto, de modo a afastar a aplicação da referida norma a procedimentos e ações de caráter extrapenal.

Eis o teor da norma impugnada:

ADI 5674 / ES

“Art. 1º O art. 123 da Constituição Estadual passa a vigorar acrescido do § 6º, com a seguinte redação:

“Art. 123 [...]

§ 6º Os membros integrantes da Defensoria Pública serão julgados e processados perante o Tribunal de Justiça”.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

O autor sustenta que a norma impugnada afronta os arts. 25, *caput* (limitações à capacidade de auto-organização dos Estados-membros); 37, *caput* e § 4º (natureza não penal da ação de improbidade administrativa) e 125, § 1º (competência dos Estados-membros para, em suas constituições, disciplinar a competência dos tribunais de justiça), da Constituição Federal.

Assevera que a Emenda 94/2013 à Constituição do Espírito Santo, ao atribuir competência a seu Tribunal de Justiça para julgar defensores públicos estaduais (art. 123, § 6º), ampliou o rol de detentores de foro por prerrogativa de função e aumentou as matérias que ensejam competência originária da Corte para além da esfera penal.

Afirma, ainda, que a Constituição do Espírito Santo estabeleceu, em seu art. 109, I, *h* (redação da Emenda Constitucional 85/2012), “*foro no Tribunal de Justiça para aqueles que nele tenham foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Estadual nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo*” (eDOC 1, p. 6).

Quanto à inconstitucionalidade material, PGR defende que o foro privilegiado deve ser compreendido como exceção a princípios constitucionais fundamentais estabelecidos de observância compulsória pelas ordens jurídicas parciais, sendo, portanto, inconstitucional o foro por prerrogativa de função instituído para defensores públicos estaduais na Constituição do Estado do Espírito Santo.

ADI 5674 / ES

Argumenta que, ao atribuir foro por prerrogativa de função a defensores públicos no Tribunal de Justiça, a norma não delimitou o alcance da competência atribuída ao TJES, “de modo que poderá ser interpretada como abrangente de ações de natureza civil (como a de improbidade administrativa), sobretudo pelo fato de o art. 109, I, h, ainda não ter sido suspenso ou declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.870/ES” (eDOC 1, p. 12/13).

Requer, ao final, a declaração de inconstitucionalidade do §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional Estadual 94/2013, ou, subsidiariamente, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, para afastar da incidência do foro privilegiado aos procedimentos e ações de caráter extrapenal.

Solicitei informações à Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado e à Defensoria Pública e, após, requeri as manifestações da Advocacia-Geral da União da Procuradoria-Geral da República (eDOC 6).

A Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo defendeu a constitucionalidade do foro especial por prerrogativa de função aos seus integrantes como garantia institucional republicana e democrática. Argumentou que a jurisprudência desta Corte admite o foro especial por prerrogativa de função a defensores públicos estaduais com amparo no art. 125, § 1º, da CF. Alegou que, se ao Promotor de Justiça é deferido foro especial, também deverá ser concedida a mesma garantia aos Defensores Públicos Estaduais, até mesmo como medida de paridade. Afirmou que há perseguição e criminalização de defensores públicos que atuam na proteção de direitos humanos, em especial de direitos de adolescentes internados no sistema socioeducativo. Requereu, por fim, ingresso no feito na condição de *amicus curiae* (eDOC 12).

A Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, argumentou que o foro por prerrogativa não é um malefício no combate à corrupção. Defendeu a constitucionalidade da norma impugnada enquanto garantia institucional republicana e democrática, inclusive em relação ao foro privilegiado para os atos de improbidade administrativa. Afirmou que é

ADI 5674 / ES

de competência dos Estados-membros definir em suas constituições a competência dos Tribunais de Justiça (eDOC 15).

O Governador do Estado defendeu a constitucionalidade da norma. Sustentou que o foro por prerrogativa de função fundamenta-se na necessidade de garantir o regular exercício de atribuições que a Constituição Federal encarregou a determinados agentes políticos. Requereu a improcedência dos pedidos (eDOC 19).

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), à exemplo do que já houvera feito a própria Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, requereu o seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*. Determinei a admissão de ambas as entidades no feito (eDocs 30 e 31).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido, aduzindo que não constitui ofensa à Constituição Federal o estabelecimento de foro por prerrogativa de função em Constituições Estaduais para o processo e julgamento das ações propostas em face de defensores públicos. Argumenta que a Constituição estadual não está vinculada ao princípio da simetria quanto à definição dos detentores de cargos públicos protegidos por foro por prerrogativa de função. Conclui que *“embora a Constituição Federal apenas preveja o foro por prerrogativa de função relativamente à esfera penal, essa previsão pode ser estendida a ações de natureza civil, tais como as ações de improbidade, especialmente quando podem implicar a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública (artigo 37, § 4º, da Lei Maior)”* (eDOC 27, p. 9).

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer. Defendeu o conhecimento e a procedência da ação afirmando que esta Corte firmou maioria na AP 937-QO/RJ no sentido de que o foro especial por prerrogativa de função deve ser compreendido como exceção a princípios fundamentais estabelecidos de observância compulsória pelas ordens jurídicas parciais. Argumentou que os Estados-membros, ao adotarem por simetria o modelo federal, *“inflam ainda mais o já amplíssimo rol de agentes detentores de foro especial por prerrogativa de função”*, mas que o foro especial deve ser compreendido como exceção a princípios

ADI 5674 / ES

fundamentais. Afirma, por fim, ser inconstitucional o § 6º do art. 123, da Constituição do Estado do Espírito Santo, por conferir foro especial por prerrogativa de função a defensores públicos estaduais sem paralelo ou simetria com a Constituição, em especial no que se refere à extensão do foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa (eDOC 29).

É o Relatório.

03/11/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.674 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Conforme relatado, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, norma que instituiu o foro privilegiado para defensores públicos estaduais.

Em sua petição inicial, o autor aponta afronta às limitações à capacidade de auto-organização dos Estados-membros (art. 25, *caput*, CF), à competência dos Estados-membros para, em suas constituições, disciplinar a competência dos tribunais de justiça (art. 125, § 1º, CF) e à natureza não penal da ação de improbidade administrativa (art. 37, *caput* e § 4º, CF).

Preambularmente, registro que, nos autos da **ADI 4870/ES**, esta Suprema Corte apreciou a constitucionalidade da alínea “h” do inciso I do art. 109 da Constituição do Estado do Espírito Santo, dispositivo por meio da qual a referida Constituição estadual estende também às “ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo” as hipóteses de foro especial por prerrogativa de função previstas no referido texto constitucional subnacional. Naquela ocasião, a Corte entendeu, por maioria, que a norma constitucional estadual, “ao estender as hipóteses de foro por prerrogativa de função a ações que não tenham natureza criminal, mas que possam resultar em perda ou suspensão de direitos políticos e/ou perda da função pública ou do mandato eletivo, como é o caso da ação de improbidade administrativa, contrariou o princípio da simetria e foi de encontro à jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal”, razão pela qual foi declarada a sua inconstitucionalidade (**ADI 4870**, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 22.2.2021).

Faço esse registro pois, em que pese tal norma não ter sido objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o tema é diversas vezes referenciado pelo autor ao longo de sua argumentação. Além disso,

ADI 5674 / ES

igualmente se faz necessário deixar consignado desde logo que, no julgamento da **ADI 4870/ES**, esta Suprema Corte não adentrou no exame das normas da Constituição do Estado do Espírito Santo que estabelecem hipóteses de foro especial por prerrogativa de função a autoridades públicas estaduais (à exemplo da norma discutida nestes autos). Trata-se de circunstância, aliás, que fiz constar expressamente no voto vogal que proferi naquela oportunidade, tendo-o feito nos seguintes termos:

No caso em análise, a questão posta cinge-se a saber se a Constituição Estadual do Espírito Santo pode estabelecer o foro de prerrogativa de função para as **ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos, bem como para as hipóteses de perda da função pública ou do mandato eletivo.**

É importante ressaltar que tais ações não envolvem processos criminais envolvendo foro por prerrogativa de função de autoridades públicas estaduais, já que essa competência consta de dispositivo distinto e não impugnado da Constituição do Estado do Espírito Santo, o art. 109, I, "a", da norma estadual.

Portanto, a controvérsia encontra-se delimitada em relação a ações de natureza cível que possam ensejar na suspensão ou perda de direitos políticos, bem como na destituição de função pública ou de mandato eletivo.

Trata-se, basicamente, de ações de improbidade administrativa que encontram fundamento no §4º do art. 37 da Constituição Federal. (**ADI 4870**, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 22.2.2021)

Feito esse esclarecimento inicial, registro igualmente que a **jurisprudência atual** deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da inconstitucionalidade de normas constitucionais estaduais que estabeleçam o foro por prerrogativa a autoridades diversas das estabelecidas pela Constituição – orientação que, pelo princípio da colegialidade (Código de Processo Civil, art. 926), deve ser observada

ADI 5674 / ES

também no caso concreto, em que pese eventuais posicionamentos individuais em contrário.

Nem sempre foi assim. Ao julgar a **MC na ADI 541/PB**, por exemplo, o Tribunal decidiu não se mostrar “*ofensivo à Carta preceito de Constituição Estadual que contempla os Procuradores do Estado com a prerrogativa de foro, isto ao atribuir ao Tribunal de Justiça a competência para processá-los e julgá-los nos crimes comuns e de responsabilidade*” (**ADI 541 MC**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14.2.1992). Entendia-se, no particular, que o § 1º do art. 125 da Constituição, ao conferir às constituições subnacionais a prerrogativa de definir a competência dos tribunais estaduais respectivos, outorgava-lhes a faculdade de estabelecer o foro especial por prerrogativa de função a autoridades estaduais, respeitado o modelo federal.

Já no julgamento da **MC na ADI 2533/MA**, ocorrido em 20.2.2002, a despeito da posição sustentada pelo Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que entendia constitucional o deferimento da prerrogativa de foro aos membros das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública (o relator excluía desse elenco apenas os delegados de polícia), a Corte concedeu a cautelar para suspender a vigência da norma impugnada (**ADI 2553 MC**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 22.10.2004).

No julgamento da **ADI 2587/GO**, ocorrido em 1º.12.2004, esta Corte voltou a afirmar a constitucionalidade da prerrogativa de foro atribuída pela Constituição de Goiás aos Procuradores de Estado e da Assembleia Legislativa e aos Defensores Públicos. Declarou, por outro lado, a inconstitucionalidade da extensão do foro privilegiado aos Delegados de Polícia. Quanto a esses, entendeu-se que não haveria relação de razoabilidade entre as funções exercidas pelos membros das carreiras de que trata o ato impugnado e os objetivos da prerrogativa de foro.

Ainda na **ADI 2587/GO**, definiu-se que foro privilegiado é cláusula de exceção à igualdade de todos na submissão ao juiz natural, que excepciona princípios constitucionais de observância compulsória pelos estados-membros, que não se limita a respaldar prerrogativa institucional de exercício autônomo e independente de funções e que destoa do

ADI 5674 / ES

modelo republicano por consubstanciar privilégio do qual decorrem benefícios para o acusado, sobretudo maior morosidade na instrução de ações penais (**ADI 2587**, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ de 6.11.2006).

Em igual sentido, no julgamento do mérito da **ADI 541/PB**, ajuizada contra norma da Constituição da Paraíba que assegura prerrogativa de foro aos Procuradores de Estado, o Tribunal decidiu pela constitucionalidade do dispositivo, ocasião em que fui designado redator para acórdão (**ADI 541**, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 6.9.2007).

Nos precedentes em que houve declaração de constitucionalidade, a jurisprudência desvinculava o estabelecimento de foro especial das constituições estaduais da necessária observância de simetria com as previsões expressas na Constituição Federal. Essas decisões legitimavam as constituições estaduais a ampliar as regras do foro especial por prerrogativa de função – desde que observada, todavia, certa relação de correspondência entre as funções exercidas pelos agentes públicos detentores da prerrogativa de foro e a própria razão de ser do instituto, como verificado no julgamento da já citada **ADI 2587/GO**. Ao longo dos referidos julgamentos, filiei-me sistematicamente a essa corrente.

Por ocasião do julgamento da **Questão de Ordem na AP 937**, porém, o Plenário desta Corte firmou entendimento apto a alterar os parâmetros até então utilizados no controle de constitucionalidade de normas estaduais definidoras de foro por prerrogativa de função.

Naquele julgamento, a maioria da Corte entendeu pela interpretação restritiva da cláusula de foro, conforme se verifica no seguinte trecho no voto do Ministro Roberto Barroso, então relator:

[...] o próprio Supremo, em relação a foro por prerrogativa, já preconizou a interpretação restritiva, ao entender, na ADI nº 2.587, ser inconstitucional que Constituição estadual reconheça foro por prerrogativa a Delegado de Polícia. E o que disse o Supremo Tribunal Federal:

No julgamento, assentou-se que os Estados não têm carta

ADI 5674 / ES

em branco para assegurar o privilégio a quem bem entendam, pois não se trata de uma opção política, mas um sistema rígido de jurisdição excepcional que, por diferir dos postulados basilares do Estado de Direito Democrático, exige uma interpretação restritiva.

Portanto, interpretou-se restritivamente a cláusula do foro, quando aplicada pelas Constituições estaduais, que não podem criar hipóteses novas ou, pelo menos, hipóteses que não sejam simétricas.” (AP 937 QO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 10.12.2018)

Durante o julgamento da **Questão de Ordem na AP 937**, assentei que sempre se viu um aspecto dúplice na prerrogativa de foro. Por um lado, seria uma garantia do ocupante da função pública contra persecuções penais frívolas. Por outro lado, seria uma garantia da própria jurisdição contra pressões externas.

Sustentei, ainda, a insustentabilidade da ampliação do foro privilegiado, tendo em vista a quantidade de processos que assoberba os tribunais, fundamentando, nos seguintes termos:

Uma confluência de fatores redundou em desarrumação desse sistema, que tornou o foro privilegiado insustentável, do ponto de vista prático. A Emenda Constitucional 35/2001 modificou o art. 53 da Constituição, dispensando autorização para processo dos parlamentares, a grande clientela da prerrogativa de foro no STF. Paralelamente, as persecuções penais contra autoridades se multiplicaram, tendo em vista uma série de novos delitos e de novos meios de prova que permitiram revelar crimes praticados por membros das classes políticas.

Essa nova realidade assoberbou os tribunais. O julgamento do Mensalão paralisou o STF por meses. Somente o julgamento da ação penal tomou 53 (cinquenta e três) sessões, ao longo de quatro meses e meio. No total, foram 69 (sessenta e nove) sessões de julgamento.

O Tribunal fez o que pôde para adaptar-se à nova

ADI 5674 / ES

realidade, movendo julgamentos para as Turmas e convocando magistrados instrutores. Ainda assim, está claro que a prerrogativa de foro, com a amplitude dada pela Constituição Federal, tornou-se insustentável.

O despreço pela prerrogativa de foro foi explicitado pelo voto do Min. Celso de Mello, que afirmou que o constituinte se afastou do postulado da igualdade, demonstrou *visão aristocrática e seletiva de poder*, e que o fruto de seu trabalho, a Constituição do Brasil, mostrou-se estranhamente aristocrática. (AP 937 QO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 10.12.2018)

Na sequência deste julgamento, destaquei a importância do papel do Legislativo nas questões de prerrogativa de foro, conforme se verifica no seguinte trecho:

No entanto, tenho que não basta a percepção do STF quanto à inconveniência da prerrogativa de foro para autorizar a reinterpretação da norma constitucional.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal são intitulados a ter opiniões sobre a Constituição Federal. A litúrgica reverência normalmente destinada à Carta pode muito bem ser substituída pela crítica. Mas todas as instituições da República devem respeito à Constituição, mesmo a suas normas menos apreciadas. Incumbe à Corte Suprema fazer com que as decisões políticas fundamentais que regem, guardam e governam a República sejam cumpridas, ainda que lhe saibam amargas.

É ao Poder Legislativo que cabe o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais.

Citei, como em diversas outras oportunidades, a doutrina de Victor Nunes Leal a propósito da delicadeza do afazer legislativo e dos inevitáveis riscos implicados na tarefa de legislar. A passagem a que me refiro e que tantas vezes já citei é a seguinte:

"Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama

ADI 5674 / ES

precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.” (LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro, 1960. p. 7-8)

Com efeito, nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a importância, mas também a problemática que marca a atividade legislativa. (AP 937 QO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 10.12.2018)

Ao final do julgamento, o Plenário desta Suprema Corte, por maioria, fixou as seguintes teses:

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. (AP 937 QO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 10.12.2018)

Como se vê, a partir da **Questão de Ordem na AP 937**, esta Corte consolidou verdadeira orientação hermenêutica, a ser aplicada aos demais processos em que fosse discutida a matéria, no sentido de interpretar as hipóteses de foro por prerrogativa de função de maneira

ADI 5674 / ES

restritiva.

Pouco tempo depois, no julgamento do mérito da já citada **ADI 2533/MA**, o Plenário desta Corte teve a oportunidade de aplicar a referida diretriz interpretativa ao caso das normas de constituição estaduais que estabelecem hipóteses de foro especial por prerrogativa que não guardam correspondência direta com as hipóteses previstas na Constituição Federal, tal como se observa na espécie.

Na ocasião, fui voto vencido e o Supremo Tribunal Federal assentou a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual que estabeleça foro por prerrogativa de função a agentes públicos não contemplados pelo constituinte federal de forma expressa ou por simetria, na linha do voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator designado, em julgamento assim ementado:

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

ADI 5674 / ES

do Maranhão.

(ADI 2553, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 14.8.2020)

Por fim, após o julgamento da ADI 2553/MA, o Plenário do STF tem reiterado o entendimento pela inconstitucionalidade de normas constitucionais estaduais que estabeleçam hipóteses de foro por prerrogativa de função sem correspondência direta com as hipóteses da Constituição Federal, como exemplificam os precedentes a seguir ementados:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DE GOIÁS. IMPUGNAÇÃO AO ART. 46, VIII, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA QUE ATRIBUI FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS MEMBROS DA DEFENSORIA PÚBLICA, DA PROCURADORIA DO ESTADO, PROCURADORES DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. LIMITAÇÃO ILEGÍTIMA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. COMPREENSÃO RESTRITIVA DA PRERROGATIVA DE FORO. PROCEDÊNCIA. 1. A extensão do alcance do foro por prerrogativa de função a cargos que não foram contemplados na Constituição contraria normas convencionais que asseguram o duplo grau de jurisdição em matéria penal. 2. No exercício do poder que lhe outorga o art. 125, § 1º, da CRFB, os Estados só podem conferir foro por prerrogativa de função para autoridades cujos similares na esfera federal também o detenham, em respeito ao princípio da simetria. 3. Evolução jurisprudencial em torno de uma compreensão restritiva da prerrogativa de foro. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente declarando-se a inconstitucionalidade das expressões “procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e os defensores públicos”, contidas no art. 46, VIII, e, da Constituição do Estado de Goiás.

(ADI 6512, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe

ADI 5674 / ES

9.2.2021)

Direito Constitucional e Processual. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Amazonas. Atribuição de foro por prerrogativa de função a procuradores e defensores públicos. 1. Ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 72, I, a, da Constituição do Estado do Amazonas, na parte em que atribuiu foro por prerrogativa de função aos procuradores e defensores públicos do Estado. 2. A Constituição Federal estabelece, como regra geral, que todos devem ser processados e julgados pelos mesmos órgãos jurisdicionais. Excepcionalmente, em razão das funções de determinados cargos públicos, estabelece-se o foro por prerrogativa de função, cujas hipóteses devem ser interpretadas de maneira restritiva. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no que diz respeito à possibilidade de concessão de foro por prerrogativa de função pelo constituinte estadual, passando a declarar a inconstitucionalidade de expressões de constituições estaduais que ampliam o foro por prerrogativa de função a autoridades diversas das estabelecidas pela Constituição Federal. Precedentes. 4. Tendo em vista que a norma impugnada se encontra em vigor há anos, razões de segurança jurídica recomendam a modulação de efeitos da decisão. Precedentes. 5. Pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública”, constante do art. 72, I, a, da Constituição do Estado do Amazonas, com efeitos ex nunc. Fixação da seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional norma de constituição estadual que estende o foro por prerrogativa de função a autoridades não contempladas pela Constituição Federal de forma expressa ou por simetria”.

(ADI 6515, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 15.9.2021)

Além dos precedentes acima referenciados, destaco, ainda, os

ADI 5674 / ES

seguintes julgados, todos no mesmo sentido: **ADI 6501/PA** (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 15.9.2021), **ADI 6502/PE** (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 15.9.2021), **ADI 6504/PI** (Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 4.11.2021), **ADI 6505/RJ** (Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, DJe 1.6.2022), **ADI 6506/MT** (Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, DJe 2.2.2022), **ADI 6507/MS** (Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, DJe 1.6.2022), **ADI 6508/RO** (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 15.9.2021), **ADI 6509/MA** (Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, DJe 1.6.2022), **ADI 6510/MG** (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 26.4.2022), **ADI 6511/RR** (Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 4.10.2022), **ADI 6513/BA** (Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 9.2.2021), **ADI 6514/CE** (Rel. Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, DJe 3.5.2021), **ADI 6516/AL** (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 15.9.2021), **ADI 6517/SP** (Rel. Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, DJe 3.5.2021) e **ADI 6518/AC** (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 14.4.2021).

Nesse contexto, acompanhando a jurisprudência atual desta Corte, afasto a minha posição histórica acerca do tema e, em nome da própria colegialidade, filio-me à compreensão de que é inconstitucional a norma constitucional estadual que estabeleça foro por prerrogativa de função a agentes públicos não contemplados pelo constituinte federal de forma expressa ou por simetria.

Acerca da inviabilidade da expansão do rol de detentores de foro por prerrogativa de função ser realizado por intermédio de Constituição Estadual, Daniel Marchionatti afirma que *“o art. 125, § 1º, da CF, ao estabelecer que a ‘competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado’, tratou das competências recursais e administrativas, mas não deu espaço para a ampliação da competência do Tribunal de Justiça além das hipóteses previstas na Constituição Federal”* (**Processo Penal Contra Autoridades**. São Paulo: Forense, p. 51).

Discutindo especificamente o caso em exame, não tenho dúvida quanto ao caráter singular e a importância das defensorias públicas. Há também que se reconhecer e valorizar as defensorias públicas enquanto

ADI 5674 / ES

instituições essenciais à promoção de Direitos Humanos. Não são raros os casos em que advogados públicos, na defesa intransigente dos direitos fundamentais, acabam por sofrer intolerável perseguição política. E aqui a realidade oferece toda espécie de exemplos. E justamente por não terem as amplas prerrogativas de que gozam Promotores e Juízes, em termos práticos, o constrangimento a um advogado público pode ser muito mais eficaz – o que obviamente acaba por afetar não apenas esses agentes, mas as próprias instituições que eles representam.

Entretanto, a autonomia das constituições estaduais para dispor sobre competência dos tribunais de justiça deve observar as restrições impostas pela Constituição da República, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com todas essas considerações, exsurge necessário, na linha da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, reconhecer a inconstitucionalidade do §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, por violação do princípio da simetria (Constituição, art. 25; ADCT, art. 11), ante a indevida extensão do foro por prerrogativa de função a agentes públicos não contemplados pela Constituição de forma expressa ou por simetria.

É, portanto, inconstitucional o §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 94/2013, por conferir foro especial por prerrogativa de função a defensores públicos estaduais sem paralelo ou simetria com o modelo traçado na Constituição.

Entendo, todavia, ser necessária a modulação dos efeitos da presente decisão, haja vista o fato de que a norma impugnada subsiste há mais de nove anos, de modo que o imperativo da segurança jurídica impõe a proteção das situações jurídicas já consolidadas, na forma do art. 27 da Lei 9.868/1999. Por tal motivo, encaminho voto no sentido de conferir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade ora empreendida.

Anoto, no particular, que solução idêntica foi adotada por esta Corte Suprema em diversos dos precedentes referentes à matéria citados acima, tal como observado na **ADI 6510/MG**, na **ADI 6515/AM** e na **ADI**

ADI 5674 / ES

6518/AC, dentre outros.

Ante o exposto, **julgo procedente o pedido** para declarar, com efeitos *ex nunc*, a inconstitucionalidade material do §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional Estadual 94/2013.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.674

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : ANADEP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS

ADV.(A/S) : ILTON NORBERTO ROBL FILHO (38677/DF, 43824/PR, 48138-A/SC)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido para declarar, com efeitos *ex nunc*, a inconstitucionalidade material do §6º do art. 123 da Constituição do Estado do Espírito Santo, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional Estadual 94/2013, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo *amicus curiae* ANADEP - Associação Nacional de Defensores Públicos, o Dr. Ilton Norberto Robl Filho. Plenário, Sessão Virtual de 21.10.2022 a 28.10.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário