

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

1- O dispositivo questionado

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, **em face da Emenda Constitucional nº 85/2012, do Estado do Espírito Santo, que acrescentou a alínea h ao artigo 109, inciso I, da Constituição estadual**, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 109. Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

h) **nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo**, aqueles que tenham foro no Tribunal de Justiça por prerrogativa de função, previsto nesta Constituição;

O dispositivo determina que as mesmas autoridades julgadas, por expressa previsão da Constituição Estadual, pelo Tribunal de Justiça nos processos criminais, sejam também julgadas por aquela Corte de Justiça nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo.

Em outras palavras, **a norma cria nova hipótese de foro por prerrogativa de função, relativo a ações destinadas a processar e julgar atos de improbidade administrativa**, os quais, conforme prevê a Constituição de 1988, “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei”. (art. 37, § 4º, da CF/88).

A autora sustenta, em síntese, que a norma estaria eivada de inconstitucionalidade formal, por ter invadido a competência da União para legislar sobre direito processual, consoante o art. 22, inc. I, da Constituição Federal. Além disso, afirma que o regramento do Estado do Espírito Santo inaugura hipótese de foro por prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa, de natureza civil, o que inexistente na Constituição Federal, contrariando, portanto, o princípio da simetria.

2- Questões preliminares

2.1. Da legitimidade ativa da autora

Suscitou-se nos autos a ilegitimidade ativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, sob a alegação de ausência de pertinência temática entre o objeto da ação e as finalidades institucionais da requerente. Tenho, todavia, que o argumento não merece prosperar.

De início, ressalto que a CONAMP congrega os membros do Ministério Público da União e dos Estados, tendo legitimidade para ajuizamento de ações de controle concentrado reconhecida por esta Corte (ADI nº 2.794/DF, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 30/3/07).

Ademais, no julgamento da ADI 2.797/DF, também ajuizada pela CONAMP – na qual questionava normas do Código de Processo Penal que estendiam a competência especial por prerrogativa estabelecida para o processo penal às ações de improbidade administrativa –, este Supremo Tribunal reconheceu a legitimidade ativa da requerente. Naquela ocasião, a Corte concluiu pela existência de pertinência temática, sob o fundamento de que *as normas legais questionadas se reflet [iriam] na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público* (ADI 2.797/DF, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/06).

Situação análoga ocorre no caso presente. Com efeito, a Emenda nº 85 /2012 à Constituição do Espírito Santo instituiu nova hipótese de foro por prerrogativa de função, ao prever o julgamento pelo Tribunal de Justiça das ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo sempre que o réu for autoridade que, por expressa previsão na Constituição Estadual, deva ser julgada naquela Corte de Justiça pela prática de crime comum. Conforme bem sintetizou a Procuradoria-Geral da República no parecer, essa previsão “ *repercute diretamente em função institucional do Ministério Público (defesa do patrimônio público e da probidade administrativa por meio, entre outros instrumentos, da ação civil pública) e influi na organização de atribuições do Ministério Público estadual, pois tais ações serão ajuizadas por procuradores de justiça no TJES e não por promotores de justiça, perante juiz de primeiro grau* ”.

Assim sendo, reconheço a legitimidade ativa da requerente.

2.1. Da suficiência de fundamentação trazida na exordial

A Assembleia Legislativa do Espírito Santo pleiteia que a representação de inconstitucionalidade elaborada pelo Procurador-Geral de Justiça do Espírito Santo, anexada à petição inicial, não seja considerada como parte integrante da exordial. Assevera que constam daquela peça alegações adicionais no sentido da inconstitucionalidade da norma.

Não obstante, verifico que o pedido final veiculado na presente ação decorre dos fundamentos expostos na peça principal, tendo a requerente cumprido os requisitos exigidos no art. 3º da Lei nº 9.868/1999. Consoante registrou a Procuradoria-Geral da República no parecer, “ *Não há empecilho ao encampamento de teses de outros atores, desde que estas estejam adequadamente incorporadas à petição inicial da ação direta* ”.

Assim sendo, não vislumbro prejuízo na manutenção da representação de inconstitucionalidade como anexo à petição inicial, servindo de substrato à análise do pedido.

Passo, então, à análise do mérito.

3 - Da inconstitucionalidade do artigo 109, inciso I, alínea h da Constituição do Estado do Espírito Santo, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 85/2012.

Conforme relatado, esta ação direta tem como objeto a Emenda Constitucional nº 85/2012, do Estado do Espírito Santo, que acrescentou a alínea h ao artigo 109, inciso I, da Constituição estadual, passando a prever o julgamento pelo Tribunal de Justiça das ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo sempre que o réu for autoridade que, por previsão da Constituição Estadual, deva ser julgada naquela Corte de Justiça por crime comum.

Embora o preceito da constituição estadual não mencione isso expressamente, ele se refere ao julgamento de ações por improbidade administrativa, as quais, de acordo com o art. 37, § 4º, da CF/88, poderão resultar na “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O discussão posta nesta ação direta diz respeito aos limites da competência dos Estados para dispor, em suas constituições, sobre as atribuições do Tribunal de Justiça. Mais do que isso: diz com a possibilidade dos Estados, ao disporem sobre o aludido tema, instituírem nova hipótese de foro por prerrogativa de função, não prevista na Constituição de 1988, contemplando as ações de improbidade administrativa instauradas contra autoridades que usufruam de tal prerrogativa quando processadas por infrações penais comuns.

3.1. O poder de auto organização dos Estados-membros e os limites impostos pela Constituição de 1988

A Carta de 1988 é o norte para a organização do Poder Judiciário nas esferas federal e estadual. No entanto, não o faz de forma exaustiva, já que aos Estados-membros foi concedida a autonomia para organizar a própria Justiça (art. 125, *caput*) e para definir, nas Constituições estaduais, a competência dos tribunais (art. 125, §1º).

Por obra do constituinte originário, foi fixada a primazia da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CF/88). Contudo, **extrai-se do texto constitucional outorgas pontuais aos estados-membros para a elaboração de normas acerca da matéria, como é o caso da definição das causas afetas ao juízo natural do Tribunal de Justiça, desde que atendidos os princípios estabelecidos na Lei Fundamental .**

Trata-se de dinâmica que diz com a autorização concedida pelo constituinte originário aos estados federados para que se auto-organizem e elaborem suas próprias cartas políticas (art. 25, *caput*), em decorrência do modelo federativo brasileiro, no qual as peculiaridades regionais são endereçadas pelo legislador estadual, naquilo que não contrariar a Lei Maior. Vejamos:

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

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

(...)

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

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

Muito embora a Constituição, consoante o comando do *caput* do art. 25, tenha deferido aos estados-membros o poder de se auto-organizarem e se regerem pelas suas próprias Constituições, **o poder constituinte decorrente encontra limites nos princípios estabelecidos na Carta Federal** . Nesse sentido, é também o teor do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“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**”.

No caso presente, os limites que se impõem ao poder constituinte decorrente resultam da própria conformação atribuída, pela Constituição de 1988, ao instituto do foro por prerrogativa de função. Com efeito, este Supremo Tribunal Federal tem sido instado a se manifestar acerca do alcance do instituto, **tendo adotado uma perspectiva restritiva sobre a matéria**.

A discussão jurisprudencial instaurada a respeito do tema pode ser dividida em dois blocos, traduzidos em dois questionamentos: a) os Estados-membros podem alargar o rol das autoridades que detêm foro criminal por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça?; e b) é possível estender a prerrogativa de foro de modo que as autoridades contempladas por essa prerrogativa nas hipóteses de processo criminal também gozem do foro especial quando processadas por ato de improbidade administrativa?

3.2. A extensão do foro criminal por prerrogativa de função na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No que tange ao primeiro questionamento, a decisão paradigma deste Supremo Tribunal Federal é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.553 /MA (Rel. Min. **Gilmar Mendes** , Redator para o Acórdão o Min. **Alexandre de Moraes**), julgada em 15/5/19, ocasião em que não proferi voto, por estar impedido e justificadamente ausente na sessão.

Na assentada, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de norma da Constituição do Estado do Maranhão que ampliava o rol de autoridades com direito à prerrogativa de foro criminal perante o Tribunal de Justiça, incluindo nele os Procuradores de Estado, os Procuradores da Assembleia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia.

Prevaleceu o entendimento do Ministro **Alexandre de Moraes**, que afastou a interpretação de que o art. 125, § 1º, permitiria aos estados estabelecer, seja livremente, seja por simetria, prerrogativas de foro. Segundo a corrente prevalecente, **o regramento referente ao foro por prerrogativa de função encontra-se plenamente disciplinado na Constituição Federal, inclusive, para os âmbitos estadual e municipal, não comportando qualquer tipo de ampliação**. É o que se depreende do seguinte trecho do voto-vista do Ministro **Alexandre de Moraes**:

“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” (grifou-se).

O acórdão da ADI nº 2.553/MA restou 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 do Maranhão. (ADI 2553/MA, Relator o Ministro **Gilmar Mendes** , Redator para o Acórdão o Ministro **Alexandre de Moraes** , Tribunal Pleno, DJe de 17/08/2020, grifou-se)

Portanto, **a jurisprudência mais recente do Tribunal considera que a disciplina sobre a prerrogativa de foro se encontra exaurida pelo constituinte federal, não havendo espaço para o exercício da autonomia dos estados nessa esfera .**

Não obstante, registro que está com julgamento iniciado a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.294/PA, da **minha relatoria** , ajuizada em face do art. 338 da Constituição do Estado do Pará, que fixa a competência do Tribunal de Justiça para julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, o Chefe da Casa Civil, o Chefe da Casa Militar, o Consultor Geral do Estado, o Comandante Geral da Polícia Militar, o Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar e o Delegado Geral de Polícia Civil. O julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Ministro **Alexandre de Moraes** .

No voto que proferi no Plenário Virtual, em 7/2/20, manifestei entendimento diverso do assentado na ADI nº 2.553, no sentido de que **as hipóteses de foro por prerrogativa de função previstas na Carta Federal não**

são taxativas, de modo que o constituinte estadual está legitimado a fixar outras hipóteses, desde que observado paralelismo em relação aos cargos para os quais a Constituição de 1988 previu a aludida prerrogativa.

Naquele caso, observei que as autoridades abrangidas pela norma são auxiliares diretos do Governador do Estado, pertencentes ao primeiro escalão da estrutura do Poder Executivo estadual, e se equiparam a Secretários de Estado, guardando, portanto, similaridade com as hipóteses de competência originária deste Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "c", CF/88).

Na presente sessão de julgamento, para a qual está pautada também a ADI nº 3.294/PA. reajusto meu voto, tão somente para declarar a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função conferido ao cargo de Delegado Geral de Polícia Civil, por ausência de correspondência com o modelo federal e julgar aquela ação parcialmente procedente. Não obstante, mantenho o entendimento já exposto, de que é possível aos Estados-membros ampliarem o rol de autoridades que detêm foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça, desde que **observada a simetria com a Constituição Federal.**

Em que pese a minha divergência pontual com o que foi decidido na ADI nº 2.553, ambos os entendimentos convergem no sentido de que **constituinte derivado decorrente deve observar mínima equivalência com o modelo federal existente – seja se atendo ao que está previsto na Constituição de 1988, seja legislando por simetria –, o que, por óbvio, não ocorre no caso dos autos.**

Essa compreensão foi reiterada pelo Tribunal no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, na qual ficou assentado o seguinte:

“A regra geral é que as pessoas são julgadas pelo seu juiz natural. E aí cria-se uma situação especial para uma determinada categoria de agentes. Se é uma situação especial, é jurisprudência antiga e pacífica do Supremo que ela deve merecer interpretação restritiva. Aliás, 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 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” . (QQ na AP 937/RJ, Relator o Ministro Roberto Barroso , Tribunal Pleno, DJe de 11/12 /2020, grifou-se).

O texto constitucional estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, as autoridades relacionadas nos arts. 102, inciso I, alíneas *b* e *c* , e 105, inciso I, alínea *a* , respectivamente. Da mesma forma, a Constituição estabelece as autoridades que terão processos criminais submetidos aos tribunais de justiça (art. 29, inc. X; art. 96, inc. III). **Em nenhum momento a Constituição de 1988 cogita de foro por prerrogativa de função para o julgamento de autoridades processadas por ato de improbidade administrativa, sendo este um claro limite à competência dos Estados para dispor sobre o tema em suas Constituições.**

3.3. Da impossibilidade de instituir foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa

No que tange ao segundo questionamento – sobre a possibilidade das autoridades contempladas pela prerrogativa de foro criminal também gozarem do foro especial quando processadas por ato de improbidade administrativa –, este Supremo Tribunal julgou as ADIs nºs 2.797 e 2.860 (DJe de 19/12/2006), nas quais declarou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.628/02.

O §2º do art. 84 do CPP estendia, de forma geral, a competência especial do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório à hipótese de ação de improbidade ajuizada para processar e julgar autoridade detentora de foro criminal especial.

A discussão ali posta dizia respeito à “declaração por lei de competência originária não prevista na Constituição”, conforme definiu o relator Ministro **Sepúlveda Pertence** em seu voto. Considerou-se a norma inválida, à vista da taxatividade das competências originárias dos tribunais federais previstas na Constituição de 1988. Também restou consignado no voto do relator que a extensão da prerrogativa de foro prevista na norma

questionada não se sustentava a partir de interpretação da Constituição de 1988. Quanto a esse ponto, sua excelência aduziu, **in verbis** :

“A ação de improbidade administrativa é uma ação civil: evidencia-o o art. 37, § 4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

O Tribunal jamais deduziu de sua competência originária para o processo penal contra os mais altos dignitários da República a de conhecer de ações civis contra eles propostas por atos de ofício, ainda que delas possa decorrer a condenação da autoridade a diferentes sanções civil: a ação popular é o exemplo mais frequente dessa nítida distinção jurisprudencial.

Anote-se, por sua vez, que, quanto aos tribunais locais, afora o disposto nos seus arts. 29, X e 96, III, a Constituição Federal reservou explicitamente às constituições dos Estados-membros a definição da competência aos seus tribunais, o que afasta, por si só, que possa ela ser alterada por lei federal ordinária”.

No entanto, foi no julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 3.240, ocorrido em 10/5/18, que o Plenário se pronunciou de forma mais contundente sobre o tema, firmando decisão paradigma acerca da matéria. O caso concreto, na origem, consistia em ação de improbidade administrativa ajuizada contra um Ministro de Estado, por ato praticado no exercício de suas funções. Requeria-se o reconhecimento da competência do STF para processar e julgar ações de improbidade contra réu com prerrogativa de foro criminal.

O Plenário negou provimento aos embargos, reafirmando a incompetência originária desta Corte para a condução e julgamento de ação de improbidade administrativa contra Ministro de Estado. O eminente Ministro **Roberto Barroso** ficou redator para o acórdão. No voto-vista por ele proferido, **ficou assentada a impossibilidade de extensão da prerrogativa de foro para o julgamento de ações de improbidade administrativa, sob as seguintes premissas:**

(i) Decorre da Constituição de 1988 que o instituto do foro por prerrogativa de função é aplicável apenas às ações de natureza penal, ao passo que a ação por improbidade administrativa detém natureza cível, conforme evidencia o art. 37, § 4º, da CF/88, que afirma que a ação por improbidade não prejudica eventual ação penal cabível;

(ii) **Inexiste regra equivalente na Constituição Federal, que é taxativa no que tange às hipóteses de prerrogativa de foro**, as quais decorrem de uma flexibilização dos princípios republicano e da isonomia, detendo, portanto, natureza excepcional e requerendo uma interpretação restritiva do seu alcance.

(iii) **O julgamento pelo juiz de primeiro grau constitui sistema mais eficaz de tutela jurisdicional da moralidade administrativa e do combate à corrupção**, visto que tem melhores condições de promover a instrução, por sua proximidade com os fatos e as provas, garantindo maior celeridade e efetividade no julgamento desses feitos.

Abordou-se, ainda, o fato de que, na Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa -, consta regra que condiciona a perda do cargo ou a suspensão dos direitos políticos ao trânsito em julgado da sentença condenatória, o que afastaria a perplexidade com a hipótese de um juiz de primeira instância aplicar a sanção a agentes políticos detentores de cargos de maior nível institucional. Ainda que o faça em sede de cautelar, é certo tratar-se de medida excepcional a ser subsidiada por indícios relevantes do risco da permanência da autoridade no cargo e que será submetida aos instrumentos processuais cabíveis para a sua revisão.

O julgado possui a seguinte ementa:

“Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. **O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro**

lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento ” (Pet 3240 AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki , Relator(a) p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso , Tribunal Pleno, DJe de 22/8/18, grifo nosso).

Quanto à impossibilidade de extensão do foro por prerrogativa de função a ações de improbidade administrativa, anote-se, ainda, os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, consolidou o entendimento de que “o foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil” (Pet 3.240-AgR, julgado sob minha relatoria). 2. Agravo interno a que se nega provimento.” (Pet 3411 AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso , Primeira Turma, DJe de 25/09/2018)

“COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – AÇÃO DE IMPROBIDADE – NATUREZA – PRECEDENTE. De acordo com o entendimento consolidado no Supremo, a ação de improbidade administrativa possui natureza civil e, portanto, não atrai a competência por prerrogativa de função” (RE nº 377.114/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio , DJe de 29/8/14).

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Improbidade administrativa. Prerrogativa de foro. Inexistência. Precedentes. 1. Inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. 2. Matéria já pacificada na jurisprudência da Suprema Corte. 3. Agravo regimental não provido” (RE nº 590.136/MT-AgR, Primeira Turma, **minha relatoria**, DJe de 22/5/13).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 10.628/2002. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 444.042/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 15/10/12).

4. Conclusão

Dois fundamentos, conjugados, apontam para a inconstitucionalidade da norma questionada: a obrigação do Estado-membro de, no exercício do seu poder de auto organização e de definição da competência dos seus tribunais (art. 125, § 1º, da CF/88), observar as balizas estabelecidas na Constituição Federal, e a conclusão, chancelada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, de que não é possível extrair da Constituição de 1988 a possibilidade de instituir foro por prerrogativa de função para os processos de natureza cível, notadamente os de improbidade administrativa.

Pelo exposto, voto no sentido da **procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 109, inciso I, alínea h da Constituição do Estado do Espírito Santo, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 85/2012.**

Os efeitos da decisão comportam modulação, considerando que a norma declarada inconstitucional data do ano de 2012, sendo razoável inferir a existência de ações de improbidade administrativa que tenham transitado em julgado nesse período. Assim sendo, em que pese estar reconhecendo hipótese de incompetência absoluta do Tribunal de Justiça do Espírito Santo para julgar as ações previstas na al. h do inc. I do art. 109 da

Constituição Estadual, **delimito os efeitos da presente decisão, ressalvando da sua incidência os processos já transitados em julgado**, com fundamento na garantia da segurança jurídica (art. 27 da Lei nº 9.868/1999).

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/12/2020 00:00