



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 215.905/2016-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão “Delegado Geral da Polícia Civil”, no art. 74, II, da Constituição do Estado de São Paulo. Foro privilegiado para Delegado Geral da Polícia Civil.].

O **Procurador-Geral da República**, com fundamento nos arts. 102, I, *a e p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição da República de 1988, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, contra a expressão “**o Delegado Geral da Polícia Civil**”, constante do **art. 74, II, da Constituição do Estado de São Paulo**, que confere prerrogativa de foro àquele cargo, no caso de infrações penais comuns e crimes de

responsabilidade, nas redações atual (conferida pela Emenda Constitucional 21, de 14 de fevereiro de 2006) e original.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/99) e de cópia de peças relevantes do processo administrativo 1.00.000.012113/2016-78, originado de representação firmada pelo Procurador da República ANDREY BORGES DE MENDONÇA.

1. OBJETO DA AÇÃO

Este é o teor da norma impugnada nesta ação:

Redação da Emenda Constitucional 21/2006

Artigo 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: [...]

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; [...].

Redação original

Artigo 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: [...]

II – nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os juízes dos Tribunais de Alçada e do Tribunal de Justiça Militar, os juízes de Direito e os juízes auditores da Justiça 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; [...].

A Constituição do Estado de São Paulo, nesse dispositivo, contraria o art. 25, *caput* (limitações à capacidade de auto-organização dos estados-membros), o art. 125, § 1º (competência dos estados-membros para, em sua constituição, disciplinar a competência dos tribunais de justiça), e o art. 129, VII (controle externo da atividade policial pelo Ministério Público), todos da Constituição da República.¹

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal oscila no que diz respeito à compatibilidade com a Constituição da República de normas de constituições estaduais que ampliam rol de agentes estatais beneficiários de foro por prerrogativa de função. Na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 541/PB,² decidiu caber à cons-

¹ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...]”

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

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

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; [...].”

² Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade 541/PB. Relator: Ministro CARLOS VELLOSO. Redator para acórdão:

tituição do estado-membro definir a competência de seu tribunal de justiça. No julgamento da medida cautelar na ADI 2.553/MA,³ afirmou impossibilidade de ampliar foro por prerrogativa de função para além das categorias contempladas pela Constituição Federal. Ao julgar a ADI 2.587/GO,⁴ voltou a entender pela possibilidade de ampliação, desde que prevista na carta política estadual. Concluiu, todavia, por não se admitir extensão da prerrogativa a delegados de polícia, porque seria incompatível com o controle externo da atividade policial.

2.2. EXIGÊNCIA DE SIMETRIA NA DEFINIÇÃO DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A autonomia das constituições estaduais para dispor sobre a competência dos tribunais de justiça (CR, art. 125, § 1º) deve respeitar as restrições impostas pela Constituição da República. Observa RAUL MACHADO HORTA, em relação ao poder de auto-organização dos estados-membros (CR, art. 25, § 1º), que “a precedência da Constituição Federal sobre a do Estado-membro é exigência lógica da organização federal, e essa precedência, que

Min. GILMAR MENDES. 10/5/2007, maioria. *Diário da Justiça eletrônico* 96, 6 set. 2007.

³ STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 2.553/MA. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 22/10/2002, maioria. *DJ*, 22 out. 2004; *Revista trimestral de jurisprudência*, vol. 193, p. 88.

⁴ STF. Plenário. ADI 2.587/GO. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Red. para acórdão: Min. AYRES BRITTO. 1º/12/2004, maioria. *DJ*, 6 nov. 2006; *RTJ*, vol. 200-2, p. 671.

confere validez ao sistema federal, imprime a força de matriz originária ao constituinte federal e faz do constituinte estadual um segmento derivado daquele”.⁵ ALEXANDRE DE MORAES aponta as seguintes características do poder constituinte derivado:

O poder constituinte derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade. Apresenta as seguintes características de derivado, subordinado e condicionado. É derivado porque retira sua força do Poder Constituinte originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, as quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal [...]. O Poder Constituinte derivado decorrente, por sua vez, consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio das respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal.⁶

LÉO FERREIRA LEONCY, tendo em conta a limitação ao poder de auto-organização dos estados-membros inscrita no art. 25, § 1º, da CR, ressalta que, “na Constituição de 1988, os limites da autonomia dos Estados-membros se apresentam sob múltiplas formas e funções. Vêm consagrados (a) ora expressamente (normas expressas), (b) ora implicitamente (normas implícitas); aparecem

⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 69.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

sob a formulação (c) ora de mandamento (normas mandatárias), (d) os princípios constitucionais estabelecidos”.⁷

O Supremo Tribunal Federal, em numerosos julgados,⁸ asse-
sentou que os estados-membros possuem autonomia para definir,
na respectiva constituição, a competência de seu tribunal de justi-
ça, desde que à luz dos princípios da ordem constitucional central.
É o texto expresso do art. 125, *caput* e § 1º, da CR:

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

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constitui-
ção do Estado, sendo a lei de organização judiciária de inici-
ativa do Tribunal de Justiça. [...]

Uma dessas imposições consiste no **princípio republicano**,
do qual é corolário a isonomia de tratamento perante a lei (so-
bretudo no que tange à responsabilização por ilícitos no Poder
Judiciário), limitador implícito do poder investido pela Constitui-
ção da República aos estados-membros para definir a competência
dos tribunais de justiça. A esse respeito, observa o Ministro CELSO
DE MELLO:

[...] as Constituições republicanas do Brasil não têm sido ca-
pazes de refletir, em plenitude, as premissas que dão consis-
tência doutrinária, que imprimem significação ética e que con-

⁷ LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸ STF. Plenário. ADI 3.140/CE. Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA. 10/5/2007, un. *DJe* 47, 29 jun. 2007. STF. Plenário. *Habeas corpus* 103.803/RR. Rel.: Min. TEORI ZAVASCKI. 1º/7/2014, un. *DJe* 194, 6 out. 2014.

ferem substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, fundados em ideações e em práticas de poder que exaltam – sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador – privilégios de ordem pessoal ou de caráter funcional, culminando por afetar a integridade de um valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. [...]

Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Nada deve justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinados privilégios a certos agentes públicos, especialmente quando a lei é editada com propósitos casuísticos e estranhos aos fins autorizados pelo princípio republicano.

Cabe reconhecer, no entanto, que a prerrogativa de foro acha-se instituída em nosso sistema constitucional.

As atribuições constitucionais dos Tribunais, contudo devem merecer interpretação que impeça a expansão indevida de sua competência originária, para que não se privilegiem, de um lado, aqueles que detêm (ou, até mesmo, já não mais detêm), nas mais elevadas instâncias do aparelho do Estado, as prerrogativas de poder e par que não se iniba, de outro, a aplicação ordinária do postulado do juiz natural.⁹

Prerrogativa de foro, como preceito que destoa da regra geral de isonomia emanada do princípio republicano, precisa ser interpretada de maneira restritiva, visto que a igualdade é basilar ao estado democrático de direito. Somente assim se pode concretizar o projeto político-social exposto na Constituição da República.

Lembrou-se, no julgamento de mérito da ADI 2.587/GO que o foro privilegiado: (i) é cláusula de exceção à igualdade de todos na submissão ao juiz natural (que deveria ser juiz de primeiro

⁹ Voto na ADI 2.587/GO. *Vide* nota 4.

grau, como regra com pouquíssimas exceções); (ii) excepciona princípios constitucionais de observância compulsória pelos estados-membros; (iii) não se limita a respaldar prerrogativa institucional de exercício autônomo e independente de funções e (iv) destoa do modelo republicano por consubstanciar, em realidade, privilégio do qual decorrem benefícios para o acusado, como, por exemplo, maior morosidade (que é notória) na instrução de ações penais.¹⁰

Sobre o caráter antirrepublicano do instituto, destacou o Ministro CELSO DE MELLO, em voto nesse mesmo julgado:

As atribuições constitucionais dos Tribunais, contudo, devem merecer interpretação que impeça a expansão indevida de sua competência originária, para não privilegiarem, de um lado, aqueles que detêm (ou, até mesmo, já não mais detêm), nas mais elevadas instâncias do aparelho de Estado, as prerrogativas de poder e para que não se iniba, de outro, a aplicação ordinária do postulado do juiz natural.

É preciso enfatizar, neste ponto, que a vigente Constituição do Brasil – ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – incidiu em verdadeiro paradoxo político-institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática... [...]

Ninguém ignora que a Carta Política do Império do Brasil, de 1824, consagrou apenas cinco (5) hipóteses de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal de Justiça, que era o órgão de cúpula do Poder Judiciário do regime monárquico (art. 164, II).

¹⁰ A esse respeito, acentuou o Min. CARLOS VELLOSO, com razão, em apartes no seu voto: “o Supremo e os tribunais superiores não têm vocação para julgar ações originárias. Então, creio até que a defesa fica mais fácil, as ações não terminam”.

A Constituição promulgada em 1988, no entanto, não foi capaz de igual parcimônia, ao ampliar, para quase 20 ([...]), as hipóteses de “privilégio” de foro, além de conferir autorização, aos Estados-membros, para incluir, nas Cartas estaduais, outras novas hipóteses de prerrogativa de foro perante os respectivos Tribunais de Justiça (CF, art. 125, § 1º), com ressalva, apenas, dos casos de competência do Júri e daqueles que decorrem, de modo expresso ou implícito, do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental da República.

O poder outorgado aos Estados-membros para definir em suas constituições a competência de seus tribunais não pode ser tomado como de feição político-constitucional, fundado em critérios livres de escolha de cada ente federativo. É necessário simetria com o modelo federal, sob pena de (i) haver titulares das mesmas funções sendo julgados por tribunais de justiça em um estado e por juízes de primeiro grau em outro; (ii) ampliar, para além do modelo amplíssimo da Constituição Federal, os detentores de foro privilegiado; (iii) subtrair do próprio Supremo Tribunal Federal o exame dos critérios de conveniência utilizados pelos constituintes estaduais para outorga de foro especial (o que potencializa a possibilidade de desvirtuamento do instituto).

Potencial abstrato de promoção de ações judiciais de cunho político-eleitoral ou de interferência de dignitários no ofício jurisdicional de primeiro grau não justificam plena liberdade de escolha pelas constituições estaduais na definição de autoridades com foro por prerrogativa de função. Não se devem presumir suscetibilidade e fragilidade dos juízes de primeiro grau, os quais,

ao contrário, devem ser sistematicamente fortalecidos, para o bem da democracia e do ofício jurisdicional. Deve haver parâmetros objetivos, já na Constituição da República, para eleição dos detentores de foro especial, pois liberdade irrestrita dos entes federados nesse campo tende a inflar o modelo já demasiado expandido a ponto de tornar mais dificultoso e até de inviabilizar o exercício da jurisdição, em matéria penal, por parte dos tribunais nos quais esses cidadãos especiais possuem foro privilegiado. Embora tecnicamente se costume denominá-lo como foro por prerrogativa de função, em termos concretos, na vasta maioria dos casos, esse foro gera privilégio pela morosidade que acarreta à tramitação de ações penais.

A morosidade na tramitação de ações agrava-se pela que pode ocorrer também na fase de apuração. Em geral, normas de foro privilegiado no Judiciário correspondem a atribuições especiais no Ministério Público, ao conduzir ou supervisionar investigações criminais. Da mesma forma que tribunais não são talhados para conduzir ações penais originárias, o que gera demora acentuada nelas, frequentemente há lentidão em investigações conduzidas por procuradores-gerais do Ministério Público, pela concentração e especialidade das funções institucionais que lhes são próprias.

Foro privilegiado deve ser compreendido como exceção a princípios constitucionais estabelecidos de observância compulsória.

sória pelas ordens jurídicas parciais e, por conseguinte, representa limite ao poder atribuído aos estados-membros pelo art. 125, § 1º, da lei fundamental brasileira. Admitir o contrário seria permitir que exceções definidas pelo constituinte originário fossem ampliadas ou até desconsideradas pelo constituinte derivado decorrente.

2.3. AFRONTA A ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Atribuir foro privilegiado a Delegado Geral da Polícia Civil configura igualmente violação ao art. 129, VII, da Constituição da República, que confere ao Ministério Público função de exercer controle externo da atividade policial, a qual consubstancia instrumento essencial para consecução da finalidade primordial do Ministério Público de promover ação penal pública. A benesse constitucional cria embaraço injustificado à atuação do órgão ministerial e ao efetivo controle externo da atividade policial.

Fortalecer a supervisão do trabalho policial por parte do Ministério Público e, em termos amplos, o controle externo da atividade policial robustece a lógica de concepção garantista do sistema processual penal. FERRAJOLI enfatiza que modelo penal garantista equivale a sistema de redução do poder e de ampliação do saber judicial, porquanto condiciona a validade de suas

decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, de suas motivações¹¹ – tudo isso, claro, no seio de processo dominado pelo princípio acusatório e com plena garantia dos direitos individuais.

A previsão da Constituição do Estado de São Paulo colide com o sistema constitucional, o modelo penal garantista e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada no sentido de que viola o art. 129, VII, da Constituição da República, conceder foro privilegiado a delegado de polícia. Confirmam-se julgados que espelham o entendimento:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA E DO INCISO VIII DO ARTIGO 46 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS, NA REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29, DE 31 DE OUTUBRO DE 2001. Ação julgada parcialmente procedente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “e os Delegados de Polícia”, contida no dispositivo normativo impugnado.¹²

Foro especial por prerrogativa de função: outorga pela Constituição do Estado-membro aos “membros (...) das Procuradorias-Gerais do Estado, da Assembléia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia” (EC est.

¹¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 11. Nesse prólogo, como ameaças aos direitos do cidadão, ele se refere ao “*desplazamiento de la acusación pública fuera del orden judicial, a la órbita del poder político*”, e, depois, “*en lo relativo al estatuto del ministerio público, la referencia ha de ser también a la experiencia de todos aquellos países europeos en los que la acusación pública depende más o menos directamente del ejecutivo*”, e à “*influencia de leyes policiales experimentadas desde hace ya tiempo en Italia*”. E conclui: “*Así, pues, parece que España e Italia tiendan a copiar recíprocamente los peores aspectos de sus respectivas legislaciones*”.

¹² Vide nota 4.

34/2001, do Maranhão): suspensão cautelar das inovações questionadas, por maioria de votos.¹³

No julgamento da ADI 2.553/MA, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE destacou:

Ora, nesta ficaram expressas, no art. 129, como “funções institucionais do Ministério Público”, as de “exercer o controle externo da atividade policial”, na forma da lei complementar mencionada no inciso anterior (art. 129, VII), e a “requisitar diligências investigativas e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII).

Cuida-se, logo se vê, de funções instrumentais da atribuição primordial do Ministério Público, na órbita do processo civil, de “promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei”, a qual, de sua vez, está instrumentalmente supra-ordenada às funções de “polícia judiciária” e “apuração de infrações penais”, confiadas às polícias civis dos Estados.

Com essas relações constitucionais necessárias de controle, poder de requisição e instrumentalidade entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, a um primeiro exame, parece difícil conciliar a outorga aos Delegados de Polícia – responsáveis pela ação da última –, de foro por prerrogativa de função os que subtraia da esfera de atuação dos órgãos do Ministério Público de atribuições territoriais coextensivas.¹⁴

É, portanto, inconstitucional o foro por prerrogativa de função instituído para Delegado Geral da Polícia Civil pelo art. 74, II, da Constituição do Estado de São Paulo.

¹³ STF. Plenário. MC/ADI 2.553/MA. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 20/2/2002, maioria. *DJ*, 22 out. 2002.

¹⁴ *Vide* nota 13.

3. PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

O sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial, fortalecidos pelos precedentes dessa Suprema Corte.

Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de que a norma estadual propicia desvio de finalidade e perda de eficiência na atividade policial e na investigação e persecução de ilícitos potencialmente atribuíveis a autoridades com foro privilegiado. A previsão de foro especial dificulta e atrasa investigações e ações penais, em detrimento da eficiência do sistema de justiça.

Além disso, o exercício das funções institucionais conferidas ao Ministério Público pela Constituição é prejudicado em razão dos efeitos da lei. Como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, o controle externo da atividade policial pode ser severamente afetado, de maneira a trazer consequências negativas às investigações criminais e ao cumprimento das funções institucionais do Ministério Público.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pela norma seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Além de sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer que se colham informações do Governador e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e que se ouça o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade da expressão “Delegado Geral da Polícia Civil”, constante do art. 74, II, da Constituição do Estado de São Paulo, nas redações atual e original.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República