



A prisão em flagrante de juízes e promotores frente ao regimento do TJ-SP

Situação pouco estudada em razão de raríssimas ocorrências diz respeito à prisão em flagrante de membros da Magistratura e do Ministério Público. Os magistrados e membros do Ministério Público estão diuturnamente submetidos a tarefas estressantes, quer pelo volume de serviço invencível, quer pela natureza das funções que os leva, mormente na área criminal, a lidar com o lado imperfeito do ser humano envolvido na prática dos mais chocantes delitos.

Felizmente, o envolvimento de magistrados e membros do Ministério Público na prática de delitos é excepcional.

Anota a Lei Complementar à Constituição Federal 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) que:

Art. 33. são prerrogativas do Magistrado:

II – não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do Magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado;

III – ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do Órgão Especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

Parágrafo único: quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do Magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que se prossiga na investigação.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.265/93, determina:

Art. 40 – Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III – ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

IV – ser processado e julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça de seu Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a exceção de ordem constitucional;

V – ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final.



Art. 41 – Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras prevista na Lei Orgânica:

II – não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

(...)

Parágrafo único – Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte do membro do Ministério Público, a autoridade policial civil, ou militar, remeterá imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Estabelece, ainda, a Lei Complementar à Constituição Paulista 734/1993 que, entre as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público, encontram-se:

Art. 222 – Quando, no curso de investigação, houver indício de prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração do fato.

(...)

Art. 224 – Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras asseguradas pela Constituição e por outras leis:

(...)

III – ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade, sob pena de responsabilidade, fará, de imediato, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

IV – ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final e à dependência separada no estabelecimento em que houver de ser cumprida a pena;

XVIII – não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no artigo 222 desta Lei Complementar.



Ocorre que, estabelecendo o art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar à Constituição Federal 35/1979, quanto aos magistrados, e o art. 41, parágrafo único, da Lei Complementar à Constituição paulista 734/1993, quanto aos membros do Ministério Público, que, se em investigação instaurada por autoridade policial civil ou militar, “houver indício da prática de crime por parte de Magistrado ou Membro do Ministério Público, devem os autos ser remetidos de imediato, no caso do primeiro, ao Tribunal ou Órgão Especial, e, no caso do segundo, ao Procurador-Geral de Justiça, para que se prossiga na investigação”.

A Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), mais moderna que a Lei Complementar 35/1979, inclusive determina de forma incisiva que “a autoridade policial ou militar remeterá imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração” (art. 41, parágrafo único).

Isso significa que, frente à prerrogativa de foro especial, inclusive a investigação deve ser conduzida por autoridade pré-determinada (presidente do Tribunal ou procurador-geral de Justiça).

Cessa, portanto, *por determinação legal*, a possibilidade de delegado de Polícia ou autoridade policial militar continuar a investigar magistrado ou membro do Ministério Público.

Dessa forma, não pode o auto de prisão em flagrante ser presidido por delegado de Polícia.

E isso ocorre por lógica interpretação do dispositivo legal.

O art. 5º do Código de Processo Penal esclarece que, nos crimes de ação pública, ou preenchidas as condições de procedibilidade nos delitos de ação pública condicionada (representação) e nos de ação penal privada (requerimento do ofendido ou representante legal), uma das formas de instauração do *inquérito policial* ocorre “*de ofício*”, que pode ser mediante *portaria* da autoridade policial ou *auto de prisão em flagrante*.

Acontece que, no auto de prisão em flagrante delito, já se está a praticar ato de polícia judiciária consistente na colheita de prova inquisitorial contra o autor do delito.

Ora, se as Leis Orgânicas da Magistratura e do Ministério Público determinam que, havendo “indício da prática de crime” por magistrado ou membro do Ministério Público, devem os autos ser remetidos *de imediato* à autoridade a quem cabe apurá-los (presidente do Tribunal ou procurador-geral de Justiça), não há como se pretender que o auto de prisão em flagrante não seja lavrado por essas mesmas autoridades.

Cessa, portanto, qualquer atribuição da autoridade policial para presidir auto de prisão em flagrante.

Nem se argumente que a presença do procurador-geral de Justiça ou do presidente do Tribunal legitimariam tal ato por parte do delegado de Polícia, posto que tal atribuição é ato indelegável e indeclinável por expressa disposição legal.

Se as leis orgânicas pretendessem que se seguisse a regra geral quanto à prisão em flagrante, nada teriam



mencionado, nem designado autoridades específicas para conduzirem a apuração.

Por outro lado, anote-se que tal prisão em flagrante só pode ocorrer se o crime for *inafiável*.

Estabelece o Código de Processo Penal:

Art. 323 – Não será concedida fiança:

I – nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II – nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV – em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V – nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324 – Não será, igualmente, concedida fiança:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II – em caso de prisão por mandado do juiz doível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III – ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Assim, se ocorrer quaisquer das hipóteses que não estejam excepcionadas pelo texto legal, tem-se que o delito é afiável, não podendo o magistrado ou membro do Ministério Público ser preso em flagrante.

Anote-se que a prisão em flagrante e a lavratura do auto de prisão em flagrante delito são coisas diversas.

O artigo 301 do Código de Processo Penal estabelece que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. E as hipóteses de flagrância, de todos conhecidas, estão no art. 302 daquele Código.

Assim, a prisão poderá ocorrer por autoridade policial sendo, todavia, que a lavratura do auto de prisão em flagrante, que consiste na colheita da prova indiciária, portanto, investigação do delito, só pode ser realizada pelo presidente do Tribunal ou procurador-geral de Justiça.



Além disso, é sabido que a apresentação de detido à autoridade competente não significa, necessariamente, que ocorrerá a lavratura do auto de prisão em flagrante, mesmo porque a esta cabe um juízo de valoração das condições objetivas da flagrância e verificação da razoabilidade probatória pelos indícios trazidos, de forma a determinar a medida extrema de constrição de liberdade. Dessa forma, é de exclusiva valoração da autoridade competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante o reconhecimento das rígidas hipóteses legais de flagrante delito, além do reconhecimento da fundada suspeita contra o conduzido decorrente dos elementos indiciários.

E não é por outra razão que o legislador pretendeu deferir às autoridades maiores de cada carreira (presidente do Tribunal de Justiça e procurador-geral de Justiça, no âmbito estadual) que façam esse juízo de valoração, eis que os eventuais investigados exercem cargos de autoridade.

É de se acrescentar que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público determina que, efetuada a prisão de membro daquela instituição em flagrante, o prazo para comunicação e apresentação do mesmo ao procurador-geral de Justiça é de *24 horas*, o que ratifica a conclusão de que o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado pelo chefe da instituição, eis que 24 horas após a prisão é o prazo máximo para a lavratura do auto de flagrância e fornecimento de nota de culpa ao preso (art. 306, § 2º, do CPP).

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional e a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo determinam, de forma uníssona, que a *comunicação do ocorrido e a apresentação* do preso ao presidente do Tribunal de Justiça ou procurador-geral de Justiça será efetuada *imediatamente*, o que reitera a conclusão de que essas autoridades é que deverão lavrar eventual auto de prisão em flagrante delito.

Não há qualquer incompatibilidade entre a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, uma vez que na primeira faz-se menção ao prazo máximo para lavratura do auto.

Não se trata de mera vaidade funcional a determinação de apresentação de magistrado ou membro do Ministério Público suspeito da prática infracional e preso em flagrante ao presidente do Tribunal ou procurador-geral de Justiça para eventual lavratura do auto de prisão em flagrante, eis que tal fato tem o caráter de acautelamento dos direitos e obrigações maiores dos cargos ocupados, frente a uma análise serena, experiente e madura do ocorrido, longe de conflitos de interesses e dos holofotes da mídia imprudente a impulsionarem providências eventualmente descabidas.

Lembre-se, outrossim, que, efetuada prisão em flagrante daquele que tem direito a prisão especial, nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal e do art. 242 do Código de Processo Penal Militar, “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” (art. 284 CPP).

Outrossim é *vedado* o emprego de *algemas* naqueles que têm direito à prisão especial, pois estipula o art. 234 do Código de Processo Penal Militar, cuja analogia leva à aplicação do mesmo dispositivo aos presos sujeitos à Justiça Comum:

§ 1º – O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso,



e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

A Súmula Vinculante 11 do Colendo Supremo Tribunal Federal, veio pôr pedra de cal sobre excessos abusivos anteriores.

Isso significa que magistrados e membros do Ministério Público não podem ser algemados se presos em flagrante, anotando-se, como decorrência, que também não podem ser conduzidos no guarda-presos de viatura policial.

Anota José Frederico Marques que:

A prisão em flagrante é uma restrição à liberdade individual, de natureza administrativa, a qual, embora permitida pela Constituição, possui caráter excepcional, pois amplia o poder estatal de supremacia, em detrimento do direito de locomoção, sem as formalidades processuais de prévio controle jurisdicional. Em tal conjuntura, as normas formais impostas à autoridade administrativa são indeclináveis: trata-se de requisitos ad solemnitatem, cuja razão de ser se encontra na excepcionalidade do poder conferido à referida autoridade. [\[1\]](#)

A Constituição Federal de 1988 tornou a prisão monopólio do Poder Judiciário, acabando com a possibilidade de autoridades administrativas decretarem prisões, como o faziam o ministro da Justiça e o ministro da Fazenda no derogado Capítulo sobre Prisão Administrativa previsto nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Assim prevê o art. 5º da Carta Magna em seu inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por *ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Como se vê, as Constituições anteriores do Brasil mencionavam sempre que a prisão se daria por ordem escrita de *autoridade competente* (art. 113, inciso XXI, da Constituição de 1934; art. 122, inciso II da Constituição de 1937; art. 141, § 20º, da Constituição de 1946; art. 150, § 12º, da Constituição de 1967; art. 153, § 12º, da Constituição de 1967, alterada pela Emenda nº 1 de 1969).

Já a Constituição Federal de 1988 restringiu a ordem de prisão como aquela emanada apenas da *autoridade judiciária competente*.

Excepcionou, como as demais, a prisão decorrente do flagrante, mantendo tradição desde a antiguidade, onde a autoridade administrativa, face à urgência lavra o auto e remete imediatamente cópia à autoridade judiciária e Ministério Público para aferição da legalidade do ato que gera constrição de liberdade.

Não remanesce dúvida, a nosso ver, da competência do presidente do Tribunal para lavratura de auto de prisão em flagrante contra magistrado, nem nos parece ilógico que o procurador-geral de Justiça lavre auto de prisão em flagrante contra membro do Ministério Público.

Hoje, o Ministério Público conta com secretaria e oficiais de Promotoria que podem servir do escrivão *ad hoc* “*ex vi*”



do art. 305 do CPP. Como só o procurador-geral de Justiça está legitimado a apurar o ilícito “ratione personae”, está ele plenamente legitimado para a lavratura do auto de prisão em flagrante, que é, como dito, forma de início de investigação. Trata-se de substituição “ad procedimentum”, por determinação legal, da figura do delegado de Polícia.

E substituto legal “é aquele que está na obrigação de colocar-se em lugar de um outro, na sua falta, ou nos seus impedimentos, por determinação ou por indicação de lei” [2]

Ensina José Frederico Marques que:

Entendem alguns que os casos de competência originária dos tribunais superiores para o processo e julgamento de determinadas pessoas constituem exceções de direito estrito, através do texto constitucional...

É errôneo tal entendimento, porque a competência “ratione personae” dos Tribunais Superiores não constitui “foro privilegiado”, nem se regula pelos preceitos pertinentes aos juízos especiais. Não mais existe foro privilegiado, como o disse o Desembargador Márcio Munhoz, e sim competência destinada a “melhor amparar o exercício de certas funções públicas...

“Não se trata de privilégio de foro, porque a competência, no caso, não se estabelece ‘por amor dos indivíduos’. E sim em razão do caráter, cargos ou funções que eles exercem”, como ensinava J. A. Pimenta Bueno.

No Processo Penal, o que se ensina é que, em lugar de privilégio, o que se contém nessa competência “ratione personae” constitui sobretudo uma garantia. Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Prof. Beza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, “longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de Justiça. É o que também ensina Alcalá-Zamora, para quem não se cuida, na espécie, “de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a um só tempo o acusado e a Justiça” e ainda para evitar “por esse meio a subversão resultante de que os inferiores julgassem seus superiores.

Se a competência originária dos tribunais superiores é antes garantia que privilégio, nada impede que as lacunas ou omissões sobre o assunto sejam cobertas pela analogia ou pelos princípios gerais de direito. [3]

Por fim, é de se lembrar a lição de Alcalá-Zamora:

Quando essas leis ou esses julgamentos se instauram, não em atenção à pessoa em si (como no caso dos fóros pessoais – rectius, profissionais – como o militar ou o eclesiástico), e sim ao cargo ou função que desempenhe, podem satisfazer uma dupla finalidade de justiça: por aos julgandos amparados pelo privilégio a coberto de perseguições deduzidas rapidamente ou impulsionadas por móveis bastardos, e, a segunda, rodear de especiais garantias seu julgamento, para protegê-lo contra essas pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre órgãos jurisdicionais ordinários. [4]

Complementa Frederico Marques: “como fez ver o Desembargador Márcio Munhoz, num desses



acórdãos, a competência “ratione personae” é absoluta, e por isso não pode ficar à mercê nem do réu, nem de qualquer outra pessoa ou órgão do poder público” [\[5\]](#)

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no seu Regimento Interno que entrou em vigor em 1º de novembro de 2009 assim deliberou sobre a matéria:

Seção VI

Da Prisão e Investigação Criminal contra Magistrado

Art. 90. O juiz somente poderá ser preso nas hipóteses previstas no Estatuto da Magistratura ou Lei Orgânica (art. 33, II, da Lei Complementar 35, de 14.3.79).

Art. 91. O recolhimento e a condução do magistrado detido serão definidos pelo Presidente do Tribunal.

Art. 92. O Presidente do Tribunal de Justiça ou, na impossibilidade, o Vice-Presidente, será comunicado, imediatamente, da prisão, conduzindo-se o detido, ato contínuo e obrigatoriamente, à sua presença ou de desembargador do Órgão Especial designado especialmente, para a lavratura do flagrante.

§ 1º Lavrado o flagrante, o Presidente do Tribunal mandará recolher o magistrado em cela especial do estado-maior da Polícia Militar do Estado e convocará o Órgão Especial, no prazo máximo de 48 horas, remetendo a cada desembargador cópia do auto de prisão em flagrante.

§ 2º O Órgão Especial deliberará sobre a subsistência da prisão e o local onde deverá permanecer o detido, expedindo, se for o caso e incontinenti, alvará de soltura.

§ 3º Quando, no curso de qualquer investigação, houver indício da prática de crime por magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os autos, de imediato, ao Tribunal de Justiça, para prosseguimento da investigação e realização das diligências necessárias.

§ 4º O relator poderá requisitar o concurso da autoridade policial, para, sob sua direta fiscalização, auxiliar nas investigações, dependendo a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou de dados eletrônicos de autorização do Órgão Especial.

Art. 93. O magistrado não será levado a repartição policial, cabendo à Presidência do Tribunal de Justiça tornar disponível meio de contato imediato, comunicando às autoridades competentes, especialmente para o fim do artigo precedente.

Parágrafo único. No caso de prisão civil do magistrado, o mandado será encaminhado ao Presidente do Tribunal, que providenciará o cumprimento, dando ciência ao Órgão Especial.



Art. 94. No caso de transgressão às disposições desta Seção, por parte da autoridade policial ou de seus agentes, o Presidente do Tribunal de Justiça tomará as providências devidas para responsabilização disciplinar e criminal.

Como se vê, houve expressa distribuição interna de competência para estabelecer que eventual prisão de magistrado por crime inafiançável deve ser de imediato comunicada ao desembargador presidente do Tribunal de Justiça, ainda que ocorrida em outro estado da Federação. Este, entendendo haver crime e ser caso de lavratura do auto de prisão em flagrante delito, é que determinará a condução do magistrado à sua presença para as providências legais. No seu impedimento ocasional, a apresentação será feita ao vice-presidente da Corte ou desembargador do Órgão Especial sorteado que lavrará o auto.

Ficou expressamente vedada a condução do magistrado preso à Delegacia de Polícia posto que o delegado de Polícia, se não pode investigar ou lavrar o auto, não pode requisitar diligências ou perícias, que serão determinadas, se for o caso, pelo presidente do Tribunal ou quem suas vezes fizer.

Caso haja transgressão às disposições elencadas no presente Regimento, o presidente do Tribunal tomará providências cabíveis para a responsabilização das autoridades policiais e seus agentes que assim tenham agido.

Com relação aos membros do Ministério Público, por analogia, o mesmo se aplica com comunicação da prisão ao procurador-geral de Justiça, que determinará a apresentação do preso, se entender que é o caso, para lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

A prisão-captura em crimes inafiançáveis, como se disse, pode ser feita pela autoridade policial e seus agentes, ou por qualquer do povo (flagrante facultativo), mas a lavratura do auto de prisão em flagrante não pode ocorrer pela autoridade policial, face à expressa vedação legal.

[1] MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 193.

[2] De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, vol. IV, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pág. 1491.

[3] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. I, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, págs. 206/208.

[4] NICETO, Alcalà-Zamora y Castillo; HIJO, Ricardo Lavene. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, pág. 222.

[5] MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, pág. 230.

Date Created

02/05/2010