

Registro: 2021.0000517901

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/notícia de Crime nº 2055928-67.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado MARCELO OTAVIO CAMARGO RAMOS (PROMOTOR DE JUSTIÇA).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, ACOLHERAM A QUESTÃO DE ORDEM E DETERMINARAM A REMESSA DOS AUTOS AO RELATOR. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. DAMIÃO COGAN. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. TORRES DE CARVALHO (COM DECLARAÇÃO) E MÁRCIO BÁRTOLI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN, vencedor, TORRES DE CARVALHO, vencido, LUIZ ANTONIO DE GODOY, CAMPOS MELLO, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS E COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

Damião Cogan
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 46292 - DIGITAL

ÓRGÃO ESPECIAL

**REPRESENTAÇÃO CRIMINAL - QUESTÃO DE ORDEM Nº
2055928-67.2021.8.26.0000 - FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO PARA MAGISTRADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
REPRESENTADO: MARCELO OTÁVIO CAMARGO RAMOS**

QUESTÃO DE ORDEM – Foro Especial por Prerrogativa de Função para Magistrados e Membros do Ministério Público – Interpretação dos C. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que não afastaram o foro especial em casos de carreiras vitalícias, inclusive para delitos praticados fora da função. Competência do Tribunal de Justiça de São Paulo em caso de Membro do Ministério Público que praticou delito culposo. Não cabimento de remessa ao Juizado Especial Criminal. Conciliação levada à efeito no NECRIM, Núcleo Especial Criminal da Polícia Judiciária, que não tem competência jurisdicional, posto que prevista a conciliação na Lei nº 9099/95, presidida por Juiz de Direito. Determinação de que se proceda à audiência de conciliação neste E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça, competente para conhecer de ilícitos praticados por Membros do Ministério Público e Magistrados.

Com a devida vênia do E. Relator sorteado, ousou discordar do entendimento de Sua Excelência, no sentido de que o foro especial por prerrogativa de função foi abolido para os membros do Ministério Público em razão de decisão tomada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no voto dado pelo Ministro ROBERTO BARROSO na Questão de Ordem levantada na Ação Penal 937 do Rio de Janeiro em 03 de maio de 2018, que foi levada ao Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, bem como na Questão de Ordem no Inquérito 4.703 do Distrito Federal, em que foi Relator o E. Ministro LUIZ FUX na Primeira

Turma daquela Corte.

No caso presente estamos frente a um pedido da Douta Procuradoria Geral de Justiça que, em caso de delito culposo de trânsito, em que é autor da infração Promotor de Justiça de Primeiro Grau, foi postulado pela chefia do Ministério Público, através dos órgãos que oficiam nos crimes de competência originária, que se designasse audiência para oitiva e elaboração de eventual composição por parte do Doutor Marcelo Otávio Camargo Ramos, digno Promotor de Justiça.

Ocorre que referido membro do Ministério Público houvera causado lesões leves em vítima idosa quando passou com seu veículo Toyota SW4 na via e a ofendida caminhava na pista ao lado da calçada, culminando por atingi-la levemente com o veículo. Solicitou comparecimento de socorro para a ofendida.

Foi elaborado Boletim de Ocorrência pela Polícia Militar e o mesmo trás como anotação que o autor da infração é “FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL”, não fazendo qualquer menção ao seu cargo de Promotor de Justiça.

Foi elaborado após comunicação à Delegacia de Polícia que o autor da infração estaria envolvido no evento e constou como profissão “ADVOGADO”, embora não estivesse presente ao plantão.

Em seguida foi feita audiência em “TERMO DE COMPOSIÇÃO PRELIMINAR” com base no Decreto Estadual n. 61.974 de 17 de maio de 2016 que criou os NECRIMs, ou seja, NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS da Polícia Civil, que devem existir especialmente em “cada Delegacia Seccional de Polícia”, nos termos do art. 1º, §2º n. 1.

Ocorre que o art. 2º da referido Decreto Estadual estabelece que são atribuições básicas dos Núcleos Especiais Criminais – NECRIMs:

*“1 – receber os procedimentos de polícia judiciária de autoria conhecida, boletins de ocorrência ou **termos circunstanciados**, referentes às infrações penais de menor potencial ofensivo de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, para **instrução e realização de audiência de composição, por meio de***

mediação ou conciliação entre autores e ofendidos.

II - encaminhar ao Poder Judiciário o termo circunstanciado elaborado, após a realização da audiência de composição e a formalização do Termo de Composição de Polícia Judiciária - TCPJ, que instruirá aquele, independentemente de consenso entre autor e ofendido, bem como nas hipóteses em que tenha se verificado a retratação da vítima quanto ao direito de representação ou de requerimento.”

Foi realizada a audiência de composição pelo Delegado de Polícia do NECRIM onde o Dr. Marcelo Otávio Camargo Ramos, que não constou a tempo algum como Promotor de Justiça, fez proposta de composição afirmando que daria à idosa ofendida mais R\$400,00 além dos R\$400,00 que houvera dado, o que foi pela mesma aceita.

O **Dr. Delegado conciliador** elaborou o termo de composição e o remeteu ao depois ao Dr. Delegado Seccional que, ao verificar que se tratava de Promotor de Justiça de Presidente Prudente, possivelmente conhecido, encaminhou os documentos à Douta Procuradoria Geral de Justiça.

O Exmo. Procurador de Justiça que oficia em termos originários, Dr. Mário Antonio de Campos Tebet requereu então a designação de audiência para ratificação da composição, uma vez que o autor da infração goza de foro especial por prerrogativa de função.

O E. Relator Sorteado entendeu que por se tratar de membro do Ministério Público e levando em conta o julgamento da Questão de Ordem da Ação Penal 937/RJ pelo **Plenário** do C. Supremo Tribunal Federal e a Questão de Ordem do Inquérito 4.703/DF, julgada pela **Primeira Turma** do C. Supremo Tribunal Federal, todos os fatos que não dizem respeito a crimes praticados no exercício da função pública devem ser julgados pelo Juízo de primeiro grau.

Ouso, com a devida vênia, discordar dessa assertiva.

No caso da questão de ordem na Ação Penal 937/RJ o delito tratado refere-se à captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), onde o acusado, em eleições municipais de 2008 teria angariado votos para se eleger Prefeito de Cabo Frio mediante a entrega de numerário e

bens alimentícios aos eleitores.

Não se trata de feito envolvendo Magistrado ou membro de Ministério Público.

Na Ação Penal julgada pela Primeira Turma, e não pelo Plenário, não se podendo dizer que seria interpretação majoritária da Corte, trata de denúncia oferecida contra Governador do Mato Grosso à época que teria praticado crime de corrupção ativa em 2009, e que, oferecida a denúncia, já não mais era Governador, exercendo, no momento da oferta de denúncia e fixação do foro, o cargo de Ministro de Estado, sendo Senador licenciado.

O corréu estaria denunciado por ter sido beneficiado com a aquisição ilícita, mediante corrupção ativa, de cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, sendo que, quando praticou o delito, era Deputado Estadual, não mais o sendo quando da oferta da denúncia.

Nesse último julgado se procurou verificar a situação atual dos praticantes do ilícito, tendo entendido o E. Relator que o feito deveria baixar ao primeiro grau da Justiça Estadual uma vez que os delitos praticados o foram quando do exercício de cargos que atualmente não mais ocupavam e, portanto, não teriam foro especial no Supremo Tribunal Federal.

Nesses dois precedentes, como se pode verificar, a tempo algum se discutiu a situação específica de Magistrados e Membros do Ministério Público por delitos praticados fora do exercício da função ou em razão dela.

O foro especial por prerrogativa de função anota ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO existe por amor aos cargos e não às pessoas.

Visa proteger o cargo eletivo ou de efetivo exercício por autoridade pública, afastando do julgamento o Ministério Público e o Juízo de primeiro grau, levando o julgamento do feito para um Juízo colegiado de um tribunal superior, longe das influências locais que pudessem dificultar a apuração do fato ou criar algum constrangimento a algumas pessoas que participam do ato judiciário.

Anote-se que nenhum dos precedentes invocados foi unânime, anotando-se que no último de Relatoria do E. Ministro LUIZ FUX ficou vencido o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, que mantinha a competência para o C. Superior Tribunal de Justiça.

Importante a discussão do feito.

Anota o Ministro ALEXANDRE DE MORAES:

*“O que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso - **obviamente, sem a possibilidade de uma evolução em outros casos e uma análise diferenciada** -, fixou, naquele momento, alterando seu posicionamento anterior, **FOI EM RELAÇÃO A MANDATOS PARLAMENTARES**. Houve uma ampla discussão no Plenário, se nós estaríamos analisando o art. 102, I, letra "b", como um todo, para todas as competências do Supremo Tribunal Federal, todas as competências originárias do Supremo Tribunal Federal, ou para mandatos. No meu voto, salientei que haveria a necessidade de uma análise diferenciada: se tratasse de mandatos ou se tratasse de cargos efetivos vitalícios. **Não que pudesse até chegar à mesma conclusão, mas não se tratava, naquele recurso extraordinário, essa análise, PRINCIPALMENTE EM RELAÇÃO A CARGOS ONDE HÁ UMA HIERARQUIA JUDICIÁRIA, COMO O JUDICIÁRIO, MINISTÉRIO PÚBLICO, NÓS NÃO ADENTRAMOS ESSA ANÁLISE.***

Eu me recordo - e o Ministro Luís Roberto Barroso me corrija se eu estiver errado - que solicitei um esclarecimento no retorno do julgamento e, em virtude do esclarecimento, nem adiantei a questão de cargos vitalícios, se se aplicaria, ou não, a nova regra. Por que digo isso? Porque aqui há, numa das hipóteses, um cargo de conselheiro do Tribunal de Contas que, nos termos dos arts. 73 e 75 da Constituição tem as mesmas prerrogativas do Poder Judiciário. Então, entendo que haveria a necessidade de se analisar se vamos ou não estender a nova regra do foro aos conselheiros e, conseqüentemente, também aos magistrados, porque a regra constitucional é a mesma.

Em relação a isso, entendo que o objeto tratado não foi definido

pelo Supremo. Conseqüentemente, até me sentiria mais à vontade que o Plenário deliberasse sobre essa extensão.”

Ainda anote-se a explicação do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO:

*“Presidente, só para fazer um comentário. **Vossa Excelência tem toda razão que, na decisão do Plenário, nós nos pronunciamos APENAS SOBRE A QUESTÃO DOS PARLAMENTARES**, ficou subentendido, ou talvez explicitado por mim mesmo, que as outras hipóteses seriam apreciadas na medida em que surgissem. Como surgiu esta hipótese aqui, eu já estou me pronunciado no sentido de que, no caso de Conselheiro do Tribunal de Contas, se aplica a mesma lógica: fatos praticados no cargo e em razão do cargo. **Quando chegar a juiz, acho que teremos de nos pronunciar sobre essa questão. EM RELAÇÃO AOS JUÍZES, SÓ PARA ADIANTAR, EU SÓ TENHO UMA PREOCUPAÇÃO, QUE É UMA SITUAÇÃO ESPECÍFICA EM QUE JUIZ DE PRIMEIRO GRAU VENHA A JULGAR DESEMBARGADOR, PELA ÚNICA RAZÃO DE QUE O DESEMBARGADOR VOTA NA PROMOÇÃO DOS JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU.** Não estou me comprometendo com a tese, mas esta é uma situação que merece alguma reflexão. No caso de Conselheiro, eu não teria dúvida em aplicar a lógica do que decidimos em Plenário.”*

O E. Superior Tribunal de Justiça na Questão de Ordem no Inquérito n. 1.175-DF (2013.0202400-4), em que foi Relator perante a Corte Especial o E. Ministro FELIX FICHER, assim se manifestou:

“30. Ocorre que na sessão de julgamento de 20/06/2018, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça finalizou o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 857, além dos

Agravos Regimentais na Ação Penal 866, firmando o entendimento de que a ratio decidendi no julgamento da QO na AP 937 se impunha, em simetria, na interpretação quanto à prerrogativa de foro que a Constituição (art. 105, I, "a") confere aos Conselheiros de Tribunais de Contas e aos Governadores, sem, contudo, concluir qual seria a extensão da norma em face de Membros do Poder Judiciário.

31. Sobre o tema, inclusive, tive a oportunidade de me manifestar na QO na APn 857, in verbis:

“Cumpre ressaltar, no entanto, que o entendimento ora estabelecido se restringe ao caso concreto, incapaz de espraiar efeitos automáticos para outras hipóteses, tais como membros de carreiras ligadas à atividade judicante (v.g. Ministério Público, Magistratura), em que o foro por prerrogativa não visa unicamente resguardar a função daquele que, porventura, venha a ser julgado, mas também a autonomia e independência da própria unidade sentenciante, evitando-se nefastas interferências de autoridade mais graduada sobre os mais novos. Isto tudo, sem contar outros aspectos negativos.

Tal raciocínio, inclusive, pode ser transportado, com a devida ponderação, da Lei n. 8.112/90, que disciplina que a competência para julgar o processo administrativo disciplinar, e impor penalidade, resulta da ascendência hierárquica da autoridade julgadora sobre o acusado, fundada no princípio da hierarquia, como meio de proteger o processante de represálias advindas de sua atividade disciplinar”.

32. No mesmo sentido, ponderou o em. Ministro Benedito Gonçalves no julgamento da APn 878/DF, bem como a em. Ministra Nancy Andrichi, quando do julgamento do INq 1188/DF, em que bem demonstra, nesse último caso, a **teologia do foro por prerrogativa de função dos**

Magistrados, destacando que:

“Realmente, ainda que todos os magistrados, independentemente do grau de jurisdição, desfrutem das mesmas garantias destinadas a assegurar a independência e a imparcialidade – principalmente a vitaliciedade e inamovibilidade, essa estrutura hierarquizada pode prejudicar o ofício de aplicação do direito justo às hipóteses concretas.

*Quanto aos magistrados, a doutrina e a jurisprudência ressaltavam – mesmo antes da atual orientação restritiva – **que a hierarquia administrativa e política existente no Poder Judiciário era o fator preponderante para que as infrações penais a eles imputadas fossem julgadas por um órgão de maior grau na estrutura orgânica jurisdicional.***

Assim, como afirmado pelo e. Ministro Ayres Britto, “a prerrogativa visa, no caso dos magistrados, a desembaraçá-los o exercício das competências judicantes, fazendo com que o magistrado atue, no ofício judicante, de modo independente, desembaraçado, altivo, dando satisfações apenas a sua própria consciência” (STF, RE 549560, Tribunal Pleno, repercussão geral – mérito, DJe 29/05/2014).

***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 inferiores julgassem seus superiores”** (In: DELGADO, José Augusto. O Foro por prerrogativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte II. L&C: Revista de Direito e Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 7, n. 70, p. 29-44, abr. 2004, sem destaque no original).*

Ademais, a competência do órgão jurisdicional superior para o julgamento de membros de menor graduação se justifica pela “inconveniência de se permitir o julgamento

de um membro do Judiciário por seus próprios pares”
(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 13ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 229).

Assim, o foro por prerrogativa de função dos magistrados, definido no órgão jurisdicional imediatamente superior, se justifica pela necessidade de se impedir interferências políticas e administrativas da estrutura hierárquica do Poder Judiciário não só no exame do processo penal, mas nos julgamentos em geral, garantindo o bom exercício do cargo pelo ocupante de referida função pública pela certeza de que será julgado, na hipótese de ser acusado da prática de crime, com completa imparcialidade”.

33. Ao que se pode extrair, nesse panorama, é que em termos de interpretação teleológica, a prerrogativa de foro dos magistrados se distingue, portanto, daquela relativa aos demais poderes constituídos (mormente em relação à premissa firmada pela C. Corte Suprema, e por esta Corte de Justiça, quando correlaciona o ato praticado ao exercício da atividade funcional), pelo fato da possibilidade de se revolver a estrutura axiológica do dever de julgar, o qual deverá ser livre, como dito, de fatores extraprocessuais, políticos e/ou administrativos.

34. Não seria inoportuno trazer à baila o que dispõe o art. 35, VIII, da Lei Complementar 35/79 (LOMAN), quando expressa que dentre os deveres do Magistrado, está aquele de manter irrepreensível sua conduta, seja na vida pública ou particular, além dos diversos arts. insertos no Código de Ética da Magistratura Nacional, dentre eles o art. 16, que ressalta que o Magistrado deve se comportar na "vida privada de modo a dignificar a função, cômico de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral".

35. Na mesma esteira, faz-se importante consignar que expõe o

art. 116, IX, da Lei 8112/90, que é dever do servidor manter a conduta compatível com a moralidade administrativa, bem como a Lei Complementar 35/93, em que consigna no art. 236, X, que os membros do Ministério Público deverão guardar decoro pessoal.

36. Ora, não há como se exigir que o Magistrado, ou qualquer outra classe de servidores, seja considerado como tal, no exercício do cargo ou no desenrolar de sua vida privada, sendo passível até mesmo de punição nos casos da efetivação de atitudes que vulnerarem o decoro pessoal, e, ao mesmo tempo, se estabeleça, sem qualquer parâmetro normativo de distinção, quais os atos que permanecerão a serem julgados pela hierarquia de foro e quais serão remetidos à justiça de primeiro grau.”

Acaba por “RECONHECER A COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, para a supervisão das investigações, nos moldes em que preconiza o art. 105, I, a, da Constituição Federal de 1988”.

O C. Superior Tribunal de Justiça na Questão de Ordem na Ação Penal n. 878-DF (2016-0154695-0), em que foi Relator perante a Corte Especial o E. Ministro BENEDITO GONÇALVES, também reconheceu a competência daquela Corte para julgamento de Desembargador acusado da prática de lesões corporais dolosas leves.

Assim se manifestou:

“PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA CRIMINAL ORIGINÁRIA DO STJ. ART. 105, I, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. QO NA AP 937/STF. QO NA APN 857/STJ. AGRG NA APN 866/STJ. DESEMBARGADOR. CRIME SEM RELAÇÃO COM O CARGO. VINCULAÇÃO FUNCIONAL. PRERROGATIVA DE FORO. FINALIDADE DA NORMA. EXERCÍCIO

INDEPENDENTE DAS FUNÇÕES PELA AUTORIDADE DETENTORA DE FORO. **IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CREDIBILIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO STJ.**

1. Hipóteses em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná responde pela prática, em tese, de delito de lesão corporal ocorrido em Curitiba-PR.

2. O crime que é imputado ao réu não tem relação com o exercício do cargo de Desembargador, de modo que, a princípio, aplicando-se o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937, não teria o réu foro no Superior Tribunal de Justiça.

3. A interpretação do alcance das hipóteses de prerrogativa de foro previstas na Constituição da República, não obstante, responde não apenas à necessidade de que aquele que goza da prerrogativa tenha condições de exercer com liberdade e independência as funções inerentes ao cargo público que lhe confere a prerrogativa.

4. Para, além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial.

5. A necessidade de que o julgador possa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana. **6. Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses**

em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal.”

O julgamento contou com três votos divergentes apenas, dos 15 que compõem a Corte Especial, estando ausente o E. Ministro FRANCISCO FALCÃO.

Como se verifica dos acórdãos trazidos do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça verifica-se que no primeiro o acórdão do Plenário proferido pelo E. Ministro ROBERTO BARROSO analisou situação exclusiva que diz respeito a parlamentares e no segundo voto que foi proferido na Primeira Turma da Corte e não foi unânime, analisou-se situação de Governador que teria praticado o delito quando estava no cargo e de Deputado Estadual que também teria praticado crime no cargo, mas já passado anos, quando a denúncia foi ofertada já não ocupavam esses cargos onde haviam praticado referido delito.

A discussão se cingiu à ausência de competência do C. Supremo Tribunal Federal.

Não se discutiu a tempo algum se para membros de cargos efetivos e vitalícios, como Magistratura e Ministério Público, o foro por prerrogativa de função sofreria redução somente para ser reconhecido nos casos em que o delito fosse praticado no exercício desses cargos.

Como bem se vê na discussão entre o E. Ministro BARROSO e o E. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, na Questão de Ordem do Inquérito n. 4703-DF, Relator Ministro LUIZ FUX, ficou claramente assente que a discussão do voto paradigma elaborado pelo Ministro BARROSO não abordou a questão do foro especial por crime praticado fora da função por Magistrados e Membros do Ministério Público, insistindo o Ministro ALEXANDRE DE MORAES que isso não havia sido discutido na Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ, Relator Ministro BARROSO, o que foi pelo mesmo confirmado.

Então o que temos é que a matéria não esta deliberada pelo C. Supremo Tribunal Federal com relação à Magistrados e Membros do Ministério Público.

Da mesma forma a matéria deliberada pela Corte Especial nas Questões de Ordem 878-DF, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, STJ, bem como na Questão de Ordem n. 1175-DF, Relator Ministro FÉLIX FICHER também não se afastou a competência do foro especial por prerrogativa de função quando se tratar de delito praticado ainda que fora da função por membro da Magistratura ou do Ministério Público.

E aqui cabe anotar que se tratam de agentes políticos sujeitos a Leis Complementares à Constituição Federal que trazem garantias funcionais e prerrogativas.

Entre as prerrogativas previstas no art. 33 da Lei Complementar 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional menciona-se:

“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;”

O art. 95 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo regulamentou referido art. ao estabelecer que:

“Art. 95. 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 quarenta e oito horas, remetendo a cada

desembargador cópia do auto de prisão em flagrante.”

O referido texto da Lei Complementar também menciona no art. 33, parágrafo único:

*“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.**”*

O art. 97, do Regimento Interno estabelece que:

“Art. 97. 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 a responsabilização disciplinar e criminal.”

Com relação aos membros do Ministério Público a situação é idêntica, anotando-se que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.265/93 determina no art. 40:

“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;”

Complementa ainda o art. 41 que:

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

[...]

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

[...]

*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.**”*

A Lei Complementar à Constituição Paulista nº 734/93 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:

XVIII - não ser indiciado em inquérito policial, observado o

disposto no art. 222 desta Lei Complementar.

Como se vê diversamente do que o E. Relator anotou, não pode existir tratamento diverso no caso de prática de crime pelos agentes ocupantes de cargos superiores da Magistratura Estadual ou Federal (Desembargadores) e de ocupantes de cargos superiores do Ministério Público Estadual (Procuradores de Justiça) e Federal (Sub-Procuradores da República), mesmo porque em caso de Ação Penal não funciona exclusivamente o judiciário posto que vige o princípio **NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO**. Há necessidade do órgão da ação promovê-la, e só após o ajuizamento de ação penal é que o judiciário será chamado a julgá-la, mesmo no caso de ação penal privada onde o Ministério Público é *custos legis*, mas mantém inclusive poder de recorrer.

Dessa forma tudo que se viu nos arestos trazidos aos autos mantém o foro especial por prerrogativa de função para Membros do Ministério Público e da Magistratura, ainda que por delitos ocorridos fora do campo funcional.

É fácil explicar este entendimento, uma vez que ambas as carreiras são hierarquizadas e haveria um constrangimento em um Ministro do Supremo Tribunal Federal estar *sub judice* em Vara de Primeiro Grau em início de carreira, onde atuam um Magistrado de entrância inicial e um Promotor de Justiça da mesma entrância.

Para evitar constrangimentos é que se mantém o foro nessas hipóteses para o julgamento por autoridade judiciária superior.

Como bem mencionou o Ministro ALEXANDRE DE MORAES e também o Ministro FELIX FICHER há uma inconveniência de julgamento em seara criminal pelos próprios pares do acusado, razão porque a Constituição Federal de 1988 colocou que julgamentos que antes eram realizados no Plenário desta Corte envolvendo matéria Criminal e Desembargadores fossem deslocados para o Superior Tribunal de Justiça.

Tudo isso leva em conta também que um Magistrado e um Promotor de Justiça têm restrições na sua vida privada em razão da própria função que exercem e essas restrições e exigências visam dignificar a função e os tornam diferentes de pessoas que exercem outros misteres.

O julgamento pelo Primeiro Grau de jurisdição pode trazer

consequências danosas ao próprio ofício judicante levando-se em conta eventuais influências negativas ou constrangimentos que possam sofrer os magistrados e promotores neófitos quando julgarem membros das suas carreiras que já ocupam os últimos graus da hierarquia e que por certo irão votar nas promoções que vierem a se inscrever.

Não se pode esquecer que dentre as autoridades que têm foro especial por prerrogativa de função, a Magistratura e o Ministério Público são as únicas carreiras que têm designação expressa nas suas Leis Orgânicas, que são Complementares à Constituição Federal, de órgãos internos específicos para proceder à apuração de eventuais ilícitos atribuídos a integrantes dessas carreiras.

Em caso de flagrante delito, a lavratura do auto de prisão em flagrante não pode ser presidida por Delegado de Polícia, mas deve ser lavrado o auto, nos termos do art. 95, do RITJSP, pelo Presidente do Tribunal de Justiça, na sua ausência pelo Vice-Presidente ou Desembargador do Órgão Especial designado por sorteio para presidi-lo.

No caso de Membro do Ministério Público, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.265/93, determina no seu art. 40, inciso III, que em caso de prisão por crime inafiançável, deverá o Membro do Ministério Público ser apresentado no prazo máximo de 24 horas ao Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça.

Referida determinação se encontra reiterada na Lei Complementar à Constituição Paulista nº 734/93, que estipula no art. 224, inciso III, que o Membro do Ministério Público só pode ser preso em flagrante da prática de crime inafiançável, caso em que a autoridade, sob pena de responsabilidade, fará de imediato a comunicação e apresentação do Membro do Ministério Público ao Procurador Geral de Justiça, a quem caberá, evidentemente, lavrar o auto de prisão em flagrante.

Para ambas as carreiras, Magistratura e Ministério Público, as Leis Orgânicas trazem dispositivos, como o art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional que estabelece: “quando no curso de investigação houver indício da prática de crime por parte de 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.**” Na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público menciona o art. 41, parágrafo único: “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de Membro do Ministério Público, 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” (Lei nº 8.265/93).

Como se verifica há uma razão para as investigações, inclusive, não serem deferidas aos Delegados de Polícia Estaduais, uma vez que Magistrados exercem, juntamente com Membros do Ministério Público, a Corregedoria de Polícia Judiciária, onde somente no Estado de São Paulo, que tem sua origem e determinação de atividades no Regimento de Correições, Decreto nº 4786/1930, quando era interventor em São Paulo, o Coronel João Alberto Lins de Barros, indicado pelo então Presidente Getúlio Vargas.

No referido Regimento de Correições ficou atribuído ao Juiz de Direito, podendo ser auxiliado pelo Ministério Público, a fiscalização da Polícia Judiciária, dos Presídios e locais onde existissem presos, cabendo, ainda, instaurar “sindicância” para apuração de crimes por membros dos órgãos policiais, remetendo ao Ministério Público para propositura de ações penais (art. 2º, inciso IV e parágrafo único; art. 13; art. 24; art. 25; e art. 37).

Nos dias de hoje, face à Constituição Federal de 1988, estabeleceu o art. 129, que “são funções institucionais do Ministério Público: (...) VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da Lei Complementar mencionada no art. anterior”.

Como se verifica, o Juiz de Direito e o Ministério Público exercem fiscalização e apuração de ilícitos praticados por membros da Polícia Judiciária, sendo certo que na Justiça Militar Estadual existe uma Vara de Corregedoria da Polícia Judiciária Militar, também decorrente das determinações do Regimento de Correições de 1930.

Assim, também se cria um problema se a Polícia Judiciária não pode investigar membros da Magistratura e membros do Ministério Público, cabendo aos órgãos internos, definidos em Lei, cumprir tal função. Estranho seria então uma investigação levada a efeito pela própria Magistratura referente a seus

membros – alijada a Polícia Judiciária de agir *sponti própria* -, e a ação penal ser proposta perante o Juízo de Primeiro Grau e não no Tribunal superior ao Magistrado.

Mesma situação também ocorre com o Ministério Público, verificando-se que a questão é complexa e não pode ter a mesma solução dada a quem exerce cargo eletivo, já que se trata de carreira de Estado, vitalícia e com prerrogativas próprias.

Anota HÉLIO TORNAGHI que *“a competência por prerrogativa de função de que fala o Código de Processo Penal, não sugere o foro privilegiado. A Constituição Republicana de 1891, no §2º, do art. 72, aboliu os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, extinguiu as ordens honoríficas e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de Conselho. (...) E no §23, declarou peremptoriamente: 'não haverá foro privilegiado. Mas faça-se justiça ao Império, já a Constituição de 1821, no seu art. 179, XVII, consagrava proibição do foro privilegiado embora pela redação assim concebido: 'A exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízes particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais, nas causas cíveis ou crimes'.”*

*“Poderia parecer, diante do texto constitucional vigente que é vedada a competência por prerrogativa de função. Nada mais falso. O privilégio refere-se à pessoa; não assim a prerrogativa. Não há foro especial para Conde, Barão ou Duque; não existe acepção de pessoas; a lei não tem preferências nem predileções. Mas leva em conta a dignidade da função, a altitude do cargo. **Se a pessoa deixa de exercê-lo perde a prerrogativa que não é sua, mas da função**”* (Curso de Processo Penal, volume I, 4ª Ed., Saraiva, São Paulo, p. 126/127).

Anota FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO que *“há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas ou julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores da Instância mais elevada.*

Poderia parecer à primeira vista, que esse tratamento especial

conflitaria com o princípio de que todos são iguais perante a Lei, incerto no limiar do capítulo destinado aos direitos e garantias individuais (Magna Carta, art. 5º), e, ao mesmo tempo entraria em choque com aquele outro que proíbe o foro privilegiado.

Pondere-se, contudo, que tal tratamento especial não é dispensado à pessoa como acontecia com os foros especiais ou profissionais, como quer Alcalá-Zamora), mas sim ao cargo, a função. E tanto isso é exato que, cessada a função, desaparece o “privilégio”.

O que a Constituição veda e proíbe, como consequência do princípio de que todos são iguais perante a lei, é o foro privilegiado e não o foro especial em atenção à relevância, à majestade, à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe.

Se assim não fosse, a própria Constituição seria um 'mare magnum' de contradições e a primeira a macular o princípio da isonomia, uma vez que, enquanto proclama o princípio de que todos são iguais perante a lei, consagra foro privilegiado ('rectius': especial) para Presidente da República, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República etc.

*Razão assiste a Alcalá-Zamora ao ponderar que **esse foro especial, admitido em atenção ao cargo ou função que uma pessoa desempenha, não constitui um foro odioso, mas uma precaução elementar, para amparar a um só tempo o responsável e a justiça**, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia (sic) e 'rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios' (cf. Derecho, cit., v. 1, p. 222).*

O privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que uma prerrogativa envolve uma função.

Quando a Constituição proíbe o 'foro privilegiado', ela está vedando o privilégio em razão das características pessoais, atributos de nascimento ... Não é pelo fato de alguém ser filho ou neto de Barão que deva ser julgado por um Juízo especial, como acontece na Espanha, em que se leva em conta, muitas vezes, a posição social do agente. De fato a 'Ley de Enjuiciamiento Criminoso' concede foro especial aos 'príncipes de la familia real' (cf. Asenjo,

Derecho procesal penal, v. 1, p. 260). Entre nós privilégios apagam. Certo que algumas pessoas são julgadas por Tribunais Superiores, mas isso ocorre em virtude 'dignidade da função, da altitude do cargo, da prerrogativa que não é da pessoa, mas da função ou do cargo'.

Não se conceberia que o Presidente da República, o Chefe Supremo da Nação, que ocupa o mais alto cargo existente em nossa Pátria, caso viesse a cometer uma infração penal, fosse processado e julgado por um Juiz de Direito.

Não se conceberia que um Desembargador, por exemplo, pudesse ser processado e julgado por um Juiz de Direito. Primeiro, em face da subversão da hierarquia. O Desembargador faz parte de um órgão superior que reexamina as decisões dos Juízes de Direito, que toma parte ativa nas suas promoções e, enfim, integra um órgão que exerce fiscalização sobre a conduta dos Magistrados. Segundo, para preservar a própria justiça, evitando-se, assim, a possibilidade de o Juiz propender 'por su modesta jerarquia, um congraciarse con el superior'.

Esse foro especial, como bem disse Garraud, 'se legitima e se explica em face da necessidade de serem criadas garantias especiais de firmeza e de imparcialidade nos processos aos quais essas pessoas são expostas'.

Diga-se, por outro lado, que a competência originária se exerce em uma única instância. Não haverá recurso contra as decisões proferidas numa causa da competência originária por prerrogativa de função, salvante como hipóteses de recurso extraordinário, recurso especial, os casos excepcionais de denegação de habeas corpus e os recursos referidos no art. 102, II, b, da Magna Carta.

(...)

Entre nós, a competência pela prerrogativa da função tem assento na Constituição, nas leis ordinárias e da Organização Judiciária." (Processo Penal, 2º vol., 22ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2000, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 131/133).

Anote que a competência de foro por prerrogativa de função não é fato recente e já existia a longo tempo em países europeus como a

ESPANHA e PORTUGAL.

A **Lei Orgânica do Poder Judicial Espanhol** traz no art. 57 a competência da Câmara Criminal do Supremo Tribunal:

In verbis:

Art. 57.

1. A *Câmara Criminal do Supremo Tribunal* saberá:

1º *Dos recursos de cassação, revisão e outros extraordinários em matéria penal que a lei estabelecer.*

2º *Da investigação e instauração de processos contra o Presidente do Governo, Presidentes do Congresso e do Senado, Presidente do Supremo Tribunal e do Conselho Geral da Magistratura, Presidente do Tribunal Constitucional, Membros do Governo, Deputados e Senadores, Membros do Conselho Geral da Magistratura, Magistrados do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal, Presidente do Tribunal Nacional e de qualquer das suas Câmaras e dos Tribunais Superiores de Justiça, Procurador-Geral do Estado, Procuradores do Supremo Tribunal, Presidente e Conselheiros do Tribunal de Contas, Presidente e Conselheiros do Conselho de Estado e Ouvidoria, bem como as causas que, quando cabíveis, determinam o Estatuto de Autonomia.*

3º *Da investigação e instauração de processos contra Magistrados do Tribunal Nacional ou de um Superior Tribunal de Justiça.” (Lei Orgânica 6/1985, de 1º de julho, do Poder Judiciário).*

Em **Portugal** também se trouxe o foro especial por prerrogativa de função na **Constituição da República Portuguesa** nos arts. 130 e 196:

Art. 130º - Responsabilidade criminal

1. *Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal*

de Justiça.

2. A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

3. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição.

4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.”

Art. 196º - Efectivação da responsabilidade criminal dos membros do Governo

1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão cujo limite seja máximo superior a três anos e em flagrante delito.

2. Movido procedimento criminal contra algum membro do Governo, e acusado este definitivamente, a Assembleia da República decidirá se o membro do Governo deve ou não ser suspenso para o efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido no número anterior.” (Constituição da República Portuguesa, 5ª Ed., 2018, Edições Almedina, Coimbra, p. 51 e 71).

A **ARGENTINA** e **CHILE** trazem na Constituição, art. 53, da primeira e art. 48, da segunda, competência por prerrogativa de foro.

Não se trata, portanto, de invenção nacional, mas já existia nos países europeus de longa data, cuja orientação foi seguida por países de colonização espanhola.

Ensina NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO y RICARDO

LEVENE, que:

*“34. b) **Enjuiciamiento privilegiado de altas magistraturas y funcionarios.** A diferencia de inviolabilidad e inmunidad, que, mientras subsisten, cierran el paso a la jurisdicción, el régimen procesal instituído a favor de ciertas magistraturas y funcionarios, tan sólo condiciona su ejercicio. Puede parecer contrário al principio de igualdad ante la ley, consagrado por el art. 16 de la Constitución, la existencia de leyes (cfr. Cap. III, núm. 23) e de enjuiciamientos referibles a determinadas categorías de personas y no a la generalidad de los justiciables. Sin embargo, cuando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en sí (como en el caso de los fueros personale –rectius, profesionales -, cual el militar o el eclesiástico), sino al cargo o función que desempeñe, pueden satisfacer una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las pressiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios. **No se trata, pues, de un privilegio odioso, sino de una elemental precaución para amparar a un tiempo al justiciable y a la justicia:** si en manos de cualquiera estuviese llevar las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones; pero a la vez, se pueden suponer los peligros de encomendar el juicio de autoridades y funcionarios influyentes a jueces o tribunales que no estén en condiciones de soportar las pressiones que de aquéllos procedan o que, aun pudiéndolas resistir, propendan*

por su modesta jerarquía, a congraciarse con el poderoso, riesgo este segundo que acaso sea más de temer, sobre todo en países de independencia judicial nominal y con amplio margen para el favoritismo en su organización de la justicia. Finalmente, en los supuestos de responsabilidad contraída por altos funcionarios judiciales, se evita por tal medio la subversión resultante de que los inferiores juzgasen a los superiores (por ejemplo: un Juez del Crimen, al Presidente de la Suprema Corte).” (Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945, p. 222/223).

RUI BARBOSA já dizia *“igualdade é tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam”*.

Num segundo momento vale anotar que o Decreto Estadual que criou o NECRIM estabeleceu que o Delegado de Polícia, que pode ser o mesmo que atendeu a ocorrência, pode promover uma audiência de conciliação, como se juiz fosse.

A Lei 9.099/95 menciona em seu art. 60 e seguintes disposições a respeito dos Juizados Especiais Criminais mencionando:

*“Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido **por juízes togados ou togados e leigos**, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”*

Anote-se que especificamente que o art. 69 menciona:

*“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e **o encaminhará imediatamente ao Juizado**, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.”*

Não se previu a qualquer tempo a atuação do Delegado de Polícia, que tem como função nos casos de infração de pequeno potencial ofensivo elaborar o termo circunstanciado, que é forma de investigação criminal singela, feita à guisa do inquérito policial, que pudesse presidir qualquer audiência de conciliação, havendo uma incoerência instrumental e temática sobre a atuação policial.

À autoridade policial é vedado instaurar inquérito contra Magistrados e Membros do Ministério Público, não podendo elaborar, também, termos circunstanciados que são atos de investigação sumária.

Portanto, o Dr. Promotor de Justiça ora autor da infração compareceu indevidamente perante a autoridade com poderes inexistentes para a realização da audiência de conciliação, que é privativa do Juiz de Direito e não pode ser delegada.

A meu ver, a referida lei que estabeleceu que os NECRIMs podem realizar conciliações de partes envolvidas em infrações de menor potencial ofensivo é **absolutamente inconstitucional** uma vez que a Lei 9099/95 é Lei Federal e só poderia ser alterada por outra Lei Federal e não por mero Decreto Estadual atribuindo funções usurpadas do Poder Judiciário.

Fica anotado que referido Decreto n. 61974/2016 do Governo do Estado de São Paulo está a responder ADI n. 6251/SP tendo sido remetida ao Plenário do STF para análise do mérito.

Não há portanto, a meu ver, qualquer dúvida, por menor que seja, de que o foro especial por prerrogativa de função para Magistrados e Membros do Ministério Público foi mantido para infrações penais ainda que praticadas fora das funções originais, excetuada a ressalva constitucional dos crimes eleitorais, de competência da Justiça Eleitoral.

Só acrescento que, diversamente do que alguns pensam, o foro especial por prerrogativa de função não é um “privilégio” odioso, mas sim um ônus imposto àqueles que exercem funções públicas relevantes, eletivas ou vitalícias, sendo muito mais gravoso do que o procedimento comum, pois afasta o julgamento perante o Tribunal do Júri – garantia constitucional nos crimes dolosos contra a vida -, assim como afasta também o duplo grau de jurisdição no mérito.

A matéria de competência constitucional por prerrogativa de função está prevista na Constituição Federal no art. 102, inciso I, letras “b” e “c”, para o C. Supremo Tribunal Federal, no art. 105, inciso I, letra “a”, para o C. Superior Tribunal de Justiça, e no art. 108, inciso I, letra “a”, para os Tribunais Regionais Federais, e na Constituição do Estado de São Paulo no art. 74, incisos I e II.

Lembre-se, ainda, que o art. 84, do Código de Processo Penal, traz regulamentação infraconstitucional para o foro especial por prerrogativa de função, anotando-se que as mudanças feitas pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, foram consideradas inconstitucionais no que tange aos parágrafos 1º e 2º, decorrente das ADIs nº 2797/2 e 2860/0, julgadas pelo C. Supremo Tribunal Federal.

Portanto, **em Questão de Ordem acolhida, dou provimento ao requerimento feito pela Douta Procuradoria Geral de Justiça para que o Relator do Egrégio Órgão Especial designe audiência para que se faça a proposta de conciliação referente ao autor do fato (Promotor de Justiça) e a ofendida, visto que a outra foi feita perante autoridade sem jurisdição, sendo nula de pleno direito, justificando-se em face da existência de foro especial por prerrogativa de função que aqui se fizesse nova audiência, não se remetendo ao Juizado Especial Criminal que não tem competência para julgamento de Magistrados e Membros do Ministério Público.**

*Desembargador José **Damião** Pinheiro Machado **Cogan**
Relator designado*