

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 155.516 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S) : PAULO CEZAR LARANJEIRA
ADV.(A/S) : RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGAO E
OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* interposto contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg *Habeas Corpus* n. 375.393/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR).

Consta dos autos, em apertada síntese, que o recorrente Paulo Cezar Laranjeira foi denunciado como incurso no art. 314, por cento e noventa e quatro vezes, combinado com o art. 71, *caput*, e no art. 319, todos do Código Penal.

No dia 15 de maio de 2013, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou extinta a punibilidade quanto ao crime previsto no art. 319, do Código Penal, por força da prescrição da pretensão punitiva e julgou procedente a ação penal originária para condenar o requerente como incurso no art. 314, por cento e noventa e quatro vezes, combinado com o art. 71, *caput*, ambos do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, regime semiaberto, além de ter declarado a perda do cargo público de Promotor de Justiça. Foram opostos Embargos de Declaração pela defesa, que foram rejeitados nos seguintes termos:

I - Embargos declaratórios. Inocorrência de omissão. Falta dos requisitos legais do artigo 535 do Código de Processo Civil. Inexistência de omissão no julgado. Função de prequestionamento.

II - Ação Penal originária. Art. 314 c.c. art. 71 do Estatuto Repressivo. A sonegação de registros, protocolos, documentos, papéis de interesses difusos e coletivos, documentos de

condutas antissociais no plano da habitação, da saúde e das demais tutelas enquadráveis nos interesses difusos, coletivos e sociais, impõe a condenação do réu. Assim, se ao réu chegaram fisicamente inúmeros documentos, não lhes dando, contudo, publicidade ou atuação funcional e mantendo-os guardados sem qualquer seguimento ou anotação em livros próprios comete o delito do dispositivo em apreço. Ocultou tais documentos nos armários e nas gavetas de sua mesa de trabalho como se particulares fossem, não obstante estivessem relacionados às áreas de interesse difuso e coletivo e do meio ambiente. Ensejou dano grave aos cidadãos de Andradina, local onde exercia relevantes funções de Promotor de Justiça.

Consequentemente, deverá perder o cargo público, pois além de já estar em disponibilidade por sua atuação dolosa, não pode permanecer no exercício de suas atribuições funcionais por completo despreparo para elas e para o exercício de qualquer tipo de cargo no Ministério Público do Estado de São Paulo. Ação penal procedente.

III - Embargos rejeitados.

Contra essa decisão, impetrou-se *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando, em linhas gerais, a nulidade da r. decisão que recebeu a denúncia, bem como de todos os atos posteriores, em razão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não ser o Juízo Natural competente para processar e julgar o recorrente, porquanto à época do recebimento da denúncia ele não estava mais no exercício da função que fundamentava o foro especial por prerrogativa de função. Por decisão monocrática, o Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR indeferiu liminarmente a ordem de *Habeas Corpus*, nos termos do art. 210, do RISTJ.

Sobreveio, então, Agravo Regimental, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Acórdão do Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, que negou provimento ao recurso interposto, conforme a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DE INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. DISPONIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. QUESTÃO SUSCITADA APÓS A CONDENAÇÃO DIRETAMENTE NO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FALTA DE CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO.

1. Após o julgamento do recurso especial (parcialmente provido apenas para afastar a determinação de perda do cargo de promotor de justiça), sobreveio habeas corpus com a alegação de nulidade no recebimento da denúncia pelo Tribunal estadual ante a sua incompetência por falta de prerrogativa de foro do réu.

2. A questão não foi em nenhum momento suscitada nem debatida na origem. Além disso, a prestação jurisdicional desta Casa já está esgotada, não se vislumbrando hipótese de concessão da ordem de ofício, pois, caso o paciente não fosse promotor de justiça não teria sido aplicada a perda e após restabelecido o cargo. E, conforme precedente, tendo sido o agravante colocado em disponibilidade, impossível aplicar-se a orientação da ADI 2797/DF, pois para que a autoridade detentora do foro por prerrogativa de função deixe de ostentá-lo, é preciso a perda definitiva do cargo (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.409.692/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/5/2017).

3. Agravo regimental improvido.

Neste Recurso Ordinário Constitucional, a defesa sustenta, novamente, a anulação da Sessão de Julgamento realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob o fundamento de que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não seria o Juízo Natural competente para processar e julgar o recorrente, trazendo a lume a mesma tese outrora ventilada no *Habeas Corpus*.

Requer, em sede liminar, a suspensão da ação penal até o julgamento do Recurso Ordinário Constitucional. No mérito, requer (a) a nulidade da

RHC 155516 / SP

r. decisão que recebeu a denúncia, bem como a de todos os atos posteriores, em razão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não ser o Juízo Natural competente para processar e julgar o recorrente, porquanto à época do recebimento da denúncia ele não estava mais no exercício da função que fundamentava o foro especial por prerrogativa de função.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso. É o relatório. Decido.

No caso em tela, em razão do pedido formulado neste Recurso Ordinário Constitucional não ter sido objeto de impugnação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no momento oportuno, inviável que esta SUPREMA CORTE conheça do tema originariamente, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências (HC 153.595 AgR/MS, Rel. Min. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 27/06/2018; HC 150.842 ED-ED/TO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 27/06/2018; HC 155.971 AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 27/06/2018; HC 148.927 AgR/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe 19/06/2018 e HC 149.062 AgR/MS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 22/06/2018).

Aliás, tanto isso é verdade que o próprio Superior Tribunal de Justiça afastou a tese defensiva, valendo-se do entendimento acima, a saber:

Reafirmo que não cabe tratar aqui da dita nulidade no recebimento da denúncia, após a condenação prolatada pelo Tribunal paulista, a qual sofreu, no Superior Tribunal de Justiça, reparação apenas quanto à pena aplicada para afastar a determinação de perda do cargo de promotor de justiça.

O tema da incompetência da Corte estadual para receber a denúncia posteriormente à disponibilidade do réu por motivo de interesse público não foi em nenhum momento suscitado nem debatido na origem.

Além disso, a prestação jurisdicional desta Casa já está

esgotada, não se vislumbrando hipótese de concessão da ordem de ofício, pois, pelo que consta do acórdão da condenação e do proferido no recurso especial, não há manifesto constrangimento ilegal a ser reparado, afinal, caso ele não fosse promotor de justiça não teria sido aplicada a perda e após restabelecido o cargo. Com efeito, tendo sido o agravante colocado em disponibilidade, impossível aplicar-se a orientação da ADI 2797/DF, pois para que a autoridade detentora do foro por prerrogativa de função deixe de ostentá-lo, é preciso a perda definitiva do cargo (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.409.692/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/5/2017).

Daí inexistir prejuízo à defesa do recorrente. Pertinentes, a propósito dessa temática, as lições de ADA, SCARANCE e MAGALHÃES: "*Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional.*" (As nulidades no processo penal, p. 27, 12^a ed., 2011, RT). Nesse sentido é a jurisprudência desta SUPREMA CORTE (HC 132.149-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 16/06/2017; RE 971.305-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 13/03/2017; RHC 128.827, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 13/03/2017; RHC 129.663-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 16/05/2017; HC 120.121-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 09/12/2016; HC 130.549-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe 17/11/2016; RHC 134.182, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 08/08/2016; HC 132.814, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 01/08/2016 e AP 481-EI-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2014), este último assim ementado:

(...) 3. Além da arguição *opportune tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para o seu

reconhecimento, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes. (...)

Ainda que assim não fosse, não vislumbro ilegalidade, pois o recorrente, embora em disponibilidade quando julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda era, para todos os fins, dos quadros ativos do Ministério Público Paulista, apenas tendo suportado pena administrativa que não lhe cassou as prerrogativas do cargo de Promotor de Justiça, lembrando que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.428.833, afastou a determinação da perda do cargo (aplicada pelo Tribunal de Origem), sob o fundamento de que o art. 38, da Lei n. 8.625/93, traria uma forma particular da perda do cargo de membro do Ministério Público:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL E PENAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. ART. 314 DO CP. FALTA DO RECORRENTE AO INTERROGATÓRIO.

1. O acórdão recorrido não possui as omissões apontadas, mas apreciou as questões deduzidas pelo recorrente, apenas concluindo de maneira contrária às teses por ele defendidas, o que não configura nulidade.

2. O Tribunal de origem não valorou a falta de comparecimento do recorrente ao interrogatório como elemento a justificar a sua condenação, mas apenas mencionou a ocorrência dessa circunstância.

3. Conforme demonstrado no julgado combatido, a condenação não se lastreou apenas em prova colhida na fase extrajudicial, mas também em testemunhos prestados em juízo.

4. A negatização das circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos e consequências do crime está fundamentada em elementos concretos não inerentes ao crime do art. 314 do Código Penal, pelo qual foi condenado, e que justificam a elevação da pena-

base em 1 ano e 6 meses acima do mínimo legal.

5. Em relação ao art. 92 do Código Penal, o art. 38 da Lei n. 8.625/1993 é norma especial, razão pela qual deve esta última prevalecer, por trazer forma particular da perda do cargo de membro do Ministério Público. Precedente.

6. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a determinação de perda do cargo de promotor de justiça.

Ademais, **o fato de o recorrente ter sido colocado em disponibilidade**, a pedido do Corregedor-Geral do Ministério Público, em período anterior ao recebimento da denúncia pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (o pedido foi realizado no dia 29 de fevereiro de 2008 e o requerente foi posto em disponibilidade no dia 05 de dezembro de 2008, enquanto a denúncia foi recebida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo no dia 04 de março de 2009 – e-STJ fls. 27/214, 215 e 218/222), **não suprime o seu direito ao foro especial por prerrogativa de função** e, conseqüentemente, não retira do Tribunal de Justiça a competência para processá-lo e julgá-lo.

Isso porque, mesmo em disponibilidade o representante do Ministério Público do Estado de São Paulo continua (a) sujeito às vedações constitucionais, embora classificado em quadro especial, nos termos do art. 164, da Lei Complementar n. 734/93 e do art. 39, §1º, da Lei n. 8.625/93; (b) com os dias sendo contados como de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, como licença prêmio, férias, dentre outros, nos termos do art. 53, da Lei n. 8.625/93 e (c) sendo julgado pelo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 221, da Lei Complementar n. 734/93. Confirmam-se os dispositivos legais:

Art. 164, da Lei Complementar n. 734/93: O membro do Ministério Público em disponibilidade remunerada continuará sujeito às vedações constitucionais e será classificado em quadro especial, provendo-se a vaga que ocorrer.

Art. 39, da Lei n. 8.625/93: Em caso de extinção do órgão

de execução, da Comarca ou mudança da sede da Promotoria de Justiça, será facultado ao Promotor de Justiça remover-se para outra Promotoria de igual entrância ou categoria, ou obter a disponibilidade com vencimentos integrais e a contagem do tempo de serviço como se em exercício estivesse.

§1º O membro do Ministério Público em disponibilidade remunerada continuará sujeito às vedações constitucionais e será classificado em quadro especial, provendo-se a vaga que ocorrer.

Art. 53, da Lei n. 8.625/93: São considerados como de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, exceto para vitaliciamento, os dias em que o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções em razão:

I - de licença prevista no artigo anterior;

II - de férias;

III - de cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, no País ou no exterior, de duração máxima de dois anos e mediante prévia autorização do Conselho Superior do Ministério Público;

IV - de período de trânsito;

V - de disponibilidade remunerada, exceto para promoção, em caso de afastamento decorrente de punição;

VI - de designação do Procurador-Geral de Justiça para:

a) realização de atividade de relevância para a instituição;

b) direção de Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público;

VII - de exercício de cargos ou de funções de direção de associação representativa de classe, na forma da Lei Orgânica;

VIII - de exercício das atividades previstas no parágrafo único do art. 44 desta lei;

IX - de outras hipóteses definidas em lei.

Art. 221, da Lei Complementar n. 734/93: Os membros do Ministério Público, ainda que afastados das funções, nas infrações penais comuns e de responsabilidade, serão

RHC 155516 / SP

processados e julgados originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ressalvadas exceções de ordem constitucional.

Aliás, sobre a vedação ao exercício da função pública de membros do Ministério Público, o Min. GILMAR MENDES, no julgamento da ADPF n. 388/DF, destacou que:

A vedação ao exercício de outra função pública vige 'ainda que em disponibilidade'. **Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a Instituição, a vedação persiste.** Não se compreende que se possa criar uma licença que suspenda a vedação.

É dizer, se a vedação ao exercício de outra função pública vige ainda que em disponibilidade, com muito mais razão subsiste o foro especial por prerrogativa de função para julgamento perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afinal a colocação do recorrente em disponibilidade, pena administrativa, não rompeu o vínculo com o Ministério Público do Estado de São Paulo, apenas o afastou temporariamente do exercício das suas funções, podendo, inclusive, retornar à ativa depois de 05 (cinco) anos, conforme se infere da leitura do art. 163, §2º, da Lei Complementar n. 734/93, que prevê que "*o Conselho Superior do Ministério Público, a requerimento do interessado, decorridos cinco anos do termo inicial da disponibilidade, examinará a ocorrência, ou não, da cessação do motivo de interesse público que a determinou.*".

Outrossim, a Min. ROSA WEBER, no julgamento do Segundo AgRg no Agravo de Instrumento/SP n. 858.269 AgR-Segundo/SP, em caso paradigmático envolvendo uma Magistrada Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, também foi assertiva ao anotar que o afastamento provisório imposto em procedimento administrativo não importa na perda do foro especial por prerrogativa de função, porquanto ausente o caráter definitivo do afastamento. Confira-se:

Noutro giro, reitero que a Corte de origem consignou que o afastamento da magistrada da função é provisório, decorrente da aplicação da pena de disponibilidade imposta em procedimento administrativo. Razão pela qual, ausente o caráter definitivo do afastamento do magistrado, inaplicável ao caso o que decidido no RE 549.560, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, DJe 30.5.2014, no qual esta Suprema Corte fixou a tese de que "O foro especial por prerrogativa de função não se estende a magistrados aposentados". O acórdão está assim ementado:

"PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESEMBARGADOR DO ESTADO DO CEARÁ. EX-PRESIDENTE E EX-CORREGEDOR GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. DESLOCAMENTO PARA O PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. SÚMULAS 394 E 451 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO VITALÍCIO. GARANTIA CONFERIDA AOS SERVIDORES DA ATIVA PARA PERMANECEREM NO CARGO. RECURSO IMPROVIDO. I A vitaliciedade é garantia inerente ao exercício do cargo pelos magistrados e tem como objetivo prover a jurisdição de independência e imparcialidade. II Exercem a jurisdição, tão-somente, os magistrados na atividade, não se estendendo aos inativos o foro especial por prerrogativa de função. III A aposentadoria do magistrado, ainda que voluntária, transfere a competência para processamento e julgamento de eventual ilícito penal para o primeiro grau de jurisdição. IV Recurso extraordinário a que se nega provimento."

De mais a mais, na esteira da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o foro por prerrogativa de função é irrenunciável, assim como o afastamento do cargo do magistrado denunciado por força do art. 29 da Loman, por temporário, não importa a perda do foro. Nesse sentido:

"1. COMPETÊNCIA. Criminal. Originária. Inquérito pendente no STF. Desmembramento. Não ocorrência. Mera remessa de cópia, a requerimento do MP, a juízo competente para apuração de fatos diversos, respeitantes a pessoas sem prerrogativa de foro especial. Inexistência de ações penais em curso e de conseqüente conexão. Questão de ordem resolvida nesse sentido. Preliminar repelida. Agravo regimental improvido. Voto vencido. Não se caracteriza desmembramento ilegal de ação penal, a mera remessa de cópia de inquérito, a requerimento do representante do Ministério Público, a outro juízo, competente para apurar fatos diversos, respeitantes a pessoas sujeitas a seu foro. 2. COMPETÊNCIA. Criminal. Ação penal. Magistrado de Tribunal Federal Regional. Condição de corrêu. Conexão da acusação com fatos imputados a Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pretensão de ser julgado perante este. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Irrenunciabilidade. Ofensa às garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Inexistência. Feito da competência do Supremo. Precedentes. Preliminar rejeitada. Aplicação da súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do corrêu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, a qual é irrenunciável. [...] 11. AÇÃO PENAL. Denúncia. Exposição clara e objetiva dos fatos. Acusações específicas baseadas nos elementos retóricos coligidos no inquérito policial. Possibilidade de plena defesa. Justa causa presente. Aptidão formal. Observância do disposto no art. 41 do CPP. Recebimento, exceto em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, quanto a um dos denunciados. Votos vencidos. Deve ser recebida a denúncia que, baseada em elementos de prova, contém exposição clara e objetiva dos fatos delituosos e que, como tal, possibilita plena e ampla defesa aos acusados. 12. MAGISTRADO. Ação penal. Denúncia. Recebimento. Infrações penais graves. Afastamento do exercício da função jurisdicional. Aplicação do art. 29 da Lei Orgânica da

RHC 155516 / SP

Magistratura Nacional - LOMAN (Lei Complementar nº 35/79). Medida aconselhável de resguardo ao prestígio do cargo e à própria respeitabilidade do juiz. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Não ocorrência. Não viola a garantia constitucional da chamada presunção de inocência, o afastamento do cargo de magistrado contra o qual é recebida denúncia ou queixa." (Inq 2424, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010).

Em conclusão, não há reparo a fazer, pois o Recurso Ordinário Constitucional não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os fundamentos apontados.

Diante do exposto, com fundamento no art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS***.

Publique-se.

Brasília, 30 de agosto de 2018.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente