

HABEAS CORPUS Nº 684.254 - MG (2021/0244835-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : PEDRO HENRIQUE PINTO SARAIVA
ADVOGADO : PEDRO HENRIQUE PINTO SARAIVA - MG111247
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ANDRE LUIS GARCIA DE PINHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRE LUIS GARCIA DE PINHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Processo n. 1.0000.21.075674-8/001 - exceção de incompetência).

Segundo consta dos autos, o paciente (promotor de justiça estadual em disponibilidade compulsória) foi preso cautelarmente e denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados no art. 121, § 2º, I, III, IV e VIII (feminicídio), e art. 13 da Lei n. 10.826/2003 (omissão de cautela), sob a acusação de ter intoxicado e asfixiado sua esposa, dando causa a sua morte no dia 02/04/2021.

A defesa opôs exceção, arguindo a incompetência do Órgão Especial do Tribunal estadual para processar e julgar a causa, ao argumento de que o crime imputado ao paciente não tem relação com as atribuições do cargo ou com as funções de membro do Ministério Público. Contudo, a Corte estadual rejeitou a exceção, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 66):

EMENTA: EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA CRIMINAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. SENTIDO E ALCANCE. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. FEMINICÍDIO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. QUESTÃO DE ORDEM NA AP 937 DO STF. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREVALÊNCIA SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI. EXCEÇÃO REJEITADA. 1 - Compete ao Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 96, III, da Constituição da República, o julgamento de promotores de justiça. Inclusive nos crimes comuns dolosos contra a vida. 2 - Persiste o foro especial por prerrogativa de função ainda que o agente, promotor de justiça, tenha praticado o

Superior Tribunal de Justiça

crime que lhe é atribuído em regime de disponibilidade compulsória.
3 - No julgamento da QO na AP 937/RJ, em que se limitou o foro por prerrogativa de função às hipóteses de crimes praticados no exercício da função ou em razão dela, o Pleno do Supremo Tribunal Federal não deliberou expressamente sobre o foro para julgamento de magistrados e membros do Ministério Público, limitando-se a estabelecer tese em relação ao foro por prerrogativa de função de autoridades indicadas na Constituição da República que ocupam cargo eletivo.

(Exceção de Incompetência n. 1.0000.21.075674-8/001, Rel. Desembargador JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA, Órgão Especial do TJ/MG, julgado em 14/7/2021)

Nas razões do presente *habeas corpus*, a defesa reafirma a incompetência do Órgão Especial do Tribunal mineiro para processar e julgar a ação penal originária.

Argumenta que a "*autoridade coatora se recusa a seguir a recente orientação Jurisprudencial do STJ e STF, inclusive com determinação de efeito vinculante*", prevista na Questão de Ordem na AP 937/RJ, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (e- STJ fl. 8).

Sustenta que, no referido precedente da Suprema Corte, "*em nenhum momento se estipulou que tal linha interpretativa seria tão somente para crimes de parlamentares ou autoridades em exercício de mandato eletivo*" (e-STJ fl. 9). Pontua que "*os votos dos demais Ilustres Ministros, no julgamento desta questão de ordem (que não se confunde com a Ação Penal em si), deixam claro que a decisão transcende a questão dos parlamentares e seu foro de função*" (e-STJ fl. 9).

Lembra que o Superior Tribunal de Justiça, na Questão de Ordem n. 878, decidiu que o entendimento do Supremo Tribunal somente pode ser afastado para casos específicos, quando existir a questão de hierarquia na carreira. Ainda, em abono aos seus argumentos, cita precedente do Supremo Tribunal Federal, o RE 1.223.589, e complementa (e-STJ fl. 15):

(...) a Autoridade Coatora/Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não decidiu que o presente caso seria uma exceção à aplicação da QO na AP 937, conforme decidiu o STJ no caso de desembargadores na QO na AP 878, mas decidiu que a Questão de Ordem na AP 937 do STF NÃO SE APLICA AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, o que é uma premissa

Superior Tribunal de Justiça

falsa, sendo que na verdade a Autoridade Coatora está negando vigência a decisão do STF e do próprio STJ, ambas já citadas, o que, por si só, já demonstra a ilegalidade e teratologia da referida decisão.

O impetrante entende que a competência constitucional do Tribunal do Júri também deve prevalecer, no caso em exame, porque a conduta do paciente não guarda qualquer relação com o desempenho de suas funções ou atividades. Além disso, afirma que a manutenção do foro por prerrogativa de função viola o disposto no enunciado n. 451 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: "A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional" (e-STJ fl. 16).

Sustenta, ademais, não haver hierarquia entre magistrados e membros do Ministério Público, pois integram carreira distintas, com independência e autonomia, assim como ocorre também em relação aos advogados, e que não haveria qualquer óbice ao deslocamento do caso para julgamento pelo Tribunal do Júri.

Conclui (e-STJ fls. 20 e21):

(...) a Douta Autoridade Coatora se recusa a seguir a decisão vinculante do STF, qual seja, QO da AP 937 e, ainda, decisão deste Egrégio Tribunal conforme QO da AP 878. Além do que, temos que se nega vigência ao art. 74, § 1º, CPP e a Cláusula Pétrea Constitucional de Garantia e Direitos Fundamentais, sem qualquer fundamentação válida, sendo que a decisão, data máxima vênua, é teratológica e contrária inclusive o princípio da boa-fé objetiva.

(...) Trata-se de processo criminal em que o Paciente se encontra preso, e sendo processado, por Autoridade absolutamente incompetente há mais de 100 (cem dias). Importante sempre lembrar que o Paciente é primário e de bons antecedentes sendo ainda pai de cinco filhos menores.

Diante disso, pede, em liminar, a suspensão da ação penal e o relaxamento da prisão preventiva do paciente, concedendo a liberdade provisória mediante a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. No mérito, postula a confirmação da liminar e o reconhecimento da incompetência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e, por consequência, o reconhecimento da competência do Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Superior Tribunal de Justiça

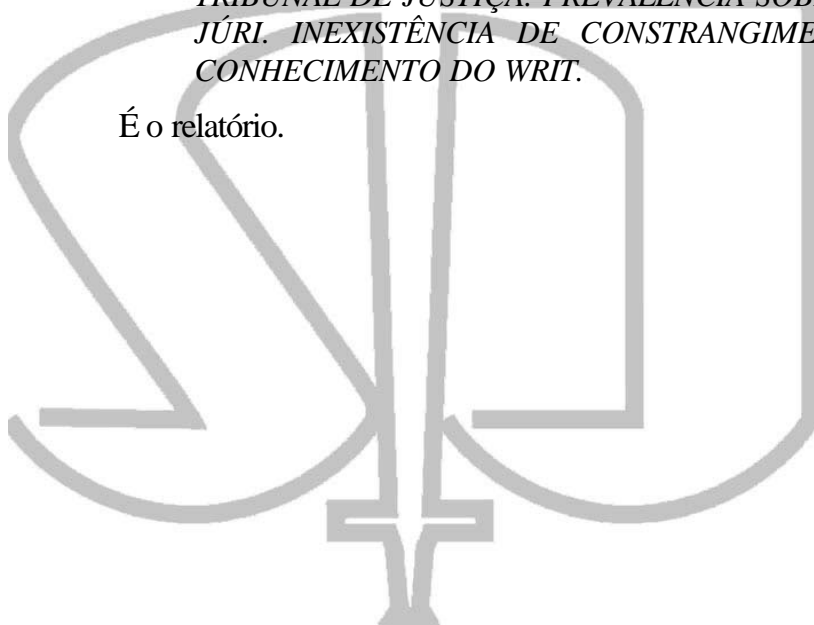
Às fls. 1.459/1.470, indeferi a liminar.

O Tribunal de Justiça prestou informações às e-STJ fls. 1.498/1.499.

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte opinou pela competência do Tribunal de Justiça, em parecer assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FEMINICÍDIO. FORO POR PRERROGATIVO DE FUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM NA AP 937 DO STF. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREVALÊNCIA SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 684.254 - MG (2021/0244835-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

Questiona-se, nos autos, se a competência para o julgamento de suposto crime praticado por Promotor de Justiça, em contexto que não guarda relação com as atribuições do cargo e após a cessação do exercício funcional, é do Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 96, III, da Constituição Federal, ou se seria da Justiça de 1º grau, em razão da interpretação restritiva de prevalência do foro por prerrogativa de função dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem na AP 937/RJ (Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Revisor(a): MIN. EDSON FACHIN, Plenário do STF, Julgamento: 03/05/2018, Publicação: 11/12/2018).

No caso concreto, o paciente (promotor de justiça estadual em disponibilidade compulsória) foi preso cautelarmente e denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados no art. 121, § 2º, I, III, IV e VIII (feminicídio), e art. 13 da Lei n. 10.826/2003 (omissão de cautela).

Ao deliberar sobre a questão, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim se manifestou:

O Suscitante, Promotor de Justiça da Comarca de Belo Horizonte, denunciado por crime de feminicídio praticado contra sua esposa em data de 2/4/2021 (fls. 12/22), opôs a presente exceção de incompetência, argumentando que, por estar afastado de suas funções desde o ano de 2019 e, ainda, porque o delito não tem qualquer pertinência com o exercício do cargo, não se justificaria o foro por prerrogativa de função. Sustenta que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra vida é do Tribunal do Júri, sendo este o juízo natural para a causa, nos termos do art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição da República.

Para tanto, invoca a notória decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar Questão de Ordem na Ação Penal n. 937, conferiu nova interpretação ao foro por prerrogativa de função, restringindo a sua aplicação às hipóteses de crimes cometidos (a) durante o exercício do cargo e (b) relacionados às funções desempenhadas. In verbis:

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Todavia, o caso concreto não se adequa ao precedente invocado, rogata maxima venia.

A uma, não prospera a alegação do Suscitante de que, à época do suposto cometimento do delito, não estava mais no exercício da função que fundamenta o foro especial por prerrogativa de função.

Conquanto o Suscitante encontre-se em disponibilidade compulsória desde 16/04/2019, tendo suportado penalidades aplicadas em Procedimentos Disciplinares Administrativos instaurados perante a Corregedoria-Geral do Ministério Público, conforme Certidão de fls. 10, ele que ainda é, para todos os fins, integrante dos quadros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Basta ver que, mesmo em disponibilidade, o Suscitante continua (a) sujeito às vedações constitucionais, embora classificado em outro quadro especial, nos termos do art. 39, § 1º, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/1993); (b) percebendo vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço (art. 218 da Lei Complementar n. 34/94); (c) tendo os dias contados como de efetivo exercício nos termos do art. 53 da Lei 8.625/1993; e (d) sujeito às vedações inerentes ao cargo (art. 220 c/c art. 111 da Lei Complementar n. 34/94).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já julgou que o foro por prerrogativa de função se mantém mesmo após o Promotor de Justiça ter sido colocado em disponibilidade:

(...)

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que é preciso a perda definitiva do cargo para que a autoridade detentora do foro por prerrogativa de função deixe de ostentá-lo:

(...)

A duas, porque, no julgamento da QO na AP 937/RJ, em que se limitou o foro por prerrogativa de função às hipóteses de crimes praticados no exercício da função ou em razão dela, o Pleno do Supremo Tribunal Federal não deliberou expressamente sobre o foro para processo e julgamento de magistrados e membros do Ministério Público, limitando-se a estabelecer tese em relação ao foro por prerrogativa de função de autoridades indicadas na Constituição da República que ocupam cargo eletivo, logo, sujeito a alternância, nos termos previstos no art. 102, I, "h" e "c", da Constituição da República.

É certo que, no referido julgamento, os Ministros chegaram a debater se o mesmo critério adotado para deputados federais e

Superior Tribunal de Justiça

senadores deveria ser aplicado em relação aos demais ocupantes de funções e cargos públicos – proposta feita nesse sentido pelo Ministro DIAS TOFFOLI. Todavia, ao final, o Plenário decidiu que a decisão não se estende aos demais agentes com prerrogativa de foro além dos ocupantes de mandato parlamentar no Congresso Nacional.

Dessa forma, não cabe ampliação analógica, para, subvertendo as regras constitucionais, inserir outras autoridades, não contempladas nessa decisão, cuja natureza do cargo é distinta (carreira de Estado).

No mesmo sentido, a Corte Especial do Superior de Justiça, no julgamento da QO na Ação Penal 857, afirmou que as razões de decidir e a conclusão posta pelo STF na QO na AP 937, embora aplicável, no caso concreto, aos Conselheiros de Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, não se estendem aos ocupantes de cargos com foro por prerrogativa de função estruturados em carreira de estado (desembargadores, juízes do TRF, TRT e TRE, procuradores da república que oficiam em tribunais), nos termos dos votos-vista proferidos pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO e pelo Ministro FELIX FISCHER (QO na APn 857/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/6/2018, DJe 28/2/2019).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a sua competência para o julgamento de Desembargador acusado de crime comum, entendendo inabalado o foro por prerrogativa de função em relação a esta autoridade (QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Corte Especial, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018) – registro que a questão ainda está pendente de decisão no Supremo Tribunal Federal, que, provendo agravo em recurso extraordinário inadmitido na origem, afetou a questão ao Tema 1147: "Possui repercussão geral controvérsia sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, por crime comum, desembargador, ausente relação da conduta com o cargo" (ARE 1223589 RG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/5/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113, DIVULG 11/6/2021, PUBLIC 14/6/2021), o que, todavia, não altera a conclusão alcançada neste julgamento, considerando que não houve a determinação de suspensão dos processos em âmbito nacional, tampouco do feito de origem.

Já em relação aos Governadores se decidiu em sentido diverso, em alinhamento ao entendimento do Pretório Excelso (AgRg na APn 866/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, julgado em 20/6/2018, DJe 3/8/2018).

Assim, para o caso dos autos, ainda vale a regra do art. 96, III, da Constituição da República, segundo a qual compete privativamente

Superior Tribunal de Justiça

"aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral".

Ou seja, os juízes e promotores seguem com a prerrogativa de serem julgados pelo respectivo Tribunal de Justiça, por qualquer crime que venham a praticar (independentemente de ser ou não em razão do cargo) e também pelos crimes cometidos antes da posse. Para eles, segue aplicável o entendimento de que, uma vez empossados, adquirem a prerrogativa inclusive para o julgamento dos crimes praticados anteriormente.

A três, e por fim, muito embora o Tribunal do Júri seja o juízo competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, "d", da CF/88), "as autoridades com foro privilegiado estatuído na Constituição da República não irão a júri, sendo julgadas pelo respectivo tribunal competente. Já aquelas com foro por prerrogativa de função previsto na Constituição estadual, como normalmente ocorre com os vice-governadores e defensores públicos, caso incorram em crime doloso contra a vida, irão a júri" (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Curso de Direito Processual Penal, Salvador Jus Podivm, 2014, p. 359).

Este é o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na Sumula n. 721 ao estabelecer que "a constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual". Ou seja, o foro por prerrogativa de função estabelecido na Constituição Federal, como no caso, deve prevalecer sobre a competência do Tribunal do Júri, como, também, bem destacou o ilustre Procurador de Justiça em seu bem elaborado parecer.

"[...] Com efeito, embora a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes DOLOSOS contra a vida encontre assento na Constituição da República é também nela que repousam os fundamentos do foro por prerrogativa de função, que, como sabido, em casos tais prevalece sobre aquela, precisamente para a concretização do prometido princípio da imparcialidade da jurisdição" (fls. 34).

Do exposto, à luz do art. 96, III, da Constituição da República e do art. 105, inciso IV, da Lei Complementar nº 34/94 (Lei Orgânica do MPMG), constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público serem processados e julgados originalmente pelo Tribunal de Justiça deste Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, razão peia qual declaro a competência deste c. Órgão Especial para o julgamento do caso em questão.

(e-STJ fls. 67/75)

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, como já havia afirmado na decisão em que apreciei o pedido liminar, o precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937/RJ não deliberou expressamente sobre o foro para processo e julgamento de magistrados e membros do Ministério Público, limitando-se a estabelecer tese em relação ao foro por prerrogativa de função de autoridades indicadas na Constituição Federal que ocupam cargo eletivo.

Tal interpretação pode ser extraída da leitura do inteiro teor do acórdão proferido na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, como se verá a seguir.

Em seu voto-vista, o Min. ALEXANDRE DE MORAES pontuou:

O que se coloca em julgamento na presente assentada é a possibilidade de edição de um novo entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre a interpretação das regras constitucionais que conferem prerrogativas de foro pelo exercício de função pública, especificamente nas regras inscritas no art. 53, § 1º, c/c art. 102, I, “b” e “c”, da Constituição, relacionadas aos titulares de mandatos eletivos e ocupantes de cargos em confiança no primeiro escalão do Poder Executivo.

(...)

As demais hipóteses de prerrogativa de foro contempladas no texto constitucional não são alcançadas pela Questão de Ordem proposta e apreciada no presente julgamento, uma vez que conferem prerrogativa de foro a servidores públicos integrantes estáveis ou vitalícios de carreiras típicas de Estado, organizadas em cargos de diferentes níveis, o que afasta a possibilidade de descontinuidade do vínculo, a embaraçar o curso da ação penal, bem como exige o julgamento por órgão de cúpula – para afastar, por exemplo, o inconveniente em que agentes públicos de grau superior da carreira sejam julgados por membros de grau inferior da mesma carreira.

As demais regras de prerrogativa de foro encerram uma outra realidade jurídica e social, não correspondente àquela delineada no caso concreto julgado nesta AP 937-QO. Até mesmo parte das hipóteses tratadas no art. 102, I, “c”, da CF, relacionadas ao foro dos oficiais comandantes das Forças Armadas, não são atingidas pelas razões de decidir articuladas no presente julgamento, uma vez que não se tratou na presente Questão de Ordem dos princípios da hierarquia e disciplina regentes das Forças Armadas e de suas características de efetividade e estabilidade, a evitar exatamente todos os motivos ensejadores da propositura da questão de ordem pelo eminente Ministro relator LUIS ROBERTO BARROSO.

Superior Tribunal de Justiça

Embora não se descarte que o entendimento aqui fixado para o foro dos titulares de mandato eletivo e detentores de cargos em comissão de investidura provisória possa eventual e futuramente influenciar nova compreensão da CORTE a respeito do foro dos membros de carreira de Estado, o fato é que, no presente momento, me parece que a enunciação da tese de julgamento para a AP 937-QO deve ficar restrita àquilo que efetivamente está sendo discutido e venha a ser necessário para o julgamento da ação penal específica, ou seja, a prerrogativa de foro prevista na Constituição para detentores de mandatos eletivos e detentores de cargos em comissão de investidura provisória, cujas sucessivas diplomações ou nomeações acabam por possibilitar constantes alterações dos foros competentes, com prejuízos à efetividade da aplicação da justiça criminal.

A própria jurisprudência da CORTE não confunde o regime próprio de responsabilização dos congressistas e demais agentes políticos do Estado com a responsabilização político-administrativa a que estão sujeitos os demais servidores públicos estáveis e vitalícios, com especial destaque para as garantias institucionais da magistratura e Ministério Público. Veja-se a Rcl 2.138 (Rel. Min. NELSON JOBIM, redator para acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 17/4/2008) e a Pet 3211-QO (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, redator para acórdão Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, DJe de 26/6/2008), em que firmada a orientação de que juízos de primeira instância não têm competência para julgar ações de improbidade administrativa em desfavor de autoridades com prerrogativa de foro perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Caso a tese de interpretação restritiva das regras de prerrogativa de foro alcance as disposições constitucionais aplicáveis aos servidores membros de carreiras, haverá resultado prático incompatível com os precedentes acima referidos, possibilidade não cogitada no presente debate, o que torna inviável a edição de entendimento sumular que transcenda as características do caso concreto.

(...)

Nesse sentido, preliminarmente, para concluir sobre o conhecimento integral ou parcial da presente Questão de Ordem, solicito à Presidente a possibilidade de consultar sua Excelência o eminente Ministro relator ROBERTO BARROSO, sobre a amplitude de sua conclusão na questão de ordem submetida ao Plenário e sua aplicabilidade aos agentes políticos detentores de mandatos eletivos e àqueles nomeados para cargos em comissão de investidura temporária, inclusive em relação às previsões das Constituições estaduais.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

- Provavelmente, se chegar uma outra questão, nós vamos aplicar a mesma lógica, mas, por hora, nós discutimos esta situação específica. Portanto, a minha tese de julgamento, Ministro, é referente a parlamentares federais e não vai além disso.

Em resposta ao questionamento feito, o Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, Relator do feito, cujo voto foi o vencedor, esclareceu:

O caso concreto envolve parlamentar federal, um prefeito que se tornou deputado federal. Na verdade, ele foi condenado, quando ainda não era prefeito, por captação ilícita de voto. Depois, ele se torna prefeito, e a competência se transporta para um nível superior; depois, ele se torna deputado e passa para o Congresso.

Portanto, a questão que eu enfrentei, Presidente, e a tese que eu propus focou na questão do foro por prerrogativa de função de parlamentar federal, seja deputado ou seja senador.

Nós temos adotado, já de algum tempo - inclusive, por sugestão que eu acolhi do eminente Ministro Marco Aurélio -, delinear a tese o mais próximo do caso concreto possível. Portanto, a minha tese aplica-se a parlamentares federais. Eu não discuti, nem colhi informações, nem houve contraditório sobre a aplicação dessa proposição, seja a juízes, seja a promotores, até porque eu tinha pedido para fazer a estatística do Supremo. Dos 528 processos, entre inquéritos e ações penais, não tem nenhum envolvendo, neste momento, membro do Ministério Público ou da magistratura. E, mesmo no STJ, é uma quantia ... lá existem quinze, mas pouco expressiva em relação ao total.

De modo que, respondendo objetivamente à pergunta do Ministro Alexandre de Moraes, a tese que eu proponho é uma tese ligada ao caso específico e que pretende restringir o sentido e alcance do foro privilegiado para parlamentares federais.

De igual forma, na Questão de Ordem no Inquérito 4.703-DF, Primeira Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, os eminentes Ministros LUÍS ROBERTO BARROSO e ALEXANDRE DE MORAES ressaltaram a pendência deliberativa da questão, em relação aos magistrados e membros do Ministério Público (CF/88, art. 96, III).

Reforça esse entendimento o fato de que a Suprema Corte, em 28/5/2021, nos autos do ARE 1.223.589/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, por unanimidade, afirmou que a questão ora em debate possui envergadura constitucional, reconhecendo a necessidade de se analisar, com repercussão geral (Tema 1.147), a possibilidade de o STJ,

Superior Tribunal de Justiça

com amparo no artigo 105, inciso I, alínea “a”, da CF, processar e julgar Desembargador por crime comum, ainda que sem relação com o cargo. Eis o teor do resumo do acórdão:

FORO – PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – DESEMBARGADOR – CRIME COMUM – RELAÇÃO COM O CARGO – INEXISTÊNCIA – ARTIGO 105, INCISO I, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral controversa sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, por crime comum, desembargador, ausente relação da conduta com o cargo.

***Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. Impedido o Ministro Edson Fachin. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Impedido o Ministro Edson Fachin.*

(DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 14/06/2021 ATA Nº 20/2021 - DJE nº 113, divulgado em 11/6/2021)

Congruente com a limitação do alcance do foro por prerrogativa de função a parlamentares, a Corte Especial do STJ já teve oportunidade de se pronunciar em alguns julgados, nos quais reconheceu a competência do STJ para o julgamento de delito cometido por desembargador, entendendo inabalada a existência de foro por prerrogativa de função, ainda que o crime a ele imputado não estivesse relacionado às funções institucionais de referido cargo público e não tenha sido praticado no exercício do cargo.

Em tais julgados, foi afastada a possibilidade de aplicação das teses firmadas na QO na AP 937/RJ ao foro por prerrogativa de função de Desembargadores, ao fundamento de que, “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” (QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018).

Salientou-se, ainda, que, “Dada a possibilidade de influenciar negativamente toda a atividade jurisdicional, a hierarquia administrativa e política existente no Poder Judiciário

é fator preponderante para que as infrações imputadas a magistrados sejam julgadas por um órgão de maior grau na estrutura orgânica jurisdicional” (QO no Inq 1.188/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018).

Destaco, por extremamente esclarecedora, a ementa do seguinte julgado:

QUESTÃO DE ORDEM. CONSTITUCIONAL. MAGISTRATURA. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO MAGISTRADO (CF, ART. 105, I, "A"). JULGAMENTO DE DESEMBARGADOR POR JUIZ VINCULADO AO MESMO TRIBUNAL (LC 35/1979, ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO).

1. Em matéria criminal, o julgamento de Desembargador por Juiz vinculado ao mesmo Tribunal gera situação, no mínimo, delicada, tanto para o julgador como para a hierarquia do Judiciário, uma vez que os juízes de primeira instância têm seus atos administrativos e suas decisões judiciais imediatamente submetidas ao crivo dos juízes do respectivo Tribunal de superior instância.

2. A atuação profissional do juiz e até sua conduta pessoal, podem vir a ser sindicados, inclusive para fins de ascensão funcional, pelos desembargadores do respectivo Tribunal. Essa condição, inerente à vida profissional dos magistrados, na realidade prática, tende a comprometer a independência e imparcialidade do julgador de instância inferior ao conduzir processo criminal em que figure como réu um desembargador do Tribunal ao qual está vinculado o juiz singular.

3. Nesse contexto, mostra-se recomendável a manutenção do foro por prerrogativa de função de desembargador, perante o Superior Tribunal de Justiça, ainda que o suposto crime não tenha sido praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função, caso o Juízo de Primeiro Grau esteja vinculado ao Tribunal do qual o investigado ou acusado seja membro.

4. Em matéria criminal, a prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, em relação a membros do Poder Judiciário já era tratada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, conforme o art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/1979.

5. Na situação específica, a prerrogativa de foro, antes de resguardar a figura institucional titularizada pelo réu ou investigado, confere estabilidade ao sistema do Judiciário, evitando que conflitos de interesses administrativos e funcionais influenciem nos julgamentos.

6. Questão de Ordem resolvida no sentido de manter o foro por prerrogativa de função, na restrita situação acima.

Superior Tribunal de Justiça

(QO na Sd 705/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018) – negritei.

Tratando de situações similares, indico também os seguintes julgados, entre outros: **APn 912/RJ**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/08/2019, DJe 22/08/2019; **APn 895/DF**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019; **Sd 699/DF**, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 14/03/2019, DJe 16/04/2019; **QO no Inq 1.175/DF**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; **QO na APn 885/DF**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2018, DJe 28/08/2018.

Nessa mesma linha de entendimento, ao proferir voto-vista na Questão de Ordem na Ação Penal n. 857/DF (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL do STJ, julgado em 20/06/2018, DJe 28/02/2019), na qual se examinava a competência para o julgamento de Conselheiro do Tribunal de Contas do DF que, à época do delito, era Deputado Distrital, o Min. LUIS FELIPE SALOMÃO formulou a seguinte ressalva:

“Por fim, ressalto que as teses aqui propostas devem ser aplicadas, haja vista a restrita sede processual na qual submetida a matéria - Questão de Ordem em Ação Penal -, nesse momento, tão somente aos casos de foro por prerrogativa de Conselheiros de Tribunais de Contas, pois, como cediço, a apresentação de questões de ordem visa à resolução de causa procedimental, cuja solução influenciará a percepção do órgão julgador na causa afeta a julgamento, conforme previsão do art. 34, IV, do RISTJ.

Fica ressalvada, assim, expressamente, nova apreciação para cada um dos ocupantes de cargos com foro por prerrogativa de função no STJ e estruturados em carreira de estado (desembargadores, juízes do TRF, TRT e TRE, procuradores da república que oficiam em tribunais), o que será feito oportunamente, não sendo aplicada a mesma fundamentação”.

Secundando a análise do Min. SALOMÃO, em seu voto-vista, também o Ministro FELIX FISCHER, destacou:

Cumprer ressalvar, no entanto, que o entendimento ora estabelecido se restringe ao caso concreto, incapaz de espriar efeitos

Superior Tribunal de Justiça

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.

É bem verdade que as ponderações efetuadas pela Corte Especial deste Tribunal Superior, ao deliberar pela inaplicabilidade da interpretação restritiva contida na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ ao foro por prerrogativa de função de desembargadores, destacaram, principalmente, a possibilidade de que o julgamento de desembargadores por juízes de 1º grau pudesse vir a afetar a imparcialidade necessária à atividade jurisdicional, tendo em conta a hierarquia administrativa e política existente no Poder Judiciário.

Isso não obstante, ainda que se pudesse argumentar que não existe relação de hierarquia entre promotor de justiça e magistrado de 1º grau, entendendo que a delimitação a ser dada ao alcance do foro por prerrogativa de função de juízes estaduais e de membros do Ministério Público contemplado no inciso III do art. 96 da Constituição Federal deve ser estabelecida à luz de três aspectos essenciais.

O primeiro, se extrai da constatação de que todo o raciocínio desenvolvido ao longo do julgamento da Questão de Ordem na AP 937 teve como mote a busca de se atenuar um problema prático decorrente do fato de que eventuais diplomações sucessivas de detentores de mandatos eletivos – ou mesmo de ocupantes de cargos em comissão de investidura provisória – não raro conduzem a constantes alterações dos foros competentes, com prejuízos à efetividade da aplicação da justiça criminal.

Superior Tribunal de Justiça

Lembro, no ponto, que o caso específico examinado na referida Questão de Ordem dizia respeito a indivíduo que, na data do fato a ele imputado, não detinha foro, mas veio a ser eleito Prefeito. Concluído seu mandato perdeu o foro, mas, na qualidade de suplente, veio a assumir a vaga de Deputado Federal. Na sequência, deixou a suplência e voltou ao Município, mas em ocasião posterior voltou a ocupar a vaga do suplente. Tudo isso levou a sucessivas alterações de competência que em nada auxiliaram o andamento da ação penal.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto do Min. ROBERTO BARROSO (Relator):

(...)

E passo por fim, Presidente, à terceira parte do meu voto quanto à questão da necessidade de fixação definitiva da competência do órgão que tem foro por prerrogativa a partir de um determinado momento processual para impedir a manipulação da jurisdição, ou, muitas vezes, como no caso concreto, faça-se justiça, eu não penso que o prefeito municipal que responde a esta ação penal tenha deliberadamente manipulado a jurisdição. Não foi isso que aconteceu. Só que ele era candidato a prefeito, portanto ele não tinha foro; depois ele foi eleito prefeito, passou a ter foro; depois, ele deixou de ser prefeito, cumpriu o seu mandato, voltou para o primeiro grau; depois, ele era deputado suplente e assumiu a vaga, a competência se deslocou para o Supremo; deixou a suplência e voltou para o seu município, para sua comarca, a competência voltou para o primeiro grau; depois o deputado de quem ele era suplente é definitivamente afastado, ele volta para o Supremo. Então, nesse caso, não funcionou sem culpa do réu. Faça-se justiça! Mas a prova de que o sistema é muito ruim é evidente, porque, para sorte do constituinte, do ilustre advogado que esteve na tribuna, daqui a pouco, a pena em concreto, o risco de prescrição é muito grande, não houve prescrição em abstrato, mas há um risco real de prescrição da pena provável, o que evidentemente é muito ruim para o sistema de justiça.

Portanto, mesmo que o réu não tenha culpa, o sistema é péssimo. E a gente, evidentemente, tem que reagir a isso. (...)

(negritei)

Com efeito, a experiência histórica demonstra que um político por vocação provavelmente buscará ocupar diferentes cargos eletivos, se possível cada vez mais

importantes, ao longo de sua carreira.

De outro lado, essa possibilidade de sucessivas alterações de foro relacionada aos detentores de cargos eletivos é consideravelmente menor, quando se tem em mente carreiras estáveis e vitalícias como as dos membros da magistratura e do Ministério Público. Digo consideravelmente menor, pois é evidente que nada impede um magistrado ou membro do *Parquet* de deixar seu cargo vitalício para se candidatar a mandato eletivo.

Com isso em mente, em princípio, não vejo como se estender a situação diferente de ocupantes de carreiras estáveis e vitalícias a mesma razão de decidir que levou à limitação do alcance do foro por prerrogativa de função de parlamentares.

Registro, inclusive, que doutrinadores de peso já se pronunciaram no sentido de que a deliberação contida na QO na AP 937/RJ não se aplica a ações penais em que são réus magistrados e membros do Ministério Público.

Nesse sentido, a doutrina de Aury Lopes Júnior:

“E os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público? Ao menos por ora, estão fora desse novo entendimento. Até o momento do fechamento desta edição, não houve manifestação do STF sobre o tema e tem prevalecido o entendimento de que se aplicam as regras anteriores, ou seja: se alguém comete um crime (qualquer crime) hoje e posteriormente vem a tomar posse como juiz ou promotor (ou ascende pelo quinto constitucional para algum tribunal), ele adquire a prerrogativa, que valerá para qualquer crime (sem a limitação de ter que ser propter officium) até que seja exonerado ou aposentado. Assim, os juízes e promotores, por exemplo, seguem com a prerrogativa de serem julgados pelo respectivo tribunal de justiça, por qualquer crime que venham a praticar (independentemente de ser ou não em razão do cargo) e também pelos crimes cometidos antes da posse. Para eles, segue valendo a regra anterior de que, uma vez empossados, adquirem a prerrogativa inclusive para o julgamento dos crimes praticados anteriormente.”

(Lopes Junior, Aury Celso L. Direito processual penal. Editora Saraiva, 2020, p. 323 – negritei)

Na mesma linha, o entendimento de Rodrigo de Andrade Fígaro Caldeira:

“Assim, é impossível simplesmente estender a ratio decidendi da Questão de Ordem da Ação Penal n. 937/RJ para as carreiras

Superior Tribunal de Justiça

jurídicas portadoras de garantias constitucionais, principalmente no que se refere a vitaliciedade. É de se observar, que na Petição 7.115/DF, a decisão monocrática do STF foi aplicada a um Ministro do Tribunal Superior Eleitoral que detinha cargo temporário exercido por mandato”

(Caldeira, Rodrigo de Andrade Figaro. Foro por prerrogativa de função: conexão e continência. Ed Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2020, pág 77/78 – negritei).

Trago a colação, também, a doutrina de Gustavo Badaró:

“A primeira questão a ser analisada é a do indivíduo que não goza de foro por prerrogativa de função e passa a exercer um cargo ou função – pouco importa se em razão de admissão por concurso público, de nomeação para cargo em confiança ou de eleição – para o qual seja prevista tal prerrogativa. Por exemplo, um cidadão comum que toma posse num concurso para juiz de direito ou que é nomeado Ministro ou que se elege Presidente da República. Considerando que tal indivíduo já tivesse praticado um fato tido por criminoso, antes da posse no cargo, a mudança de seu status profissional ou político implicaria mudança da competência penal? A resposta é positiva.”

(Badaró, Gustavo Tadeu Ivahy. Juiz Natural no Processo Penal. Ed RT Thomson Reuters, 2019, p 273).

Um segundo aspecto que a meu ver merece ponderação é o de que o comprometimento da imparcialidade do órgão julgador ou acusador não se revela apenas nessas hipóteses extremas e exemplificativas em que juiz de 1º grau ou promotor se deparam com a situação de valorar conduta criminosa atribuída ao chefe da instituição a que pertencem. A imparcialidade indispensável para a realização da efetiva justiça criminal ainda estaria comprometida nas hipóteses em que, por dever de ofício, magistrado e membro do Ministério Público tivessem que desempenhar suas funções em processo criminal em que figurasse como réu um colega de comarca ou de promotoria, perante ainda o juízo de primeiro grau da própria comarca.

Não há como se negar que a garantia de imparcialidade constitui um dos fundamentos justificadores da norma que estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça e previu a atribuição do Procurador-Geral de Justiça para officiar nesses feitos.

Por fim, um último ponto que acredito mereça ser pesado é a possibilidade

Superior Tribunal de Justiça

de se ferir o princípio da isonomia ao se afirmar que deve ser mantido todo o alcance do foro por prerrogativa de função de Desembargadores e, por outro lado, restringir-se esse mesmo alcance quando se tratar de magistrados de 1º grau. Isso porque, a despeito de ocuparem cargos em instâncias diferentes, todos são magistrados que detêm as mesmas garantias institucionais. *Mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio se aplica aos membros do Ministério Público.

Dito isso, afirmo minha convicção no sentido de que a *ratio decidendi* que levou ao estabelecimento da tese exposta na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 não se aplica a detentores de foro por prerrogativa de função que ocupam cargos vitalícios.

Observo que, recentemente, a Terceira Seção desta Corte, analisando situação em tudo similar à posta nos autos, assim se pronunciou sobre o tema:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. ART. 238 DA LEI N. 8.069/90. FATO OCORRIDO EM ITABAIANA/SE. INVESTIGADA QUE EXERCE CARGO DE PROMOTORA DE JUSTIÇA NO ESTADO DO CEARÁ. EVENTUAL ILÍCITO QUE NÃO GUARDA RELAÇÃO COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE COM QUESTÃO ANALISADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF NO JULGAMENTO DA QO NA AP 937/RJ. MAGISTRADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO EXERCEM CARGO ELETIVO. PRERROGATIVA DE FORO DE MAGISTRADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREVISTA NO MESMO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL (ART. 96, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CF). A CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ RECONHECEU COMPETÊNCIA PARA JULGAR DESEMBARGADOR POR CRIME SEM RELAÇÃO COM O CARGO (QO NA AP n. 878/STJ). MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF (TEMA 1147). QUESTÃO PENDENTE DE JULGAMENTO PELA SUPREMA CORTE. APLICABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL ACERCA DO TEMA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.

1. O presente conflito negativo de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre tribunal e juiz vinculado a tribunal diverso, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "d" da Constituição Federal.

2. O núcleo da controvérsia consiste em definir se Promotora de Justiça do Estado do Ceará, investigada pela suposta prática do

delito tipificado no art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, possui foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE, nos termos do art. 96, inciso III, da CF; ou se incide, na espécie, por aplicação do princípio da simetria, a interpretação restritiva dada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da CF, no julgamento da QO na AP 937-RJ, segundo a qual o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes praticados no exercício e em razão da função pública exercida.

3. A Corte Especial do STJ, no julgamento da QO na APN 878/DF reconheceu sua competência para julgar Desembargadores acusados da prática de crimes com ou sem relação ao cargo, não identificando simetria com o precedente do STF. Naquela oportunidade firmou-se a compreensão de que se Desembargadores fossem julgados por Juízo de Primeiro Grau vinculado ao Tribunal ao qual ambos pertencem, criar-se-ia, em alguma medida, um embaraço ao Juiz de carreira responsável pelo julgamento do feito. Em resumo, esta Corte Superior apontou discrimen relativamente aos Magistrados para manter interpretação ampla quanto ao foro por prerrogativa de função, aplicável para crimes com ou sem relação com o cargo, com fundamento na necessidade de o julgador desempenhar suas atividades judicantes de forma imparcial. Precedente: QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Corte Especial, DJe 19/12/2018.

Nesse contexto, considerando que a prerrogativa de foro da Magistratura e Ministério Público encontra-se descrita no mesmo dispositivo constitucional (art. 96, inciso III, da CF), seria desarrazoado conferir-lhes tratamento diferenciado.

4. A Suprema Corte, em 28/05/2021, nos autos do ARE 1.223.589/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, por unanimidade, afirmou que a questão ora em debate possui envergadura constitucional, reconhecendo a necessidade de analisar, com repercussão geral (Tema 1.147), a possibilidade ou não do STJ, a partir do artigo 105, inciso I, alínea a, da CF, processar e julgar Desembargador por crime comum, ainda que sem relação com o cargo. Destarte, o precedente estabelecido pelo STF no julgamento da QO na AP 937/RJ diz respeito apenas a cargos eletivos, ao passo que a prerrogativa de foro disciplinada no art. 96, III, da CF, que abrange magistrados e membros do Ministério Público, será analisada pela Suprema Corte no julgamento do ARE 1.223.589, com repercussão geral. Observe-se que o Pleno do STF proveu o agravo para determinar sequência ao recurso extraordinário, razão pela qual, em 08/06/2021 o processo foi reautuado para RE 1.331.044.

5. Diante disso, enquanto pendente manifestação do STF acerca do

tema, deve ser mantida a jurisprudência até o momento aplicada que reconhece a competência dos Tribunais de Justiça Estaduais para julgamento de delitos comuns em tese praticados por Promotores de Justiça.

6. Por derradeiro, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do AgRg no HC 647437/SP, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, realizado em 25/5/2021 (DJe 1/6/2021), não identificou teratologia em situação de denúncia ofertada pelo titular da ação penal perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual se imputou a Promotora de Justiça a prática, em tese, de conduta delituosa não relacionada com o cargo. Naquela oportunidade o ilustre relator ponderou que "(...) não foi demonstrado de maneira patente e inquestionável que o precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937/RJ, limitando o foro por prerrogativa de função às hipóteses de crimes praticados no exercício da função ou em razão dela, se aplicaria à paciente, posto que a Corte Suprema, na ocasião, não deliberou expressamente sobre o foro para processo e julgamento de magistrados e membros do Ministério Público, limitando-se a estabelecer tese em relação ao foro por prerrogativa de função de autoridades indicadas na Constituição Federal que ocupam cargo eletivo."

7. **Considerando a jurisprudência atual sobre o foro por prerrogativa de função descrito no art. 96, III, da CF, conflito conhecido para declarar que compete ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o suscitante, julgar membro do Ministério Público da respectiva unidade da federação pela suposta prática de crime comum não relacionado com o cargo.**

(CC 177.100/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2021, DJe 10/09/2021 – negritei)

Também a Quinta Turma desta Corte já teve oportunidade de analisar situação similar em processo de minha Relatoria e assim se pronunciou:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA EM QUE FIGURA COMO RÉ PROMOTORA DE JUSTIÇA, ANTE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA QO NA AP 937/RJ. ATO APONTADO COMO COATOR: DESPACHO DO RELATOR QUE DETERMINOU A NOTIFICAÇÃO DA DEFESA PARA APRESENTAR RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DENÚNCIA AINDA NÃO RECEBIDA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO SOBRE A

Superior Tribunal de Justiça

CONTROVÉRSIA. INVIABILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO STJ SOBRE O TEMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A ausência de prévia manifestação das instâncias ordinárias sobre os temas objeto de controvérsia no habeas corpus inviabiliza seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto estar-se-ia atuando em afronta à competência constitucional atribuída a esta Corte pelo art. 105 da Carta Magna, assim como promovendo indevida supressão de instância, em patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir. Precedentes.

2. Ainda que nesta Corte haja precedentes em que se admite, de forma excepcionalíssima, a supressão de instância ou mesmo a manifestação desta instância superior sem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, ditas exceções somente encontram guarida em hipóteses nas quais o constrangimento ilegal é flagrante e inquestionável.

3. No caso concreto, entretanto, ainda não houve deliberação da Corte a quo sobre os argumentos que refutam sua competência para o julgamento de ação originária em que figura, como ré, promotora de justiça do mesmo Estado. O ato apontado como coator corresponde a simples despacho do relator do feito, notificando a defesa para apresentar resposta à acusação, no prazo de 15 (quinze) dias, na forma do art. 4º da Lei 8.038/90, manifestação essa que precede o recebimento da denúncia.

4. Ademais, não foi demonstrado de maneira patente e inquestionável que o precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937/RJ, limitando o foro por prerrogativa de função às hipóteses de crimes praticados no exercício da função ou em razão dela, se aplicaria à paciente, posto que a Corte Suprema, na ocasião, não deliberou expressamente sobre o foro para processo e julgamento de magistrados e membros do Ministério Público, limitando-se a estabelecer tese em relação ao foro por prerrogativa de função de autoridades indicadas na Constituição Federal que ocupam cargo eletivo.

De igual forma, na Questão de Ordem no Inquérito 4.703-DF, Primeira Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, os eminentes Ministros LUÍS ROBERTO BARROSO e ALEXANDRE DE MORAES ressalvaram a pendência deliberativa da questão, em relação aos magistrados e membros do Ministério Público (CF/88, art. 96, III).

Também essa Corte Superior de Justiça, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 857, já teve oportunidade de afirmar que as razões de decidir e a conclusão postas na Questão de Ordem na AP 937/RJ não se aplicam aos ocupantes de cargos com

Superior Tribunal de Justiça

foro por prerrogativa de função estruturados em carreira de estado (desembargadores, juízes do TRF, TRT e TRE, procuradores da república que oficiam em tribunais), em votos-vista proferidos pelo Min. LUIS FELIPE SALOMÃO e pelo Min. FELIX FISCHER.

Nessa linha, a Corte Especial do STJ reconheceu a competência do STJ para o julgamento de delito cometido por desembargador, entendendo inabalada a existência de foro por prerrogativa de função, ainda que o crime a ele imputado não estivesse relacionado às funções institucionais de referido cargo público e não tenha sido praticado no exercício do cargo. Precedentes: QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; QO no Inq 1.188/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; QO na Sd 705/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019; Sd 699/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 14/03/2019, DJe 16/04/2019; QO na APn 885/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2018, DJe 28/08/2018.

Em tais julgados, salientou-se ser recomendável a manutenção do foro por prerrogativa de função de desembargador, perante o Superior Tribunal de Justiça, ainda que o suposto crime não tenha sido praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função, uma vez que "o julgamento de Desembargador por Juiz vinculado ao mesmo Tribunal gera situação, no mínimo, delicada, tanto para o julgador como para a hierarquia do Judiciário, uma vez que os juízes de primeira instância têm seus atos administrativos e suas decisões judiciais imediatamente submetidas ao crivo dos juízes do respectivo Tribunal de superior instância" e que "A atuação profissional do juiz e até sua conduta pessoal, podem vir a ser sindicados, inclusive para fins de ascensão funcional, pelos desembargadores do respectivo Tribunal. Essa condição, inerente à vida profissional dos magistrados, na realidade prática, tende a comprometer a independência e imparcialidade do julgador de instância inferior ao conduzir processo criminal em que figure como réu um desembargador do Tribunal ao qual está vinculado o juiz singular" (QO na Sd 705/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018).

5. De consequência, é necessário que a Corte de origem estabeleça as premissas fáticas e jurídicas que entende aplicáveis à hipótese em exame, manifestando-se sobre os temas aventados pela defesa, para que, somente em seguida, no exercício de sua competência revisional, o Superior Tribunal de Justiça examine o suposto constrangimento ilegal apontado, tanto mais que, além da alegação de inexistência de competência racione personae no caso concreto, a controvérsia exige a verificação da existência, ou não, de

Superior Tribunal de Justiça

conexão das condutas ilícitas imputadas à paciente e aos demais corréus com possíveis ações penais e/ou investigações em curso na Justiça Federal.

6. Não se pode desconsiderar, tampouco que, no exame da competência da Justiça Federal, envolvendo magistrado ou membro do Ministério Público estadual, é preciso recordar a orientação do Excelso Pretório em hipóteses envolvendo o disposto no art. 96, III, da CF/88 (RHC 81.944-3-RJ, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 04/06/2002 e HC 68.846-RJ, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 16.06.1995, HC 72.686-RJ, Rel. Ministro NERI DA SILVEIRA, DJ de 19.04.1996 e HC 74.573-RJ e HC 74.573-RJ, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 30.04.1998).

7. Recomendação, todavia, à Corte Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo celeridade na apreciação da exceção de incompetência n. 0013186-61.2021.8.26.0000 suscitada por corré na mesma ação penal originária, na qual se questiona exatamente a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento da ação penal em formação (denúncia ainda não apreciada).

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 647.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 01/06/2021) – negritei.

Acerca das alegações de que (1) o suposto delito teria sido praticado após cessação do exercício funcional e (2) a manutenção do foro por prerrogativa violaria o enunciado n. 451 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o acórdão deixa claro que o paciente se encontra "em disponibilidade compulsória desde 16/4/2019, tendo suportado penalidades aplicadas em Procedimentos Disciplinares Administrativos instaurados perante a Corregedoria-Geral do Ministério Público, conforme Certidão de fls. 10, eis que ainda é, para todos os fins, integrante dos quadros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais", ressaltando, ainda, que "mesmo em disponibilidade, o Suscitante continua (a) sujeito às vedações constitucionais, embora classificado em outro quadro especial, nos termos do art. 39, § 1º, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/1993)".

Portanto, ao que parece, o paciente ainda não foi afastado definitivamente e, como é cediço, "Para que possa ocorrer a perda do cargo do membro do Ministério Público, são necessárias duas decisões. A primeira, condenando-o pela prática do crime e a segunda, em ação promovida pelo Procurador-Geral de Justiça, reconhecendo que o referido crime é

Superior Tribunal de Justiça

incompatível com o exercício de suas funções, ou seja, deve existir condenação criminal transitada em julgado, para que possa ser promovida a ação civil para a decretação da perda do cargo (art. 38, § 2º, da Lei n. 8.625/1993)." (AgRg no REsp 1.409.692/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 31/5/2017).

Nesse mesmo sentido: REsp 1.428.833/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe 22/9/2016; REsp 1.251.621/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 12/11/2014; REsp 1.191.613/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 19/3/2015, DJe 17/4/2015 e REsp 1.773.162/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 5/3/2020, DJe 24/6/2020.

Saliento, por fim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que o foro por prerrogativa de função estabelecido na Constituição Federal prevalece em relação à competência do tribunal do júri, em razão de sua especialidade.

Nesse sentido:

EMENTA: - Habeas corpus. 2. Procurador do Estado da Paraíba condenado por crime doloso contra a vida. 3. A Constituição do Estado da Paraíba prevê, no art. 136, XII, foro especial por prerrogativa de função, dos procuradores do Estado, no Tribunal de Justiça, onde devem ser processados e julgados nos crimes comuns e de responsabilidade. 4. O art. 136, XII, da Constituição da Paraíba, não pode prevalecer, em confronto com o art. 5º, XXXVIII, letra d, da Constituição Federal, porque somente regra expressa da Lei Magna da República, prevendo foro especial por prerrogativa de função, para autoridade estadual, nos crimes comuns e de responsabilidade, pode afastar a incidência do art. 5º, XXXVIII, letra d, da Constituição Federal, quanto à competência do Júri. 5. Em se tratando, portanto, de crimes dolosos contra a vida, os procuradores do Estado da Paraíba não de ser processados e julgados pelo Júri. 6. Habeas Corpus deferido para anular, ab initio, o processo, desde a denúncia inclusive, por incompetência do Tribunal de Justiça do Estado, devendo os autos ser remetidos ao Juiz de Direito da comarca de Taperoá, PB, determinando-se a expedição de alvará de soltura do paciente, se por al não houver de permanecer preso.

Superior Tribunal de Justiça

(HC 78.168, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/1998, DJ 29/8/2003, PP-00035 EMENT, VOL-02121-15 PP-02955) – negritei.

EMENTA: AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE ORDEM. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA IMPUTADO A PARLAMENTAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NORMA CONSTITUCIONAL ESPECIAL. PREVALÊNCIA. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente.

(AP 333, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 5/12/2007, DJe-065, DIVULG 10/4/2008, PUBLIC 11/4/2008, EMENT VOL-02314-01 PP-00011) – negritei.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Crime doloso contra a vida. Tribunal do júri. Alteração de competência. Foro especial por prerrogativa de função. Liminar concedida em mandado de segurança. Cassação. Súmula 405/STF. Aplicação ao caso. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. No julgamento do mérito do MS nº 27.542/DF, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, a Segunda Turma da Corte denegou a segurança pleiteada pelo ora agravante, com a consequente cassação da liminar outrora deferida pelo saudoso Ministro Menezes Direito, na qual Sua Excelência suspendeu os efeitos da decisão administrativa que negara o vitaliciamento do agravante no cargo de promotor de justiça. 2. Por força da Súmula 405/STF, devem ser restabelecidos os efeitos da decisão do CNMP, que implicou a perda do cargo de promotor de justiça pelo agravante. 3. Em face disso, não mais dispunha ele de foro por prerrogativa de função, o qual

Superior Tribunal de Justiça

fundamentou a realização do julgamento dos delitos a ele imputados perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vez de perante o juiz natural da causa. 4. Assim, deve ser prestigiada a competência do tribunal do júri para julgar crimes dolosos contra a vida, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 939.071 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 8/6/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169, DIVULG 3/7/2020, PUBLIC 6/7/2020) – negritei.

Não se evidencia, assim, constrangimento ilegal no julgado impugnado.

Ante o exposto, **denego a ordem** pleiteada.

É como voto.”

