

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES, DD.
RELATOR DO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 155.516, DO E.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PAULO CEZAR LARANJEIRA, já qualificado, vem, respeitosamente, nos autos do processo em epígrafe, à presença de V.Exa., por seus advogados (e-STJ Fl. 16), inconformado com a r. decisão monocrática que negou provimento ao recurso ordinário, publicada no DJe em 03/09/2018, interpor

AGRAVO REGIMENTAL,

com fundamento no art. 317 do Regimento Interno do E. STF, pelas razões que passa a expor.

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em face de v. acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça (HC STJ 375.393) que negou a ordem, por entender que a questão não foi suscitada nem debatida na origem e, ainda, que somente a perda definitiva do cargo pode retirar o foro por prerrogativa de função, o que não seria o caso do agravante, por estar em disponibilidade.

A r. decisão monocrática agravada, por sua vez, negou provimento ao recurso ordinário, por entender que: **a)** haveria supressão de instância no exame da questão pelo E. STF, por ausência de prévio debate perante o E. Tribunal de Justiça de origem; **b)** a pena administrativa de disponibilidade não cassou as prerrogativas do cargo de promotor de justiça, dentre elas as vedações constitucionais, contagem de dias em disponibilidade como efetivo exercício e o julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; e, por fim, **c)** a disponibilidade não suprime o direito ao foro por prerrogativa de função, e, por consequência, não retira a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar o recorrente, sendo que somente o rompimento definitivo do vínculo com a instituição acarretaria a perda do foro especial.

Com todas as vênias e não obstante os fundamentos invocados na respeitável decisão monocrática, o agravante aguarda sua **reconsideração** ou **reforma**, pelos seguintes motivos.

RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

O recorrente não pode se conformar com o entendimento da r. decisão agravada, uma vez que, ainda que não tenha sido desligado do cargo, é incontroverso que perdeu o exercício da função.

E todo o arcabouço normativo sobre o foro por prerrogativa de função, conforme interpretação desse E. STF, destina-se a garantir a independência do membro da instituição **em atividade**, o que não é o caso do agravante.

Com relação ao fundamento da r. decisão agravada sobre a impossibilidade de exame originário da questão pelo E. STF, sob pena de supressão de instância, o agravante pondera que o descumprimento a

respeito de regras de competência absoluta acarreta nulidade insanável, cognoscível a qualquer tempo, por se tratar de regras que partem de exigência “*imposta pela lei em função do interesse público*” (Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal, 8ª. Ed., pág. 288).

Nesse sentido ensina Fernando da Costa Tourinho Filho:

*“Já vimos que a incompetência pode ser absoluta ou relativa. No primeiro caso (Justiça Especial apreciando questão da alçada da Justiça Comum ou vice-versa, incompetência racione personae, Justiça Civil julgando questão criminal etc.), a imperfeição ou defeito do ato **poderá ser arguida em qualquer fase do procedimento.**”* (Manual de processo penal, 14ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 536 – grifou-se)

E, conforme já decidiu o E. STJ, por meio de sua C. Corte Especial, “*Sendo a competência em **razão da função modalidade de competência absoluta**, o reconhecimento de sua cessação deve se dar **de ofício e a qualquer momento da tramitação**, não sendo possível falar em prorrogação de competência para julgamento de agravo, ainda que o recurso tenha sido interposto antes da renúncia.*” (STJ, AgRg no Inq 971/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 21/11/2014 – grifou-se)

Ademais, as nulidades absolutas e insanáveis, como é cediço, **não estão cobertas por preclusão** (STF, RHC 85658, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2005, DJ 12-08-2005 PP-00012 EMENT VOL-02200-01 PP-00125).

Assim, pondera, respeitosamente, que **não há** impedimento para o exame da questão, tanto mais porque o reconhecimento da nulidade pode ensejar concessão da ordem *de ofício*.

Com relação à fundamentação da r. decisão agravada sobre a não supressão das prerrogativas inerentes ao cargo, o agravante pondera que a **disponibilidade involuntária** (art. 163, LC 734/93 de SP), que foi aplicada ao agravante, diferentemente da disponibilidade voluntária (art. 162, LC 734/93 de SP), assemelha-se muito mais a **pena de aposentadoria compulsória** do que a mero afastamento temporário.

Isso porque, no caso da disponibilidade involuntária, aplicada, aliás, **sem prazo certo**, o membro do Ministério Público passa a receber vencimentos proporcionais ao tempo de serviço:

“Artigo 163 - O membro vitalício do Ministério Público também poderá, por interesse público, ser posto em disponibilidade por deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, na forma do seu Regimento Interno, mediante processo que terá início mediante representação do Corregedor-Geral do Ministério Público e será instruído pela Comissão Processante Permanente, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, dentre outras, nas seguintes hipóteses:

(...)

*§ 4º - Na disponibilidade prevista neste artigo, serão garantidos ao membro do Ministério Público **vencimentos proporcionais ao tempo de serviço**, assegurada no mínimo uma terça parte dos seus vencimentos.” (LC 734/93 de SP – e-STJ Fl. 317/378 - grifou-se)*

No caso da disponibilidade voluntária, são assegurados vencimentos integrais (art. 162, LC 734/93 de SP – e-STJ Fl. 317)

Além disso, o tempo de afastamento por disponibilidade involuntária não é computado para efeito de promoção ou remoção:

“Artigo 151 - Não podem concorrer à promoção e remoção por merecimento os Promotores de Justiça afastados da carreira e os que tenham a ela regressado há menos de 6 (seis) meses, salvo a hipótese do afastamento previsto no inciso IV, do artigo 217, desta lei complementar.

*Parágrafo único - **O tempo de afastamento por disponibilidade decorrente de punição não será computado para efeito de promoção ou remoção.**” (LC 734/93 de SP – e-STJ Fl. 316 – grifou-se)*

E a mera possibilidade de aproveitamento do membro em disponibilidade, por si só, não modifica o fato de que, durante a disponibilidade, **inexiste exercício funcional**, pressuposto do foro por prerrogativa de função estabelecido na Constituição da República.

Ora, a aposentadoria também comporta possibilidade de reversão e retorno do aposentado ao exercício funcional (**art. 67** da Lei 8.265/93 e **art. 153** da LC 734-96 – e-STJ Fl. 316), mas, mesmo assim, o E. STF entendeu que não há aplicação do foro especial aos aposentados (**Tema 453 da Repercussão Geral**), exatamente porque essa garantia visa a proteger o exercício da função e não a pessoa que já exerceu a função.

Isso porque *“A independência funcional é princípio institucional do Parquet (CF, artigo 127, § 1º), que se viabiliza, dentre outras, pelas prerrogativas reservadas **aos seus membros em atividade.**”* (STF, ADI 2534 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002 – grifou-se)

Por isso que: *“4. A competência por prerrogativa de foro deixa de existir quando **cessado o exercício da função pública.** Precedentes*

do STF e do STJ.” (STJ, AgRg no AgRg no Inq 971/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 21/11/2014 – grifou-se)

Quando do julgamento do **RE 549.560 (Tema 453 da Repercussão Geral)**, constou expressamente a disponibilidade como causa de afastamento do exercício funcional, ao lado da aposentadoria voluntária e compulsória:

*“A vitaliciedade dos magistrados brasileiros não se confunde, por exemplo, com a life tenure garantida a certos juízes norte-americanos, em especial aos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos, os quais continuam no cargo enquanto bem servirem ou tiverem saúde para tal, visto que, entre nós, dele **podem ser afastados por vontade própria, sentença judiciária, disponibilidade e aposentadoria voluntária ou compulsória.**”*
(STF, RE 549560, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 29-05-2014 PUBLIC 30-05-2014 – grifou-se)

Sendo assim, o entendimento da r. decisão recorrida **de que somente o afastamento definitivo** é que poderia fazer cessar o foro por prerrogativa de função não está em consonância, *data maxima venia*, com a melhor interpretação jurídica do arcabouço legislativo e constitucional do tema, inclusive porque nem mesmo a aposentadoria representa hipótese de afastamento definitivo, haja vista a possibilidade de reversão (art. 67 da Lei 8.625/93 e 141 da LC 734/93 de SP – e-STJ Fls. 315).

Ressalte-se ser incontroverso que a disponibilidade **remove o exercício funcional** do membro do Ministério Público, tanto que somente o ato de aproveitamento pode devolver o exercício da função ao Promotor de Justiça colocado em disponibilidade, nos exatos termos do art. 68 da Lei 8.265/93 (e-STJ Fl. 279) e art. 142 da LC 734/93 de SP (e-STJ Fl. 315).

Assim, embora ao tempo do oferecimento da denúncia o E. Tribunal de Justiça de SP fosse competente para processar e julgar o agravante (art. 96, III, CF), essa competência já havia cessado por ocasião da decisão de recebimento da peça acusatória, uma vez que o motivo que a justificava (exercício funcional do paciente) **não mais existia**.

Isso porque, anteriormente ao oferecimento da denúncia, o Corregedor-Geral do Ministério Público havia formulado representação, em 28/02/2008, para que o agravante **fosse colocado em disponibilidade** por interesse público, nos termos do art. 15, VIII, da Lei 8.265/93 (LOMP), e art. 163, I e II, parágrafo único, da Lei Complementar 734/93, do Estado de SP (LOEMP) (**e-STJ Fls. 213/214**) .

E em 06/12/2008, em razão de deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça de SP pôs o agravante em disponibilidade (**e-STJ Fl. 215**).

A denúncia contra o agravante veio a ser recebida pelo Órgão Especial do E. TJSP em 04/03/2009 (**e-STJ Fl. 218**), ou seja, posteriormente à disponibilidade do paciente.

Por isso, o foro especial não pode ser aplicado aos Promotores de Justiça postos em disponibilidade, por faltar ao foro diferenciado, no caso, o requisito essencial do **efetivo exercício das funções**.

Assim, é imperiosa a decretação de nulidade da v. decisão que recebeu a denúncia contra o agravante e de todos os atos subsequentes, inclusive do v. acórdão que o condenou pelo delito de sonegação de documento (art. 314, CP), tudo porque proferidos por Juízo absolutamente incompetente.

Quanto à fundamentação de inexistência de prejuízo, também não pode o agravante conformar-se, já que o prejuízo decorrente da nulidade é evidente.

Primeiro porque o agravante encontra-se efetivamente condenado e, segundo, porque, ao ser-lhe suprimido o Juiz Natural, de primeira instância, o agravante perdeu acesso à possibilidade de ter a **matéria de fato** apreciada por duas instâncias.

Como é cediço, o direito de recorrer é considerado garantia mínima de qualquer acusado, sendo certo que “o acesso à *instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais*” (STF, HC 88.420, DJ 08-06-2007), porquanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos está “*abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna*” (STF, RE 466.343, Dje 04-06-2009).

Em suma, por qualquer ângulo que se examine a questão, a **nulidade** do processamento e julgamento do agravante conforme as regras do foro por prerrogativa de função, embora ele estivesse sem exercício da função, é consequência que deve ser reconhecida a qualquer tempo, como ora se pretende.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

Ante o exposto, requer a V.Exa., respeitosamente, seja **reconsiderada** a r. decisão agravada ou, se o caso, seja o feito apresentado em mesa, para que seja dado **PROVIMENTO ao presente agravo**

regimental, concedendo-se a ordem pleiteada no recurso ordinário em *habeas corpus*, por ser medida de Justiça.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 06 de setembro de 2018.

Ronaldo Augusto Bretas Marzagão

OAB/SP 123.723

Luís Felipe Bretas Marzagão

OAB/SP 207.169