



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.676 - SC (2012/0078054-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : RUY SAMUEL ESPÍNDOLA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ODILSON VICENTE DE LIMA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL INTENTADA CONTRA O PACIENTE E OUTRO CORRÉU, EX-PREFEITO MUNICIPAL. PRERROGATIVA DE FORO. LEI 10.628, DE 24/12/2002, QUE INSERIU OS §§ 1º E 2º AO ART. 84 DO CPP. INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDA EM 2.º GRAU, E REJEITADA, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, EM 14/12/2004. INCONSTITUCIONALIDADE POSTERIORMENTE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA ADI 2.797, EM 15/09/2005. EFEITOS **EX TUNC**. SUPERVENIÊNCIA DA MODULAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM 17/05/2012, DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º E 2º DO ART. 84 DO CPP, EM SUA NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI 10.628, DE 24/12/2002. PRESERVAÇÃO DA VALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS, ENTRE 24/12/2002 E 15/09/2005, EM AÇÕES PENAS CONTRA EX-OCUPANTES DE CARGOS COM PRERROGATIVA DE FORO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o acórdão condenatório, em preliminar de incompetência, suscitada pelo Ministério Público, afastou, em 14/12/2004, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pela Lei 10.628/2002, que estabeleceu a competência por prerrogativa de função, mesmo após a cessação do exercício da função pública pelo corrêu, Prefeito Municipal, à época dos fatos.

II. Posteriormente, no julgamento da ADI 2.797/DF, em 15/09/2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal – que estabelecia a prorrogação da competência por prerrogativa de função, relativa aos atos administrativos do agente, às hipóteses em que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública –, e igualmente do § 2º do mesmo dispositivo legal, que determinava a sua extensão à ação de improbidade administrativa.

III. O presente **Habeas corpus** merece ser conhecido, por não ser substitutivo de Recurso Especial – efetivamente interposto, pelo paciente, inadmitido, na origem, tendo sido interposto Agravo ao Superior Tribunal de Justiça, não conhecido, por intempestividade, existindo Agravo Regimental, a ser também julgado, na presente assentada – ou de Revisão Criminal, porquanto não transitada em julgado a condenação.

IV. Não há supressão de instância, com o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da matéria – não arguida no Recurso Especial –, porquanto a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função, com fundamento na Lei 10.628/2002, foi arguida, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, entretanto, rejeitou tal preliminar. O fato superveniente ao acórdão condenatório, proferido em 14/12/2004, e à interposição do Recurso Especial, pelo paciente, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP – inseridos pela Lei 10.628/2002 –, nos autos das ADIs 2.797 e 2.860, em 15/09/2005, pelo Supremo Tribunal Federal, representa um argumento de reforço à tese expressamente enfrentada e rechaçada pelo acórdão impugnado.

V. Ademais, como o Recurso Especial foi interposto, pelo paciente, e inadmitido, em 20/06/2005 – antes, portanto, de 15/09/2005, quando o STF declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628/2002 –, tal argumento de reforço não poderia constar daquele Recurso.

VI. De qualquer sorte, a alegada incompetência absoluta do Juízo de 2º Grau para o julgamento de ex-detentores de mandato eletivo geraria nulidade de atos decisórios, que poderia ser reconhecida até mesmo de ofício, se o caso, nos termos dos arts. 564, I, 567 e 648, IV, do CPP, não tendo o impetrante outra via senão o **habeas corpus**, para arguir tal matéria.

VII. O controle de constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é orientado pela teoria da nulidade da norma inconstitucional, a exemplo do direito norte-americano. A lei inconstitucional é considerada nula **ipso jure** e **ex tunc** (e não simplesmente anulável), em decorrência do princípio da soberania da Constituição. A decisão que a declara produz efeitos repristinatórios e possui natureza declaratória, limitando-se a constatar vício já existente, alcançando atos anteriores ao reconhecimento da inconstitucionalidade.

VIII. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

IX. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 17/05/2012, ao julgar Embargos de Declaração, opostos pelo Procurador-Geral da República, na ADI 2.797/DF, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, em sua nova redação, conferida pela Lei 10.628/2002, assentando a sua eficácia a partir de 15/09/2005 (data do julgamento da ADI), preservando a validade dos atos processuais praticados em ações de improbidade, inquéritos e ações penais contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro (Informativo 666 do STF), modulação de efeitos incidente, na hipótese dos autos.

X. "A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalidade” (STF, ADI 4029, Rel. Min. LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 27/06/2012).

XI. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.676 - SC (2012/0078054-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de ODILSON VICENTE DE LIMA, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, em 14/12/2004, nos autos da Ação Penal 2004.015240-0, julgou, em competência originária, procedente a pretensão acusatória, para condenar o paciente e o corréu Aguacy Oliveira Braz – Prefeito Municipal de Romelândia/SC, de 1993/1995 (fl. 65e), à época dos fatos, ocorridos de 1994 a 1995 –, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incursos no art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67 (fls. 30/49e).

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o acórdão condenatório é nulo, por incompetência do Juízo, ante a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, na redação da Lei 10.628, de 24/12/2002, inconstitucionalidade que não foi reconhecida pelo acórdão condenatório, proferido, assim, por Juízo incompetente, em 14/12/2004, na pendência das ADIs 2797 e 2860, no Supremo Tribunal Federal; que, interpostos Recursos Especial e Extraordinário contra o acórdão impugnado, sem aduzir tal tese, é o **writ** a via adequada para provocar a nulidade absoluta do acórdão; que “é possível fazê-lo, nesta via, em face da ausência de preclusão da matéria e pelo fato de que o tema trata de questão de ordem pública processual conhecível em qualquer tempo e grau, especialmente em sede de **habeas corpus**, que pode ser concedido mesmo de ofício pelo juízo processante” (fl. 13e); que o prejuízo com a nulidade é manifesto, em face da própria condenação do paciente, pelo acórdão impugnado, que se negou a acolher, em controle difuso, a tese da inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função, para os agentes políticos com mandato exaurido, eis que o corréu Aguacy Oliveira Braz já não era Prefeito, quando proposta a Ação Penal, em 11/04/2000, e quando foi ela decidida, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em 14/12/2004; que, publicado o acórdão condenatório, em 09/03/2005, o paciente interpôs Recursos Especial e Extraordinário, inadmitidos, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem, pelo que foram, então, interpostos os respectivos Agravos, pendentes de julgamento; que, após o julgamento da Ação Penal, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em 14/12/2004, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, em 15/09/2005, dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628, de 24/12/2002, razão pela qual deve ser reconhecida a competência do Juízo de Direito da Comarca de Anchieta/SC para o julgamento da Ação Penal 2004.015240-0, tendo em vista os efeitos **ex tunc** e vinculantes da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Alegam, ainda, que, embora o art. 27 da Lei 9.868/1999 faculte, ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por maioria de dois terços de seus membros, restringir, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da decisão, ou deliberar que só tenha ela eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, ele não o fez, na oportunidade do julgamento.

Aduzem, outrossim, que, reconhecida a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 – denominada Lei da Ficha Limpa, que deu nova redação à Lei Complementar 64/90 – por decisão do Supremo Tribunal Federal de 16/02/2012, nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e da ADI 4.578, a presente condenação constitui hipótese de inelegibilidade, prevista no art. 1º, I, letra **e**, n. 1, da Lei Complementar 64/90.

Sustentam que não há que se falar em "supressão de instância quanto ao tema de fundo desta ação mandamental, eis que a e. Corte estadual rechaçou, expressamente, no aresto impetrado, a tese deste *writ heróico*" (fl. 10e).

Requerem, por esses motivos, o deferimento do pedido de liminar, para suspender os efeitos do acórdão condenatório, até o julgamento do mérito do presente **writ**, com a declaração da nulidade do acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos da Ação Penal 2004.015240-0, na sessão de julgamento de 14/12/2004, com a consequente remessa dos autos ao Juízo de Direito da Comarca de Anchieta/SC, para a prolação de nova sentença, em cumprimento às cláusulas constitucionais do juiz natural.

O pedido formulado em sede de liminar foi indeferido (fls. 177/178e).

As informações foram prestadas, pela autoridade apontada como coatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 188/192e).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem, e, no mérito, pela sua denegação (fls. 212/228e).

O impetrante, em face do pedido de fl. 26e, foi intimado, por telefone, da sessão de julgamento do presente, em 11/12/2012, certificando-se a respeito (fl. 236e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.676 - SC (2012/0078054-7)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Como se viu do relatório, objetivam os impetrantes anular a condenação criminal do paciente, por incompetência absoluta do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para processar e julgar, em 14/12/2004, crime cometido por ex-Prefeito, em concurso de agentes com o paciente, em virtude da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pela Lei 10.628, de 24/12/2002, que, após, em 15/09/2005, veio a ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal.

Narra a inicial que o paciente e o corréu Aguacy de Oliveira Braz, Prefeito Municipal de Romelândia/SC, na gestão 1993/1995 (fl. 65e) – denunciados, em 11/04/2000 (fl. 53e), perante a Comarca de Anchieta/SC, cujo Juízo declarou, em 12/05/2004, a sua incompetência para processar e julgar a Ação Penal, em face da Lei 10.628/2002, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (fls. 74/75e) –, foram condenados por aquela Corte, na sessão de julgamento de 14/12/2004, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incursos no art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67.

Nas informações, a autoridade apontada como coatora apresentou a seguinte síntese dos fatos:

“Instaurado o Inquérito n. 1999.005149-8 contra o paciente e outro investigado (Prefeito Municipal de Romelândia à época dos fatos) para a apuração de irregularidades na administração do referido Município, a Segunda Câmara Criminal, em 23-11-1999, por acórdão da lavra do Desembargador Substituto Nilson Macedo Machado, decidiu, por unanimidade, declarar a incompetência do Tribunal de Justiça e remeter os autos à Comarca de Anchieta para prosseguimento do feito (doc. n. 1 e doc. n. 2), onde ambos foram denunciados na Ação Penal n. 002.98.000714-5 (doc. n. 3). Em 12-5-2004, foi determinada a remessa do feito, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento, ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (doc. n. 4), na ocasião em que o Procurador de Justiça, ratificando os atos praticados pelo representante do Ministério Público de primeiro grau, ofereceu denúncia contra o paciente e outro corréu como incursos, em tese, nas sanções do artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, c/c artigos 29 e 71, ambos do Código Penal.

Em 14-12-2004, nos autos do Processo Crime n. 2004.015240-0 (doc. n. 5), a Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar de incompetência da Corte para proceder ao julgamento e, no mérito, julgar procedente a denúncia para condenar o paciente e outro corréu à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos (art. 44, § 2º, do CP), nas condições a serem fixadas pelo Juízo da Execução, por infração ao artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Foi decretada, ainda, em relação ao outro denunciado, a inabilitação para o exercício do cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, sem prejuízo da reparação do dano causado ao patrimônio público (§ 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/3967), nos termos da ementa que segue:

PENAL E ADMINISTRATIVO - ARTIGO 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/67 - PREFEITO MUNICIPAL E VEREADOR - DESVIO DE VERBA PÚBLICA - PRELIMINARES REJEITADAS - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO - DENÚNCIA PROCEDENTE.

Pagamentos decorrentes de procedimento licitatório, não efetuado às empresas vencedoras, mas depositados em conta-corrente particular do vereador, sem explicação plausível para tanto, bastam para a certeza moral do cometimento de desvio de verba pública. (Rel. Des. Amaral e Silva) (doc. n. 6).

Dessa decisão, o paciente interpôs recursos especial e extraordinário, cujo seguimento foi negado por decisão monocrática do 2º Vice-Presidente (doc. n. 7 e doc. n. 8).

Diante da negativa interpôs, também, os respectivos agravos de instrumento, os quais se encontram pendentes de julgamento (doc. n. 9 e doc. n. 10)” (fls. 188/190e).

Interposto Agravo de Instrumento, perante o Superior Tribunal de Justiça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi ele conhecido, diante de sua intempestividade, decisão esta publicada em 12/06/2012, contra a qual foi interposto Agravo Regimental, que também trago a julgamento, na presente sessão.

Em 06/07/2012, foi ajuizada Medida Cautelar, perante o Superior Tribunal de Justiça, objetivando a concessão de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, cujo pedido restou indeferido.

Delimitada a situação fática, passo à análise da alegação de nulidade do édito condenatório.

Em preliminar de incompetência, suscitada pela acusação, o acórdão impugnado afastou, em 14/12/2004, a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, que estabeleceu a competência por prerrogativa de função, mesmo após a cessação do exercício da função pública pelo corréu Aguacy Oliveira Braz, Prefeito Municipal, à época dos fatos (1993/1995), conforme se verifica do seguinte excerto:

“Rejeito a preliminar de incompetência deste juízo para proceder ao julgamento, diante da prerrogativa de função.

A Lei n. 10.628/2002 deu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando no § 1º a regra de que prevalece a competência especial por prerrogativa de função nas ações judiciais iniciadas após a cessação do exercício da função pública.

O art. 2º do Código de Processo penal preceitua que a lei processual tem aplicação imediata.

Embora haja duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797 e n. 2.860 ajuizadas respectivamente pela Associação dos Membros do Ministério Público e pela Associação dos Magistrados Brasileiros junto ao Supremo Tribunal Federal, contra a Lei n. 10.628/2002, este Tribunal tem decidido pela sua aplicabilidade, enquanto pendentes de julgamento as respectivas ADIns” (fls. 37/38e).

Conheço do presente **Habeas corpus**, que não é substitutivo de Recurso Especial – efetivamente interposto, pelo paciente, inadmitido, na origem (fls. 100/101e), tendo sido interposto Agravo ao Superior Tribunal de Justiça, não conhecido, por intempestividade, existindo Agravo Regimental, a ser julgado, na presente assentada – ou de Revisão Criminal, porquanto não transitada em julgado a condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não há supressão de instância, com o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da matéria – não arguida no Recurso Especial (fls. 100/101e) –, porquanto a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função, com fundamento na Lei 10.628/2002, foi arguida, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, entretanto, rejeitou tal preliminar (fls. 37/38e). O fato superveniente ao acórdão condenatório, proferido em 14/12/2004, e à interposição do Recurso Especial, pelo paciente, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP – inseridos pela Lei 10.628/2002 –, nos autos das ADIs 2.797 e 2.860, em 15/09/2005, pelo Supremo Tribunal Federal, representa um argumento de reforço à tese expressamente enfrentada e rechaçada pelo acórdão impugnado.

Ademais, como o Recurso Especial foi interposto, pelo paciente, e inadmitido, em 20/06/2005 (fl. 101e) – antes, portanto, de 15/09/2005, quando o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628/2002 –, tal argumento de reforço não poderia constar daquele Recurso.

De qualquer sorte, a alegada incompetência absoluta do Juízo de 2º Grau para o julgamento de ex-detentores de mandato eletivo geraria nulidade de atos decisórios, que poderia ser reconhecida até mesmo de ofício, se o caso, nos termos dos arts. 564, I, 567 e 648, IV, do CPP, não tendo o impetrante outra via senão o **habeas corpus**, para arguir tal matéria.

Ademais, reconhecida a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 – denominada Lei da Ficha Limpa, que deu nova redação à Lei Complementar 64/90 –, por decisão do Supremo Tribunal Federal de 16/02/2012, nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e da ADI 4.578, a presente condenação constitui hipótese de inelegibilidade, prevista no art. 1º, I, letra e, n. 1, da Lei Complementar 64/90, não havendo, portanto, como desconstituir o acórdão condenatório, em sede recursal.

A Lei 10.628, de 24/12/2002, conferiu a seguinte redação ao art. 84 do Código de Processo Penal:

"Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. (Redação dada pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002)

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. (Incluído pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002)

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

A ADI 2.797, proposta pela Associação Nacional do Ministério Público-CONAMP, e a ADI 2.860, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil-AMB, questionaram a constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, incluídos pela Lei 10.628/2002, sendo determinado o apensamento dos autos, para julgamento conjunto.

No julgamento da ADI 2.797/DF, ocorrido em 15/09/2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do do Código de Processo Penal – que estabelecia a prorrogação da competência por prerrogativa de função, relativa aos atos administrativos do agente, às hipóteses em que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública – e igualmente do § 2º do mesmo dispositivo legal, que determinava a sua extensão à ação de improbidade administrativa.

O referido julgado restou assim ementado:

"I. ADIn: legitimidade ativa: 'entidade de classe de âmbito nacional' (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas 'associações de associações' - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de 'associados efetivos' ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

papel relevante na gestão da entidade nacional.

II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público .

III. **Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante.** Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). **Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.** 1. O novo § 1º do art. 84 CPPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. **Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.** 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: **admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.** 5. **Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado" (STF, ADI 2.797, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 15/09/2005, DJU de 19/12/2006).

É sabido que o controle de constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é orientado pela teoria da nulidade da norma inconstitucional, a exemplo do direito norte-americano, segundo o qual "a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica" (Nulidade da Lei Inconstitucional e seus efeitos. Considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202. MENDES, Gilmar Ferreira. *In* Direito Constitucional: defesa da Constituição. Organizadores: Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso – São Paulo: Editora RT, 2011, p. 613). A lei inconstitucional é considerada nula **ipso jure** e **ex tunc** (e não simplesmente anulável), em decorrência do princípio da soberania da Constituição. A decisão que a declara produz efeitos repristinatórios, pois a norma declarada inconstitucional não possui aptidão para revogar validamente a lei anterior, e possui natureza declaratória, limitando-se a constatar vício já existente, alcançando atos anteriores ao reconhecimento da inconstitucionalidade.

Sobre o tema, leciona o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki, em sua obra Eficácia da Sentença na Jurisdição Constitucional (2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012), **in verbis**:

"a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade, gerando, como consequência (que se poderia denominar de eficácia normativa) a de afirmar ou excluir a norma questionada do sistema de direito. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia, no que se refere à afirmação de validade ou nulidade do preceito normativo (= eficácia normativa), é **ex tunc**, como ocorre nessa espécie de julgado. **'A Corte', como explicou o Min. Brossard, 'verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*" (fls. 62/63).

Assim, após a declaração da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei 10.628/2002, tem-se reconhecido a nulidade das ações propostas contra ex-ocupantes de cargos públicos e de mandatos eletivos, julgadas, no período de 24/12/2002, data da Lei 10.628/2002, até a declaração de sua inconstitucionalidade, em 15/09/2005, no foro por prerrogativa de função, tendo em vista os efeitos **ex tunc** da decisão declaratória da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, proferidos antes da modulação, em 17/05/2012, dos efeitos da aludida declaração da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. EX-PREFEITO. PRERROGATIVA DE FORO. LEI N. 10.628/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. JUÍZO SINGULAR.

1. Declarada, no julgamento da ADIn n. 2.797/DF pela Suprema Corte, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescidos pela Lei n. 10.628/2002, compete ao juiz estadual de primeiro grau o julgamento da ação penal de crime praticado por ex-prefeito durante seu mandato.

2. Ordem concedida para reconhecer a incompetência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a anulação dos acórdãos lá proferidos e o deslocamento do Processo Criminal n. 70006138283 ao Juízo de primeiro grau" (STJ, HC 170.132/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/10/2011).

"HABEAS CORPUS. CRIME PRATICADO POR EX-PREFEITO DURANTE O SEU MANDATO. LEI 10.628/02. COMPETÊNCIA. JUÍZO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SINGULAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. **Declarada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, acrescidos pela Lei 10.628/02 (ADIN 2.797/DF), compete ao juiz singular o julgamento da ação penal de crime praticado por ex-prefeito durante seu mandato.**

2. **Ordem concedida para anular o acórdão estadual que julgou originariamente o réu, restabelecer a sentença de condenatória proferida por juiz de direito da Comarca de Capão da Canoa e determinar ao Tribunal de Justiça a apreciação da apelação já interposta"** (STJ, HC 57.901/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJU de 05/11/2007).

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 17/05/2012, ao julgar Embargos de Declaração, opostos pelo Procurador-Geral da República, na ADI 2.797/DF, modulou os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, em sua nova redação conferida pela Lei 10.628/2002, assentando sua eficácia a partir de 15/9/2005 – data do julgamento da ADI –, preservando a validade dos atos processuais praticados em ações de improbidade, inquéritos e ações penais contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro, conforme se vê do Informativo 666 do Supremo Tribunal Federal:

"Em conclusão, o Plenário, por maioria, acolheu embargos declaratórios, opostos pelo Procurador-Geral da República, para assentar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002 ("§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º) tenham eficácia a partir de 15.9.2005 – v. Informativos 543 e 664. Na espécie, alegava-se que a norma declarada inconstitucional teria vigido por três anos – com alterações nas regras de competência especial por prerrogativa de função quanto às ações de improbidade, inquéritos e ações penais – a exigir fossem modulados os efeitos do julgado. Destacou-se a necessidade de se preservar a validade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atos processuais praticados no curso das mencionadas ações e inquéritos contra ex-ocupantes de cargos públicos e de mandatos eletivos julgados no período de 24.12.2002, data de vigência da Lei 10.628/2002, até a data da declaração de sua inconstitucionalidade, 15.9.2005. Pontuou-se que inúmeras ações foram julgadas com fundamento na Lei 10.628/2002 e, por segurança jurídica, necessário adotar-se a modulação, assegurada a eficácia *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99. Asseverou-se que os processos ainda em tramitação não teriam sua competência deslocada para esta Corte. ADI 2797 ED/DF, rel. orig. Min. Menezes Direito, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 17.5.2012. (ADI-2797)"

Assim, mostra-se fundamental, para a exata compreensão do caso concreto, a distinção entre a **eficácia normativa** e a **eficácia executiva** (ou instrumental) da sentença declaratória da inconstitucionalidade, como bem definiu o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki (**op. cit.**), em estudo sobre o tema. Diz o autor que, enquanto a "**eficácia ex tunc se opera no plano do ordenamento jurídico**, ou seja, a que se diz respeito à validade ou invalidade da norma e, portanto, à sua manutenção ou à sua exclusão do sistema normativo", a **eficácia executiva** ou instrumental "está relacionada às consequências da decisão no plano da realidade prática, ou seja, do comportamento que, em decorrência da declaração judicial de validade ou invalidade da norma, deverão adotar, daí em diante os seus destinatários, especialmente as autoridades administrativas e judiciais submetidas ao seu efeito vinculante" (**op. cit.**, p. 65).

Ensina o autor que, no plano da eficácia executiva, a modulação dos efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade atua como um "ajuste entre o quadro normativo decorrente da declaração de inconstitucionalidade (que importa a nulidade *ex tunc* da norma e sua exclusão do sistema) e a situação jurídica em concreto (os atos e sentenças judiciais anteriormente formados) em sentido contrário" (**op. cit.**, p. 65).

É o que prevê o art. 27 da Lei 9.868/99, segundo o qual, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aludida modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, a partir da ponderação de valores entre a inconstitucionalidade da norma e a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, possui origem histórica no direito norte-americano. Senão vejamos:

"Tudo teve início em *Mapp vs. Ohio* (367 U.S. 643), de 1961, caso no qual a Suprema Corte modificou sua jurisprudência e passou a vedar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal. Até então, tal expediente era admitido, conforme o antigo precedente do caso *Wolf vs. Colorado* [338 U.S. 25 (1949)]. A partir de então, diversos *habeas corpus* foram impetrados buscando a desconstituição de condenações pretéritas com base no novo entendimento.

A Corte solucionou a questão vedando a aplicação retroativa da novel orientação, sob a escusa de que, caso o Tribunal procedesse dessa forma, abalaria a confiança que os órgãos do Estado haviam depositado em *Wolf vs. Colorado*, além de impor desarrazoada carga de trabalho ao Judiciário. Em *Linkletter vs. Walker* (381 U.S. 618), de 1965, considerado o *leading case* no tema, a Suprema Corte assentou que seria impossível a revisão do caso de *Linkletter*, tendo em vista que a Constituição dos EUA não define os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade ("the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect").

A Suprema Corte definiu os critérios para a atribuição de eficácia prospectiva no caso *Stovall vs. Denno* (388 U. S. 293), de 1967: (a) o propósito de obedecer à nova orientação; (b) a amplitude da confiança depositada pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei nos critérios antigos; (c) o efeito sobre a administração da justiça gerado por uma aplicação retroativa dos novos standards.

A evolução da jurisprudência americana permitiu a classificação da superação do precedente (*overruling*) em (a) *retrospective overruling*, quando a nova orientação se aplica a todos os casos, passados e futuros; e (b) *prospective overruling*, que é a superação prospectiva de um precedente - o novo entendimento só tem efeitos a partir da prolação da decisão que o estabelece.

O *prospective overruling* merece, ainda, subdivisão em *limited prospectivity*, onde a nova orientação se aplica à causa que lhe deu origem, e *pure prospectivity*, hipótese na qual o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (Embargos de Declaração como meio processual adequado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. Bruno Vínicius da Rós Bodart. In Revista de Processo. Ano 36, vol. 198, Agosto/2001. pp. 392/393).

De fato, “a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da proporcionalidade” (STF, ADI 4029, Rel. Min. LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 27/06/2012).

Sobre a possibilidade de suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade em Embargos de Declaração, leciona, com propriedade, Bruno Vínicius da Rós Bodart:

"Até então, vinha o STF entendendo que os embargos de declaração não são meio hábil para instar a Corte a conferir efeitos meramente prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, caso não tenha existido pedido nesse sentido anteriormente. Isso porque, como a regra é que a declaração tenha efeitos *ex tunc*, não se pode dizer que houve omissão do Tribunal.

Assim decidiu a corte, rejeitando os embargos declaratórios, v.g., nos EDcl na ADIn 483/PR (rel. Min. Ilmar Galvão, DI 05.10.2001), nos EDcl na ADIn 1.498/RS (rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DI 05.12.2003), nos EDcl na ADIn 2.728/AM (rel. Min. Marco Aurélio, DI 05.10.2007), na ADIn 2.791/PR (rel. Min. Gilmar Mendes, DI 04.09.2009) e nos EDcl na ADIn 2.797/DF (rel. Min. Menezes Direito, DI 05.05.2009).

Essa visão começou a ser superada nos EDcl na ADIn 3.601/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgados pelo Pleno em 09.09.2010. Nesse julgado, o STF, mesmo sem qualquer requerimento anterior nesse sentido, acolheu os embargos para declarar a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005, que dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, com eficácia apenas *ex nunc*, a partir da publicação da decisão, tendo em conta a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas com base na lei distrital.

Temia-se que a aplicação retroativa gerasse a anulação de punições aplicadas pela referida Comissão de Disciplina,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilitando o retorno ao serviço público de servidores demitidos em razão da prática de infrações gravíssimas" (op. cit., p. 396).

É o que ocorre, na espécie, em que o Supremo Tribunal Federal, diante da inconstitucionalidade da norma e da necessidade de preservação da segurança jurídica, em sede de Embargos de Declaração limitou a eficácia executiva da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628/2002, resguardando as situações consolidadas entre a entrada em vigor da Lei 10.628, de 24/12/2002, e a declaração de sua inconstitucionalidade, em 15/09/2005, razão pela qual não se verifica nulidade do acórdão condenatório, prolatado em 14/12/2004 (fls. 30/49e).

Ante o exposto, denego a ordem impetrada.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0078054-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.676 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20040152400 2980007145 990051498

EM MESA

JULGADO: 11/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RUY SAMUEL ESPÍNDOLA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ODILSON VICENTE DE LIMA
CORRÉU : AGUACY OLIVEIRA BRAZ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Responsabilidade

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.