



## **INFORMATIVO STF 881**

*destaques pelos Professores  
Estratégia*

### Sumário

1 – Direito Processual Penal .....	1
2 – Direito Penal .....	2
3 – Direito Administrativo .....	3

### 1 – Direito Processual Penal

**IMUNIDADE PARLAMENTAR E MEDIDA CAUTELAR.** O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente ação direta de inconstitucionalidade na qual se pedia interpretação conforme à Constituição para que a aplicação das medidas cautelares, quando impostas a parlamentares, fossem submetidas à deliberação da respectiva Casa Legislativa em 24 horas.

ADI 5526/DF, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 11.10.2017.

#### COMENTÁRIOS PELO PROF. RENAN ARAÚJO

#### A) APRESENTAÇÃO RESUMIDA DO CASO

Trata-se de ADI (ação direta de inconstitucionalidade) na qual se pleiteava ao STF a adoção de interpretação conforme à Constituição para fins de entender que a aplicação de medidas cautelares diversas à prisão, quando impostas a parlamentares, fossem submetidas à deliberação da respectiva Casa Legislativa em 24 horas, na forma do art. 53, §2º da CF/88.

#### B) CONTEÚDO TEÓRICO PERTINENTE

Os parlamentares possuem o que se chama de “imunidade formal”. Esta imunidade **está relacionada a questões processuais, como possibilidade de prisão e seguimento de processo penal.** Está prevista no art. 53, §§ 1º a 5º da Constituição da República.

A primeira delas é a **imunidade formal para a prisão**, que é a que efetivamente nos interessa aqui. Assim dispõe o art. 53, § 2º da Constituição:

*Art. 53 (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.*



O STF entende que essa impossibilidade de prisão se refere a qualquer tipo de prisão, inclusive as de caráter provisório, decretadas pelo Juiz. A **única ressalva é a prisão em flagrante pela prática de crime inafiançável.**

Continuando no caso da prisão em flagrante, os autos da prisão serão remetidos à casa a qual pertencer o parlamentar, em até 24h, e esta decidirá, em **votação aberta**, por maioria absoluta de seus membros, se a prisão é mantida ou não.

Isto posto, mais recentemente o STF entendeu que não é cabível a decretação da prisão preventiva em relação a parlamentar, por ofensa ao art. 53, §2º da CF, mas entendeu possível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

Neste julgamento que ora se analisa, a Corte, por apertada maioria, entendeu que nos casos de fixação de medida cautelar diversa da prisão a parlamentar, deverá ser a medida submetida ao crivo da Casa respectiva, por entender que as medidas cautelares diversas da prisão também são capazes de restringir, ainda que parcial e indiretamente, o livre exercício do mandato pelo parlamentar, de forma que deveria ser aplicado o mesmo regramento previsto no art. 53, §2º da CF/88.

### C) QUESTÃO DE PROVA

“Paulo, Senador da República, está sendo investigado pela prática dos crimes de corrupção passiva e organização criminosa, tendo o STF fixado medida cautelar diversa da prisão, consistente no recolhimento domiciliar noturno. Neste caso, seguindo o entendimento mais recente do STF, os autos deverão ser encaminhados, em 24h, ao Senado Federal, para que decida pela manutenção, ou não, da medida. ”

**GABARITO: CORRETA**

## 2 – Direito Penal

**ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E REGIME INICIAL SEMIABERTO.** A Segunda Turma, em conclusão de julgamento, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pretendia a absolvição do recorrente pela prática de atentado violento ao pudor, em razão de suposta insuficiência probatória.

RHC 131133/SP, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 10.10.2017.

### COMENTÁRIOS PELO PROF. RENAN ARAÚJO

#### A) APRESENTAÇÃO RESUMIDA DO CASO

Trata-se de caso no qual eram discutidos dois pontos centrais: (i) a condenação apenas com base em provas colhidas na investigação e valoração prejudicial ao réu de sua negativa em fornecer material para exame de DNA; e (ii) a fixação de regime inicial fechado mesmo quando admissível o regime semiaberto, no caso de pena-base fixada no mínimo legal.

#### B) CONTEÚDO TEÓRICO PERTINENTE

O direito à não autoincriminação possui respaldo constitucional e possui alguns desdobramentos:

- ⇒ **Direito ao silêncio** – Trata-se do direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas.



- ⇒ **Inexigibilidade de dizer a verdade** – Tolerância quanto às informações inverídicas prestadas pelo réu. Como o Brasil não criminaliza o “perjúrio” (mentira realizada pelo réu em juízo), o processo penal tolera a conduta do réu de mentir em juízo, daí não resultando qualquer prejuízo para a defesa.
- ⇒ **Direito de não ser compelido a praticar comportamento ATIVO** – O réu não pode ser obrigado a participar ATIVAMENTE da produção de qualquer prova, podendo se recusar a participar sempre que entender que isso pode prejudica-lo. Ex.: Não está obrigado a fornecer padrões gráficos para exame de caligrafia, não está obrigado a participar da reconstituição (reprodução simulada dos fatos), etc. Todavia, o réu pode ser obrigado a participar da audiência de reconhecimento (pois não se trata de um comportamento ativo, e sim passivo. O réu só vai ficar lá, parado, a fim de que a vítima o reconheça, ou não, como o infrator.
- ⇒ **Direito de não se submeter a procedimento probatório invasivo** – Trata-se do direito de não se submeter a qualquer procedimento que seja realizado por meio de penetração no corpo humano (Ex.: exame de sangue, endoscopia, etc.).

Neste caso, o réu havia se negado a fornecer material genético para exame de DNA, o que teria sido considerado pelo Juízo sentenciando como “indicativo de culpa”. Todavia, o STF entendeu que, apesar disso, mesmo que desconsiderada tal circunstância, ainda assim haveria farto arcabouço probatório em desfavor do agente, motivo pelo qual não há que se falar em absolvição.

Quanto à alegação de que o juízo teria fundamentado a condenação apenas em elementos colhidos na investigação (o que é vedado, na forma do art. 155 do CPP), o STF entendeu que tal não teria ocorrido.

Por fim, a Turma entendeu que, de fato, teria havido fixação de regime inicial mais gravoso que o permitido em razão da quantidade de pena imposta, em caso no qual as circunstâncias judiciais eram totalmente favoráveis, não havendo motivação idônea para a fixação do regime fechado, o que é vedado pela Jurisprudência do STF (súmulas 718 e 719 do STF).

### C) QUESTÃO DE PROVA

“José foi condenado, pelo crime de estupro, a uma pena de 06 anos de reclusão, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, por serem totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais. Neste caso, a fixação do regime inicial fechado não exige motivação idônea.”

**GABARITO: ERRADA**

## 3 – Direito Administrativo

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DEFENSORES ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO.** A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental em recurso extraordinário em que discutida a situação de advogados contratados sem concurso público para exercer cargo em defensoria pública estadual depois de promulgada a Constituição Federal de 1988.

RE 856550/ES, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 10.10.2017.



### A) APRESENTAÇÃO RESUMIDA DO CASO

Discutiu-se no RE 856.550/ES a situação de advogados contratados sem concurso público para exercer cargo em defensoria pública estadual depois de promulgada a Constituição Federal de 1988. O tema tem correlação com a ADI 1199/ES (DJU de 19.4.2006), na qual o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Complementar 55/1994, que permitia a incorporação de advogados admitidos sem a realização de concurso público à defensoria. Anota-se, ademais, que a decisão na ADI 1199/ES foi dada com efeitos “*ex tunc*”.

Todavia, o Tribunal de Justiça capixaba emitiu decisão favorável aos advogados contratados, mantendo o vínculo funcional com a defensoria, argumentando a aplicação da **teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo**. No acórdão questionado, o TJES fundamentou a sua decisão informando que:

3. Muito embora inconstitucional o ato de admissão dos impetrantes, o caso concreto possui peculiaridades que atraem a aplicação da teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo porque: a) os impetrantes vêm exercendo, legitimamente e sem oposição, o cargo de Defensor Público, há mais de vinte anos; b) é notória a carência de Defensores Públicos no Estado do Espírito Santo, de modo que seus desligamentos das relevantes funções será mais nocivo à população do que se forem mantidos no cargo; e c) é também notório no Estado do Espírito Santo que o quadro de carência de Defensores Públicos impõe à Administração gastos exorbitantes com advogados dativos cujos honorários ultrapassam em muito o vencimento mensal de um Defensor contratado para realizar a mesma tarefa.
4. Resguardo da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança, com a ponderação concreta de princípios de índole constitucional.

O Estado do Espírito Santo, por outro lado, impetrou recurso extraordinário contra o acórdão do TJES, argumentando que a “*o texto constitucional reprovava severamente os recrutamentos feitos à margem do concurso público, ou seja, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de dar prevalência à estrita observância das normas constitucionais e ao interesse público [...]*”.

### B) CONTEÚDO TEÓRICO PERTINENTE

Conforme demonstrado acima, a controvérsia trata da possibilidade de manutenção, ou não, de advogados admitidos na defensoria pública, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas sem a realização de concurso público.

Sobre o tema, o art. 22 do ADCT dispõe que “é assegurado aos defensores públicos investidos na função **até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte** o direito de opção pela carreira”. Ocorre, no entanto, que a Lei Complementar 55/1994 ampliou o alcance do art. 22 do ADCT, estabelecendo que “os Defensores Públicos admitidos após a instalação da Assembléia Nacional Constituinte e **até a publicação da presente Lei**, permanecerão em quadro especial, percebendo os mesmos salários, vencimentos e vantagens do Defensor Público do quadro permanente, até aprovação em concurso público, no qual serão inscritos de ofício”.

Por conseguinte, o STF declarou o dispositivo inconstitucional, por extrapolar a exceção constante no art. 22 do ADCT, aplicando decisão com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos.

Além disso, no Tema 476 de repercussão geral, o STF fixou a seguinte tese:

- Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos **a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado**, de candidato não aprovado que nele tomou posse



em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.

Em que pese a tese refira-se à tema um pouco mais específico, por tratar de provimento por execução provisória de medida liminar ou outro tipo de provimento judicial precário, no julgamento os ministros entenderam que **os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima não podem justificar a manutenção no cargo de candidato admitido sem concurso público.**

Portanto, ainda que o provimento dos advogados tenha ocorrido a mais de vinte anos, o argumento da estabilização da relação jurídica não justifica a manutenção do provimento sem a aprovação em concurso público.

Por conta disso, o acórdão do TJES foi reformado pelo STF, permitindo o desfazimento dos vínculos funcionais com os advogados não aprovados em concurso público.

### C) QUESTÃO DE PROVA

**(Inédita)** Aplica-se a teoria do fato consumado no caso de provimento sem concurso público, após o advento da Constituição Federal de 1988, decorrente de decisão judicial precária emitida a mais de quinze anos.

**Comentário:** conforme tese fixada no Tema 476, não se aplica a teoria do fato consumado no caso de provimento sem concurso público decorrente de decisão judicial precária. Sobre esse assunto, é importante a leitura da ementa do RE 608.482/RN, *leading case* do Tema 476:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. "TEORIA DO FATO CONSUMADO", DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. **Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.** 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido.

**Gabarito: errado.**