

## ANÁLISE DE INFORMATIVOS

### AULA 1

#### INFORMATIVO N.º 965

**Sumário:** 1. Cláusula de reserva de plenário. 2. Cargos em comissão. 3. Princípio da Impessoalidade. 4. Funções do MP. 5. Desaposentação ou reapresentação. 6. Presunção de inocência.

#### 1. Cláusula de reserva de plenário (RE-AgR 635.088/DF).

A cláusula de reserva de plenário está prevista no art. 97, de CRFB/88, e nos arts. 948 a 950, do CPC. Nos Tribunais, a declaração de inconstitucionalidade está reservada ao Plenário ou ao órgão especial, se houver.

Órgãos fracionários a princípio não dispõem de competência para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Há, contudo, uma exceção, que corresponde ao art. 948, parágrafo único, do CPC: é a hipótese de pronunciamento anterior do plenário ou do órgão especial do mesmo Tribunal ou do plenário do STF, que já tenha reconhecido que a lei ou ato normativo seria inconstitucional, dispensando a reserva de plenário.

A Súmula Vinculante 10 prevê que esse princípio deve ser respeitado em qualquer situação, mesmo no caso em que o Tribunal, embora não declare a lei ou ato normativo inconstitucional, por qualquer meio afaste a sua incidência do caso concreto no todo ou em parte (ex.: declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto).

No caso em análise, um Tribunal local afastou a aplicação de norma legal do caso concreto sem levar a questão ao plenário ou órgão especial, em situação que não se enquadra na hipótese excepcional. Portanto, incide a SV 10. O princípio deveria ser respeitado e não foi. O STF então invalidou a decisão e devolveu os autos ao Tribunal *a quo* para que fosse proferida nova decisão.

**Obs.:** Seria possível que o STF fosse provocado por meio de reclamação constitucional, modo pelo qual se garante efetividade de súmula vinculante.

#### 2. Cargos em comissão (ADI 5.542/RS).

O STF discutiu os pressupostos para que possa haver a criação, via norma legal, de cargo em comissão (art. 37, II, CRFB/88). Cargo em comissão é o cargo público que não confere segurança ao seu titular, sendo de livre nomeação (sem concurso público) e livre exoneração (*ad nutum*), bastando a perda de confiança para que se possa perder o cargo, sem que sequer haja procedimento administrativo disciplinar.

O cargo em comissão se diferencia da função de confiança (art. 37, V, CRFB/88) na medida que esta é restrita ao servidor de carreira, ao passo que o cargo em comissão pode ser ocupado por quem pertença a carreira ou não.

O STF fixou critérios objetivos para a criação de cargos em comissão, com fundamento no art. 37, II, da CRFB/88:

- a) **Funções de direção, chefia e assessoramento**, e não funções burocráticas ou técnicas;
- b) **Confiança** entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) **Atribuições por lei definidas**, de modo objetivo e claro;
- d) **Proporcionalidade** entre o número de cargo em comissão e outros cargos (vitalícios e efetivos).

*In verbis:*

essa Corte fixou tese acerca dos requisitos para a criação de cargos em comissão, quais sejam: a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre as autoridades nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. São esses, portanto, os requisitos para criação de cargos em comissão.

### 3. Princípio da Impessoalidade (Rcl-AgR 26.448/RJ).

Essa decisão discute a Súmula Vinculante 13 (nepotismo). A liberdade para nomeação não é absoluta, e a principal limitação é a SV 13: eventual nomeação que configure nepotismo é nula, e o modo pelo qual se pode assegurar a efetividade da SV é a reclamação constitucional.

O STF esclareceu que, **mesmo no caso em que o servidor já ocupa cargo efetivo, e venha a ser posteriormente nomeado para cargo em comissão, aplica-se a SV 13**. A Súmula se aplica em qualquer situação na qual haja nomeação para cargo em comissão com configuração de nepotismo, inclusive no caso em que o servidor público nomeado para cargo em comissão (em relação ao qual havia configuração de nepotismo) já ocupe anteriormente cargo efetivo por concurso público.

Isso porque o critério objetivo do concurso público se refere ao cargo efetivo, e não ao cargo em comissão para o qual foi nomeado, em relação ao qual se pressupõe relação de confiança entre autoridade nomeante e o servidor nomeado. Não pode o nepotismo ser um fator pelo qual fixe-se a confiança.

#### 4. Funções do MP (ADI 4.714/RN).

No caso, por lei estadual se conferiu ao Ministério Público a fiscalização tributária, a possibilidade de **fiscalizar recolhimento de taxa de polícia**. O STF declarou a **inconstitucionalidade** da norma, pois incompatível com a sua destinação institucional, isto é, com a sua missão enquanto função essencial à justiça.

No art. 129, IX, a CRFB/88 estabelece que a legislação pode conferir outras funções ao MP, desde que compatíveis com a sua finalidade. Diante disso, a CRFB reconhece que a enumeração das funções do MP não seria exaustiva, mas meramente exemplificativa, abrindo a possibilidade para que a legislação ordinária preveja outras funções (desde que compatíveis com sua finalidade).

Portanto, a legislação ordinária pode prever outras funções típicas (compatíveis com a finalidade do MP), mas não funções atípicas (incompatíveis com sua finalidade), e neste caso, a fiscalização sobre recolhimento irregular de taxa de polícia não é compatível com o que prevê o art. 127, *caput*, da CRFB.

#### 5. Desaposentação ou reapresentação (RE-ED 827.833/SC).

Desaposentação significa renúncia a aposentadoria; reapresentação é a utilização do tempo de contribuição para obtenção, no futuro, de benefício mais favorável e nova aposentadoria.

O STF já tinha fixado a tese de que ambos os institutos não são admissíveis, ao argumento de que no regime geral de previdência social somente a lei pode estabelecer novos benefícios, e, por ora, não há previsão legal acerca disso.

Foi levado à cognição do STF, no caso concreto em comento, que em casos anteriores, por decisão judicial transitada em julgado, houve a obtenção ora de um benefício ora de outro, e foram observados valores pecuniários percebidos por algumas pessoas.

O Supremo manteve a posição em relação à inadmissibilidade de ambos os institutos por falta de amparo legal, e estabeleceu duas novas orientações:

- a) Se porventura houver **decisão transitada em julgado** anterior que **garantiu os benefícios**, fica **mantida a sua validade**, em respeito à **segurança jurídica**. Seria possível que o STF desconstituísse a decisão, pois acolhe a tese da coisa julgada inconstitucional (admite que, por ação rescisória, seja desconstituída a coisa julgada com base em norma que a Corte entende inconstitucional), mas optou por não aplicar a tese ao caso concreto, mantendo as decisões com trânsito em julgado.

- b) Se houver **percepção de algum valor pecuniário**, o valor **não será repetido**, uma vez que tem **caráter alimentar** e a obtenção se deu de **boa-fé** (pois havia decisão judicial que garantia a percepção do benefício).

## 6. Presunção de inocência (RE 560.900/DF).

No caso concreto, foi questionado se o edital de concurso público poderia fixar, como critério para exclusão do certame, o fato de um candidato responder a inquérito policial ou ação penal, sem que haja decisão judicial transitada em julgado.

O STF decidiu que é **inconstitucional** qualquer norma prevista em edital de concurso público que **impeça a participação de candidatos que respondam a inquérito policial ou ação penal**, por violação da presunção de inocência.

Entendeu a Corte que deveria haver a ponderação entre dois princípios constitucionais: de um lado a presunção de inocência (art. 5.º, LVII, CRFB), e de outro a moralidade administrativa (art. 37, *caput*). Diante da ponderação entre esses princípios, seria impossível que o edital estabelecesse, como fundamento da exclusão do candidato, a instauração de inquérito ou ação penal.

Para que seja **possível a exclusão** de candidato do concurso público são impostas duas condições:

- a) **Decisão transitada em julgado** ou **decisão de órgão colegiado** que condene o candidato;
- b) O crime objeto do acórdão condenatório deve ser um **crime incompatível com as atribuições próprias do cargo**.

Portanto, a mera instauração de inquérito policial ou a tramitação de uma ação penal, por si só, não podem fundamentar que o candidato seja excluído do concurso público.