

SÚMULA VINCULANTE Nº 13 E NOMEAÇÃO PARA CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Ementa: Conselheiro de Tribunal de Contas estadual não é cargo em comissão nem função gratificada. Eleição pela Assembleia Legislativa do irmão do Governador do Estado: não incidência da Súmula Vinculante nº 13 do STF. Limites do provimento judicial em sede de reclamação.

I. CONSULTA E NARRATIVA DOS FATOS RELEVANTES

II. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF: SENTIDO E ALCANCE. INCIDÊNCIA LIMITADA AOS CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA (OU GRATIFICADAS)

1. Cargo em comissão e função de confiança (ou gratificada)
2. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado não é cargo em comissão ou função de confiança: inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13 do STF

III. RECLAMAÇÃO: FINALIDADE E LIMITES DA RECLAMAÇÃO. RESTRIÇÃO AO EXAME DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 13.

IV. CONCLUSÃO

I. CONSULTA E NARRATIVA DOS FATOS RELEVANTES

1. Trata-se de consulta formulada por Maurício Requião, por seu ilustre advogado, Dr. Manoel Caetano Ferreira Filho, tendo por objeto o sentido e o alcance da Súmula vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, bem como a natureza jurídica do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. A seguir, breve narrativa dos fatos relevantes.

2. O consulente informa que foi eleito pela Assembléia Legislativa do Estado do Paraná (ALEP) para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas daquele Estado e, na sequência, nomeado para o cargo pelo Governador Roberto Requião, seu irmão. Pretendendo impugnar sua eleição e nomeação, porém, foi ajuizada ação popular por José Rodrigo Sade. O autor popular formulou os seguintes pedidos: (i) liminarmente, a suspensão dos efeitos da posse do consulente no cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado; (ii) ao final, a anulação de diversos atos relativos ao procedimento de eleição do consulente e a declaração de invalidade do Decreto Estadual nº 3.044/2008, que nomeou o consulente para o cargo de Conselheiro do TCE/PR, e do respectivo Termo de Posse; (iii) a declaração do impedimento do consulente para se inscrever em qualquer procedimento de escolha de candidato pela ALEP, enquanto seu irmão exercer o cargo de Governador do Estado do Paraná; e (iv) a condenação dos réus a restituírem, solidariamente, os valores supostamente indevidos que hajam recebido, a serem apurados em liquidação.

3. Os fundamentos de tais pedidos seriam a violação aos arts. 37 (em especial, aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade) e 14, § 7º, ambos da Constituição de 1988, e à Súmula Vinculante nº 13 do STF. O pedido liminar foi indeferido pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, que entendeu ausente o *fumus boni iuris*. Contra essa decisão, o autor apresentou Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 6702), alegando que o indeferimento da liminar na ação

popular teria violado a Súmula Vinculante nº 13 daquela Eg. Corte. Veja-se desde logo a dicção da Súmula:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

4. Inicialmente, o relator da Reclamação, Ministro Ricardo Lewandowski, indeferiu a liminar solicitada pelo reclamante, com fundamento em decisão proferida pelo Plenário do STF no RE 579.951/RN, também de sua relatoria. Naquele precedente, a Corte declarou a invalidade da prática do nepotismo no âmbito dos três Poderes da República, mas distinguiu, dentre os cargos em comissão, aqueles *estritamente administrativos* daqueles outros *de natureza política*. Assentou a Corte, assim, que a proibição do nepotismo aplica-se aos primeiros, mas não necessariamente aos segundos, que são agentes do Poder, dele fazendo parte (*e.g.*, Ministros e Secretários de Estado). Na linha do precedente, o Ministro Lewandowski decidiu que o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza política, negando a liminar pleiteada contra o consulente.

5. Posteriormente, em sede de agravo regimental, o relator alterou seu entendimento e votou pelo deferimento da liminar pleiteada na reclamação – no que foi acompanhado pelos demais Ministros do STF –, sustentando os efeitos da nomeação de Maurício Requião para o cargo de Conselheiro do TCE do Paraná até o julgamento final da ação popular já referida. Conforme narra o consulente, o acórdão do STF entendeu que a hipótese *“apresenta nuances que, à primeira vista, o distinguem daquela decisão paradigmática [RE 579.951/RN]”* e concedeu a liminar pelos seguintes fundamentos: (i) a Súmula Vinculante nº 13 seria aplicável ao caso porque a doutrina, de um modo geral, não enquadraria os Conselheiros dos Tribunais

de Contas na categoria de agentes políticos; e (ii) o processo de nomeação de Maurício Requião “*sugere a ocorrência de vícios que maculam a sua escolha por parte da Assembléia Legislativa do Estado*”.

6. Tais vícios seriam os seguintes: (a) teria havido açonamento “suspeito” da ALEP nos atos que levaram à eleição do consulente: segundo narra o STF, o Decreto Legislativo que aprovou o nome do consulente teria sido publicado no dia 9 de julho de 2008, mesma data da Sessão Plenária Especial que o escolheu e em que teria sido aberto o prazo de 5 dias para inscrições dos candidatos à vaga. Ademais, no dia seguinte, mediante Decretos sucessivos, o Governador aposentou o Conselheiro Henrique Neigeboren e nomeou seu irmão para o cargo – somente então formalmente vago; (b) seria duvidosa a constitucionalidade da escolha de membros do TCE pela Assembléia Legislativa por votação aberta, já que o art. 52, III, *b*, da Constituição Federal, determina que seja fechada em casos análogos; além disso, o fato de se haver decidido pela votação aberta especificamente para a deliberação em tela suscitaria suspeitas; e, por fim, (c) a nomeação do irmão do Governador do Estado para ocupar o cargo de Conselheiro do TCE sugeriria “*afronta aos mais elementares princípios republicanos*”.

7. O consulente afirma que os supostos vícios descritos acima simplesmente não ocorreram, consoante já esclareceu, de maneira circunstanciada e documentada, nos autos da ação popular. De todo modo, por ser moralmente relevante, reapresentam-se a seguir, de maneira sumária, os esclarecimentos prestados. O consulente informa que o ato que deu início ao procedimento de escolha, pela Assembleia, do Conselheiro para o Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Ato nº 675/08), foi publicado no Diário da Assembleia do dia 25 de junho de 2008 (e não do dia 9 de julho de 2008). Em 9 de julho foi publicada a ata da Sessão da ALEP que elegeu o consulente Conselheiro do TCE, na qual foi apenas reproduzido o mesmo Ato nº 675/08. Tanto assim que, no prazo legal de 5 dias, outros 6 candidatos se inscreveram e participaram regularmente da eleição.

8. Quanto à expedição, pelo Governador, de quatro decretos no dia seguinte ao da eleição, o consulente nega ter havido irregularidade. O procedimento de aposentadoria do Conselheiro Henrique Naigeboren havia se encerrado perante o TCE, restando apenas a assinatura do Decreto correspondente pelo Governador. Ademais, como a ALEP elegeu livremente Maurício Requião para o cargo de Conselheiro do TCE (e não por indicação do Governador), este tinha o dever de proceder à nomeação no prazo de 30 dias, sob pena de cometer crime de responsabilidade (CE, art. 87, XVII c/c art. 77, § 7º, I c/c art. 88¹). E, para nomear Maurício Requião Conselheiro do TCE, o Governador precisava antes exonerá-lo do cargo de Secretário de Estado da Educação, nomeando outro em seu lugar. Os decretos foram assinados no mesmo dia porque se referiam a assuntos interligados.

9. O consulente registra, também, que a alegação de que se teria transformado a votação, de “secreta” em “nominal”, naquele momento, para o fim de beneficiá-lo, simplesmente não corresponde à realidade. Segundo narra, o fim da votação secreta nas deliberações da ALEP foi determinado mais de um ano e meio antes, por meio da Emenda Constitucional nº 17, de 08 de novembro de 2006, que alterou a redação do inciso XIX do art. 54 e incluiu o parágrafo único do art. 56, da Constituição Estadual². O consulente informa ainda que sequer foi o primeiro

¹ CE/PR: “Art. 87. Compete privativamente ao Governador: (...) XVII - nomear os conselheiros, auditores e controladores do Tribunal de Contas do Estado, sendo 5 (cinco) após aprovação da Assembléia Legislativa, obedecido o disposto no art. 77, § 1º desta Constituição;” (No julgamento da ADIN 2.208, o STF declarou inconstitucional a expressão “auditores e controladores”, assim como a expressão “sendo cinco, após a aprovação da Assembléia Legislativa” – DJU 25.jun.2004).

“Art. 77. (...) § 7º. O Conselheiro, escolhido pela Assembléia Legislativa, deverá tomar posse no Tribunal de Contas no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da data de sua escolha. I - Na hipótese de desatenção ao prazo estabelecido neste parágrafo, o Poder Executivo sujeitar-se-á ao disposto no art. 88 dessa Constituição.

“Art. 88. São crimes de responsabilidade os atos do Governador que atentarem contra a Constituição Federal, a Constituição do Estado e, especialmente: (...)”.

² O inciso XIX do art. 54, que previa a competência privativa da Assembléia Legislativa para “aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de” Conselheiros do TCE indicados pelo Governador, passou a ter a seguinte dicção: “aprovar previamente, após arguição pública, a escolha de:”. Ademais, foi incluído no art. 56 o parágrafo único, *verbis*: “Não será permitido o voto secreto nas deliberações do processo legislativo”.

Conselheiro do Tribunal de Contas a ser escolhido pela ALEP após a EC nº 17/06, que instituiu a votação aberta para o processo legislativo³.

10. Ainda sobre esse ponto, o consulente entende que a Constituição do Paraná não adotou critério diverso daquele da Constituição Federal, tendo o STF, em sua decisão, levado em conta um paradigma que, em rigor, não se aplica a essa hipótese. Isso porque, de acordo com o sistema da Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União é composto por 9 Ministros (art. 73), sendo um terço escolhido pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal (art. 73, § 2º, I), e dois terços pelo Congresso Nacional (art. 73, § 2º, II). No primeiro caso, de fato, o art. 52, III, *b* dispõe que compete privativamente ao Senado aprovar, por voto secreto, a escolha de Ministros do Tribunal de Contas da União **indicados pelo Presidente da República**.

11. No entanto, quando se trata de vaga a ser preenchida mediante escolha do Congresso Nacional, o art. 49, XIII da Carta não faz a exigência de votação secreta, limitando-se a prever a competência exclusiva do Congresso Nacional para a escolha de dois terços dos membros do TCU. O consulente observa que, ao contrário do que parece ter entendido o STF ao conceder a liminar na reclamação, cuida-se aqui de hipótese de escolha de Conselheiro do TCE diretamente pela Assembleia Legislativa, e não por indicação do Governador. Assim, a simetria não deveria ser verificada em face da norma do art. 52, III, *b*, da Constituição Federal, mas sim do seu art. 49, III, *b*. Nada impedia, portanto, que o Legislativo estadual previsse o procedimento de votação aberta nessa hipótese.

12. Por fim, o consulente afirma que o fato de ser irmão do Governador do Estado não afronta os princípios do art. 37 da Constituição Federal.

³ Em 06.dez.2006, a Assembléia editou o Ato da Comissão Executiva nº 1.071, relativo especificamente à escolha de Conselheiro do TCE. O art. 5º do referido Ato dispunha: “Art. 5º. A Assembléia Legislativa deliberará sobre a escolha do Conselheiro do Tribunal de Contas, por votação nominal, em discussão única”. Portanto, a regra geral para o processo legislativo foi expressamente aplicada também à escolha de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado.

Lembra que sequer foi indicado pelo Governador – mas eleito livremente pela ALEP – e, de todo modo, que não participará dos processos de julgamento das contas da gestão de seu irmão, por óbvio impedimento. Nestes casos – bem como em quaisquer outros em que estiver legalmente impedido – atuará o seu substituto legal.

13. Pois bem. É diante do quadro que se acaba de descrever que o consulente formula as duas perguntas objeto deste estudo, a saber: (i) se a Súmula Vinculante nº 13 do STF se aplica no caso da eleição do consulente pela ALEP para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; e (ii) se as supostas condutas irregulares e violações constitucionais apontadas no acórdão do STF que concedeu a liminar em prejuízo do consulente poderiam ser objeto de reclamação, ajuizada com fundamento em descumprimento da referida súmula vinculante. Já se pode adiantar que ambas as respostas são negativas. As razões que conduziram a tais conclusões serão expostas de acordo com o roteiro apresentado inicialmente. Há um último registro a ser feito, antes de se passar ao mérito da questão.

14. A discussão descrita pelo consulente envolve, em última análise, decisão do Plenário da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná que o escolheu como Conselheiro do Tribunal de Contas estadual. É possível ter uma visão crítica, do ponto de vista político, acerca da decisão tomada pelo Legislativo estadual. Ocorre que nem toda crítica política conta com respaldo jurídico-constitucional e, portanto, nem todo ato do qual se discorde politicamente poderá ser rotulado de inválido, sobretudo quando se trate de ato do Poder Legislativo, eleito democraticamente. Não há necessidade de aprofundar a discussão do ponto de vista teórico, cabendo apenas a nota de que caberá ao eleitorado paranaense, por natural, fazer o juízo que lhe parecer próprio sobre o episódio, dele extraindo as conseqüências que considerar pertinentes.

II. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF: SENTIDO E ALCANCE. INCIDÊNCIA LIMITADA AOS CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA (OU GRATIFICADAS)

15. Como se sabe, a Emenda Constitucional nº 45/2004 conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de aprovar súmulas vinculantes, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional (art. 103-A⁴). E, nos termos do § 1º do art. 103-A, o objeto da súmula poderá ser “*a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia*”. Foi com fundamento em tais disposições que, em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 13, que determinou à aplicação a todos os Poderes, de todos os níveis federativos, da vedação ao nepotismo no contexto das nomeações de cargos em comissão e de funções gratificadas. Essa a dicção da Súmula, que se reproduz mais uma vez por facilidade:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

16. O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, como se sabe, por força do debate em torno da validade da Resolução nº 7/2005 do CNJ. A Resolução considerou inválida a investidura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos em comissão e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário, inclusive sob a forma do chamado “nepotismo cruzado”, e determinou a

⁴ CF/88, art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

exoneração daqueles que incorressem nas vedações por ela estabelecidas. A Resolução foi questionada (e descumprida) e, por isso mesmo, foi ajuizada ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 12⁵), havendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela validade da Resolução.

17. Na mesma ocasião em que julgada a ADC nº 12 foi também apreciado o já referido RE nº 579.951/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que se tornou igualmente um dos precedentes fundadores da súmula⁶. Tendo-se em conta aquele caso concreto, e na linha dos argumentos do Ministro Carlos Ayres Britto, entendeu-se que os princípios do art. 37 da Carta de 1988 – dos quais decorre a vedação ao nepotismo – referem-se à Administração Pública tendo em conta a atividade administrativa típica, e não ao governo ou ao poder político, propriamente. Assim, os cargos em comissão e as funções de confiança referidos no dispositivo constitucional seriam aqueles “singelamente administrativos”, não havendo que se falar em nepotismo no caso da nomeação de parentes, *e.g.*, para o cargo de Secretário de Estado ou de Ministro, de caráter substancialmente político⁷

18. Um dos pontos discutidos nas decisões referidas dizia respeito à aplicação, apenas ao Judiciário, da vedação ao nepotismo, já que ele seria o destinatário da Resolução. O Ministro Lewandowski submeteu então ao Plenário proposta de súmula sobre o assunto que, após as modificações resultantes dos debates, deu origem à Súmula Vinculante nº 13. A Súmula – em boa hora, diga-se – firmou o entendimento de que a vedação ao nepotismo – positivada de forma expressa no âmbito do Poder Judiciário por meio da Resolução do CNJ referida – estende-se aos

⁵ STF, *DJU* 1.set.2006, ADC-MC 12, Rel. Carlos Ayres Britto. A ação direta foi julgada procedente em 20.ago.2008, mas a decisão ainda não foi publicada. V. Luís Roberto Barroso, Petição inicial da ADC nº 12: constitucionalidade da Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Justiça, *Revista de Direito do Estado* 1:349, 2006.

⁶ Com efeito, o RE nº 579.951/RN foi levado a julgamento na mesma data em que julgada a ADC nº 12 (20.ago.2008). A Súmula Vinculante nº 13 foi aprovada em sessão extraordinária do Plenário realizada no dia seguinte, tendo, portanto, sofrido influência imediata das decisões recém-proferidas pela Corte. Ademais, cabe registrar a menção direta, nos debates que deram origem ao texto final da Súmula, à ADIn nº 1.521, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

⁷ STF, *DJ* 24.out.2008, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

três Poderes, independentemente de ato normativo infraconstitucional, já que decorre diretamente dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição de 1988.

19. Nessa linha, e como, aliás, não poderia deixar de ser, a Súmula Vinculante nº 13 trata do mesmo fenômeno discutido pela Corte quando dos precedentes referidos, estendendo o alcance da decisão também ao Legislativo e ao Executivo (tanto na Administração direta como na indireta) e a todos os níveis federativos. Isto é: a súmula cuida, como registra de forma expressa, (i) da nomeação “*para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada.*”; (ii) quando se tratar de nomeação “*de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento*”.

20. Quanto à distinção feita pela Corte no âmbito do RE nº 579.951/RN, ela continua a ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê das decisões, proferidas já após a aprovação da Súmula, que afastam sua incidência quando se trate de cargo em comissão de natureza marcadamente política⁸. Assim, é possível afirmar que a Súmula veda a nomeação de cônjuge, companheiro ou parentes até o 3º grau do nomeante para os cargos em comissão tipicamente administrativos –

⁸ Vejam-se, e.g.: STF, DJU 20.fev.2009, Rcl nº 7.590 MC/PR, Rel. Min. Menezes Direito; e STF, DJU 21.nov.2008, Rcl-MC-AgR nº 6.650/PR, Rel. Min. Ellen Gracie. Neste último, considerou-se regular a nomeação de Eduardo Requião - irmão do ora consulente - para o cargo de Secretário de Transportes do Estado. Confira-se: “AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido”. Ainda mais recentemente, a Min. Ellen Gracie negou nova liminar requerida também em face de Eduardo Requião, pelo mesmo fundamento (Reclamação 7602, cf. noticiado no *site* do STF em 3.abr.2009).

excluídos aqueles cargos que, embora em comissão, tenham natureza política – e para funções gratificadas (ou de confiança).

21. A primeira questão formulada pelo consulente é se a Súmula Vinculante nº 13 do STF se aplica no caso de sua eleição, pela ALEP, para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Não há dúvida de que o consulente é “parente até o 3º grau” do Governador do Paraná (embora, como informado na consulta, o ato de nomeação praticado pelo Governador na hipótese fosse um ato vinculado, já que a escolha cabia à ALEP e não ao Governador). A aplicação da Súmula Vinculante nº 13 depende de se verificar, portanto, se o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado pode ser considerado cargo em comissão de natureza tipicamente administrativa ou função de confiança.

1. Cargo em comissão e função de confiança (ou gratificada)

22. Como é corrente, *cargo público* vem a ser um “lugar instituído na organização do serviço público”, criado por lei, com um conjunto de deveres e atribuições individuais a serem exercidas por um titular⁹. Já a *função pública* corresponde a um conjunto de deveres e atribuições, independentemente de cargo específico correspondente, cometidos a determinada categoria ou a determinado servidor¹⁰. Vale dizer: todo cargo encerra uma função (que, nesse caso, não será

⁹ O art. 3º da Lei nº 8.112/1990 traz a seguinte definição de cargo público: “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”. A definição, porém, é alvo de críticas da doutrina especializada, por ser insuficiente para descrever a noção de *cargo*. Nessa linha, v. José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 47: “Esse conceito legal foi criticado pelos doutrinadores brasileiros, visto que é um conceito incompleto, pois que cargo público não é um conjunto de atribuições, cargo é um lugar instituído dentro da organização funcional da Administração; e suas atribuições não são cometidas a um servidor, e sim, cometidas ao titular do cargo”.

¹⁰ Nesse sentido, dentre muitos outros: Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada*, 2003, p. 825; José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 47; e Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 1993, p. 360-1: “**Cargo** público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma

transitória, mas permanente), mas nem toda função terá um cargo a ela correspondente¹¹. As duas figuras referidas pela Súmula Vinculante nº 13 são, portanto, espécies dessas categorias. O *cargo em comissão* (ou *cargo de confiança*) é uma espécie do gênero *cargo público* e a *função de confiança* (ou *função gratificada*) é espécie do gênero *função pública*. Ambas estão previstas no art. 37, inciso V da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, *verbis*:

“Art. 37. (...)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

23. Nos termos da Constituição, como se vê do dispositivo transcrito, tanto o cargo em comissão como a função de confiança destinam-se **apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento**¹². Da própria natureza das atribuições reservadas aos cargos em comissão e funções de confiança decorre que a escolha de seu ocupante funda-se na **confiança pessoal nele depositada pela autoridade a que esteja imediatamente subordinado**¹³. Não por outra razão, **ambos**

estabelecida em lei. **Função** é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”.

¹¹ Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, 1999, p. 176-7: “A função distingue-se do cargo por ser atribuição posta ao desabrigo de cargo, em razão de sua condição transitória ou eventual. Todo cargo tem funções que o compõem, havendo, todavia, funções que, pela sua natureza, desapegam-se da composição formal de um cargo”. Na mesma linha, cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 1993, p. 361: “Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender. Daí porque as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de cargos, e as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente”. Cf., ainda, José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 47 e José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 339.

¹² Nessa linha, v. STF, DJ 5.out.2007, ADIn 3706-4/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. (...) 2. **Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. (...).**” (negrito acrescentado)

¹³ V., por todos, José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 338.

são de livre nomeação e exoneração/dispensa¹⁴, já que a confiança pode extinguir-se a qualquer momento, e sem vinculação a qualquer ato específico¹⁵. Essas, portanto, as três características básicas comuns a cargos em comissão e a funções de confiança: eles se destinam apenas a atribuições de direção, chefia e assessoramento, são de livre nomeação e exoneração¹⁶ justamente porque a confiança da autoridade a que estão subordinados é que haverá de definir quem ocupará tais cargos ou desempenhará tais funções.

24. Há, porém, distinções importantes entre as duas figuras. No caso dos cargos em comissão, o inciso II do art. 37 da Constituição excepciona de forma expressa a regra do concurso público¹⁷. O inciso V do mesmo dispositivo¹⁸, por seu turno, prevê que os ocupantes de cargos em comissão poderão ser escolhidos dentre quaisquer pessoas – servidores ou não – que detenham a confiança do nomeante e a capacitação necessária ao desempenho das funções inerentes ao cargo, embora o texto constitucional preveja que a lei poderá (*rectius*: deverá) reservar parte deles apenas a

¹⁴ Veja-se o art. 35 da Lei nº 8.112/1990: “A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: I - a juízo da autoridade competente; II - a pedido do próprio servidor”.

¹⁵ Segundo José Maria Pinheiro Madeira, esta discricionariedade seria a maior característica distintiva do cargo em comissão (*Servidor público na atualidade*, 2007, p. 52). Veja-se, porém, que *discricionariedade* não significa *arbitrariedade*: o nomeante estará sempre adstrito aos princípios constitucionais e regras legais aplicáveis à Administração.

¹⁶ Por isso também não se adquire estabilidade por força da nomeação para o cargo em comissão. Do mesmo modo, terminado o período de designação do servidor para o exercício da função de confiança, retorna ele para seu cargo efetivo de origem. V. Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 2001, p. 554 e 557: “A estabilidade, todavia, jamais será conseguida nos cargos em comissão, pois somente será atingida por meio de concurso. (...) Como o detentor do cargo público em comissão não é estável, e jamais poderá ser, por força de não ter prestado concurso – estáveis seriam apenas os concursados, ou estabilizados excepcionalmente pelo texto constitucional, nas ‘Disposições Transitórias’ -, jamais poderá gozar de licença para tratar de assunto de interesse pessoal, mas tem direito ao 13º salário e, até mesmo, à aposentadoria, se permanecer no cargo pelo tempo suficiente”. Sobre a função de confiança, v. José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 51.

¹⁷ CF/88, “Art. 37: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

¹⁸ CF/88, “Art. 37: (...) V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

servidores de carreira¹⁹. Já as funções de confiança serão “*exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo*”.

25. A distinção que se acaba de descrever é, a rigor, natural. Os cargos em comissão, como qualquer outro cargo público, são criados por lei²⁰, têm provimento isolado e previsão de remuneração própria²¹. Como se sabe, os cargos em comissão são em geral reservados a postos-chave na Administração, com atribuições que apresentam significativo caráter político e cujo exercício exige a confiança e o alinhamento do nomeado com a visão política do seu superior hierárquico²². Os ocupantes de cargos em comissão, como regra, estabelecem a conexão entre a política – a política daquele governo em particular – e a técnica, daí porque o cargo é ocupado de forma transitória, embora sua existência seja permanente na estrutura administrativa²³.

¹⁹ A doutrina registra que a parte do inciso V do art. 37 da Carta referente às condições e percentuais de provimento dos cargos em comissão por servidor de carreira não é autoaplicável, dependendo da edição de lei, até o momento não editada. Nessa linha, v. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Reforma administrativa, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro* 2:264, 2001.

Embora não tenha sido editada a referida lei federal, o Decreto nº 5.497/2005 traz os percentuais mínimos a serem observados no âmbito do Poder Executivo Federal. Sobre o ponto, v. José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 43: “Muito embora não tenha sido editada a referida lei, o Poder Executivo Federal expediu o Decreto nº 5.497/2005 determinando o percentual mínimo. Assim, passaram a existir seis níveis de cargos em comissão denominados DAS. Os DAS níveis 1, 2 e 3 serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira no importe de 75%, o nível 4 com 50% e os de níveis 5 e 6 a nomeação é inteiramente livre, como ocorre com os cargos de Ministros de Estado”.

²⁰ Note-se, porém, que tais cargos não podem ser criados aleatoriamente, mas sim de acordo com as necessidades administrativas reais, sob pena de violação aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Nesse sentido, v. Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 2001, p. 551-2; e Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, 2000, p. 576: “Nada obstante o fato de serem de livre nomeação e de livre exoneração, não poderão ser criados aleatoriamente, sem a necessidade administrativa para justificar a respectiva criação, cumprindo ao Judiciário averiguar a legalidade de tal ato (art. 5º, XXXV)”.

²¹ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 1995, p. 680.

²² Sobre o ponto, confira-se Marcio Cammarosano, Cargos em comissão – Breves considerações quanto aos limites de sua criação, *Interesse Público* 38:27, 2006: “Conforme é de bom senso, essas funções não serão bem exercidas por quem não estiver convencido do seu acerto, não partilhar da mesma visão política. É, pois, essencial para a Democracia, na qual a linha política deve em última análise contar com o beneplácito do povo, que certos postos-chave na administração sejam ocupados por servidores devotados ao programa posto em prática pelas autoridades eleitas. Por isso, todo cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, prescindindo, obviamente, de concurso para o seu provimento”.

²³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 1993, p. 362: “Cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois

26. As funções de confiança, de outra parte, não configuram posição jurídica equivalente à de um cargo: elas correspondem a um conjunto de atribuições diferenciadas assumidas por servidor que já ocupa cargo efetivo, mediante gratificação pecuniária adicional. Tais atribuições se relacionam com a estrutura administrativa interna do próprio ente ou entidade de Administração, onde sempre haverá necessidade de pessoal de direção, chefia e assessoramento, dignos da confiança do nomeante²⁴. Como às funções de confiança não corresponde um cargo e nem previsão de remuneração própria, não comportam designação de pessoa alheia aos quadros da Administração²⁵. Na síntese de José Maria Pinheiro Madeira “*enquanto o cargo em comissão realiza essencialmente ato político, com efeito externo, a função de confiança realiza ato administrativo, com efeito interno*”²⁶.

27. Em suma: os cargos em comissão e as funções de confiança (ou gratificadas) apresentam os seguintes elementos essenciais: (i) só podem ser destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (ii) a escolha de seu ocupante baseia-se na confiança pessoal nele depositada pela autoridade a que esteja imediatamente subordinado; e (iii) são de livre nomeação e exoneração/dispensa,

quem os exerce não adquire direito à continuidade na função”. Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 2003, p. 277: “Os cargos de provimento em *comissão* (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando.”; e Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, 1999, p. 175: “O cargo é de provimento comissionado quando tem como característica condição que o dispõe a ter suas funções desempenhadas mediante comissionamento. Significa dizer que o cargo é cometido a alguém em caráter instável e tendente a ser provido segundo uma condição interinamente cumprível. Nesse caso, o cargo pode ser da estrutura permanente da entidade pública, mas o exercício de suas funções dá-se mediante comissionamento, que tem como elemento determinante uma vinculação especial e precária entre o agente público competente à escolha e o servidor designado para o empenho”.

²⁴ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 339. Veja-se, ainda, Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, 1999, p. 177. “Função de confiança é aquela que se caracteriza por ser destinada ao provimento de agentes que atendem a uma qualidade pessoal que o vincula, direta e precariamente, a determinadas diretrizes políticas e administrativas dos governantes em determinado momento. (...) Cuida-se de situação excepcional, que precisa ser considerada e compatibilizada com a impessoalidade, posta como princípio constitucional intransponível e incontornável”.

²⁵ Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2005, p. 594. Na mesma linha, José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 48.

²⁶ José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 54.

sendo que os cargos em comissão podem ser ocupados por servidores de carreira ou não, na forma de lei a ser editada, e a função de confiança só pode ser exercida por servidores titulares de cargo efetivo.

2. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado não é cargo em comissão ou função de confiança: inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13 do STF

28. Após o registro teórico que se acaba de fazer, cumpre aplicá-lo ao caso. O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado seria um cargo em comissão ou uma função de confiança, de modo a atrair a incidência da Súmula Vinculante nº 13 do STF sobre os fatos que envolvem o consulente? A resposta, já se pode perceber, é negativa para ambas as possibilidades.

29. Os Tribunais de Contas estaduais têm matriz constitucional, na forma do art. 75 da Constituição de 1988, a eles se aplicando as regras relativas ao Tribunal de Contas da União (TCU), previstas na Seção IX do Capítulo I do Título IV da Carta (arts. 70 a 75). Na forma da Constituição, o TCU é órgão vinculado ao Poder Legislativo, que tem a função de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da Administração, exercendo fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial (CF, art. 71²⁷). Os Ministros do TCU – a que correspondem os

²⁷ CF/88: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito

Conselheiros, no âmbito estadual – são escolhidos pelo Presidente e pelo Congresso Nacional, dentre brasileiros que preencham os requisitos constitucionais objetivos, e têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos e vantagens dos Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁸.

30. A Constituição do Estado do Paraná previu regras análogas às existentes da Carta de 1988 acerca do Tribunal de Contas da União, inclusive no que toca à natureza das funções, provimento e regime jurídico dos Conselheiros do TCE. Assim, os Conselheiros do TCE do Paraná também são escolhidos – parte pelo Governador e parte pela Assembléia Legislativa – dentre brasileiros entre 35 e 65 anos, com idoneidade moral, reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros, contábeis ou de administração pública, e que contem com mais de 10 anos de exercício de função ou de atividade profissional nas áreas mencionadas. Ademais, os Conselheiros têm as mesmas garantias, prerrogativas,

Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

²⁸ CF/88: “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. § 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior. § 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista triplíce pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional. § 3º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (...) **Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros”.**

impedimentos, vencimentos e vantagens dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²⁹.

31. Da breve descrição que se acaba de fazer já é possível excluir a possibilidade de se considerar o *cargo* de Conselheiro de Tribunal de Contas estadual como uma função pública (de confiança ou não): trata-se, muito ao revés, de *cargo público*, criado pela própria Constituição, com remuneração e regime jurídico próprios. Seria, então, um cargo em comissão? A resposta é igualmente negativa, ao menos por três razões.

32. ***Em primeiro lugar***, das atribuições conferidas ao próprio Tribunal de Contas (controle externo financeiro, contábil, orçamentário, operacional e patrimonial da Administração estadual, incluindo julgamento de contas e exame da legalidade de contratações) já se observa que seus integrantes não exercem funções de “direção, chefia ou assessoramento” (próprias dos cargos em comissão, como se viu), mas funções especiais, de natureza técnica, correicional e até “judicante”. ***Em segundo lugar***, a escolha do Conselheiro é baseada nos requisitos definidos pela Constituição (idade, idoneidade e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, financeiros ou administrativos e 10 anos de experiência nessas áreas), e não apenas na mera confiança pessoal do nomeante, como acontece com os cargos em comissão. Por fim, ***em terceiro lugar***, embora possa haver certa liberdade na nomeação do Ministro

²⁹ CE/PR: “Art. 75. O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: (...). Art. 77. O Tribunal de Contas, integrado por 7 (sete) conselheiros, tem sede na Capital de Estado, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território estadual, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 101 desta Constituição. § 1º. Os conselheiros, auditores e controladores do Tribunal de Contas do Estado serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos (*O STF declarou inconstitucional a expressão “auditores e controladores” - ADIN 2.208, DJ 25.jun.04*): I - mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros, contábeis ou de administração pública; IV - mais de 10 (dez) anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados nos incisos anteriores. § 2º. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado serão escolhidos: I - dois pelo Governador do Estado, com a aprovação da Assembléia Legislativa, alternadamente, entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo mesmo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - (*declarado inconstitucional pelo STF, ADIN 2.208, DJ 25.jun.2004.*) § 3º. Os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos desembargadores do Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes no art. 35 desta Constituição”.

ou Conselheiro³⁰, uma vez nomeado, o membro do Tribunal de Contas goza das mesmas garantias e prerrogativas da magistratura, dentre elas, a *vitaliciedade*. Não há, portanto, subordinação do nomeado em face do nomeante e nem liberdade de exoneração, típica dos cargos em comissão.

33. Nesse particular, inclusive, a doutrina classifica os cargos públicos “*quanto à sua vocação para retenção dos ocupantes*”³¹ em três categorias: (i) cargos de provimento em comissão, que se caracterizam, no particular, como de ocupação transitória, não ensejando estabilidade; (ii) cargos de provimento efetivo, que, providos mediante concurso público, ensejam para o servidor, após três anos de exercício adequado, a aquisição de estabilidade, revestindo-se de caráter permanente; e (iii) cargos de provimento vitalício, que oferecem ainda maior garantia de permanência aos seus ocupantes, já que o titular do cargo só pode perdê-lo por decisão judicial transitada em julgado (CF, art. 95, I). Pois bem: o cargo de Conselheiro do TCE classifica-se, quanto à sua vocação para retenção do ocupante, como *cargo vitalício* – e não em comissão³². Confira-se o registro doutrinário de José Maria Pinheiro Madeira:

³⁰ Uma vez que hajam sido observados os requisitos constitucionais, por evidente. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Requisitos para Ministro e Conselheiro de Tribunal de Contas, *Revista de Informação Legislativa* 126:113, 1995, p. 113: “Esses requisitos assentaram que a escolha de um Ministro do Tribunal de Contas da União deixou de ser um ato predominantemente discricionário para ser estritamente vinculado aos parâmetros da Lei”.

³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 2003, p. 277. Na mesma linha, v. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2004, p. 697: “**Cargo de provimento efetivo** é aquele que, segundo a lei, deve ser preenchido em caráter definitivo, referindo-se essa característica à titularidade do cargo, para indicar que a pessoa nele investida o será como seu titular definitivo, em princípio, pois não impede a remoção ou transferência. Opõe-se ao **cargo de provimento em comissão**, o que, segundo a lei, será ocupado em caráter transitório, querendo isso dizer que seu ocupante não é o seu titular definitivo, mas nele permanecerá apenas enquanto bem servir ou enquanto merecer a confiança da autoridade (daí, cargo de confiança) que o indicou ou nomeou. Outro é o **cargo de provimento vitalício** que seria o provimento para toda a vida, mas essa idéia já não prevalece, porque seu titular fica sujeito à aposentadoria compulsória, além da voluntária”. (negrito no original)

³² Veja-se, a propósito, que Márcio Cammarosano distingue os cargos públicos em apenas duas categorias. O autor utiliza como critério de diferenciação a possibilidade de se adquirir estabilidade, com base no art. 41 da Constituição. O primeiro grupo seria formado pelos cargos de provimento efetivo e os cargos de provimento vitalício (Magistratura, Ministério Público e Conselheiros dos Tribunais de Contas). O segundo grupo seria formado pelos cargos de provimento em comissão, de caráter não definitivo, transitório. Cf. Márcio Cammarosano, Cargos em comissão – Breves considerações quanto aos limites de sua criação, *Interesse Público* 38:25, 2006.

*“Os cargos de provimento vitalício são os de Magistrado (art. 95, I, da CF), os de membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, a, da CF), os de Ministros do Tribunal de Contas (art. 73, § 3º, da CF) e os de oficiais militares (art. 142, VI). Nas demais pessoas políticas a vitaliciedade é outorgada aos agentes que nessas esferas desempenham atribuições semelhantes, como por exemplo, os Conselheiros dos Tribunais de Contas (devido a expressa previsão contida no art. 75 da CF)”*³³

34. A conclusão a que se chega, portanto, é simples. O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado não se enquadra em qualquer das categorias de que cuida a Súmula Vinculante nº 13 do STF que, portanto, é inaplicável à situação do consulente. Com efeito, o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado não é cargo em comissão – seja de natureza tipicamente política, seja de natureza puramente administrativa – e nem função de confiança ou gratificada, mas cargo público de natureza diversa.

III. RECLAMAÇÃO: FINALIDADE E LIMITES. RESTRIÇÃO AO EXAME DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 13.

35. A segunda questão formulada pelo consulente envolve saber se as supostas condutas irregulares e violações constitucionais apontadas no acórdão do STF que concedeu a liminar em prejuízo do consulente poderiam ser objeto de reclamação, ajuizada com fundamento em descumprimento da referida Súmula Vinculante nº 13. Como se viu acima, a súmula em questão não é aplicável à hipótese aqui tratada e, portanto, não autorizaria o manejo da reclamação. O que o consulente pretende saber com esta segunda pergunta é se os outros temas referidos poderiam ser objeto de reclamação. A resposta, também aqui, é negativa.

³³ José Maria Pinheiro Madeira, *Servidor público na atualidade*, 2007, p. 50.

36. A reclamação foi concebida originariamente pela jurisprudência, ainda na primeira metade do século XX³⁴, como manifestação dos *poderes implícitos*³⁵ atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a necessidade de preservar sua competência e a autoridade de suas decisões³⁶. Em 1957, a reclamação ganhou sua primeira previsão normativa, com a introdução do instituto no Regimento Interno do STF. Na vigência da Constituição de 1967-69, o Regimento Interno da Corte continuou a ser a sede normativa do instituto³⁷. Por fim, a reclamação foi expressamente incluída no rol dos arts. 102, I e 105, I pela Constituição de 1988, que enumeram as

³⁴ Para uma análise detalhada sobre a evolução do instituto da reclamação no Brasil, v. José da Silva Pacheco, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2002, p. 601 e ss.. O autor divide essa evolução em quatro fases distintas: (i) *primeira*: desde a criação do STF até 1957, quando era fruto da construção jurisprudencial como decorrência da idéia de poderes implícitos; (ii) *segunda*: previsão expressa da reclamação e seu procedimento no Regimento Interno do STF no ano de 1957; (iii) *terceira*: a partir da Constituição de 1967, que legitimou definitivamente a inclusão da reclamação no RISTF (CF/67, art. 115, parágrafo único, c); e (iv) *quarta*: promulgação da Constituição de 1988, que incluiu expressamente a reclamação no rol de competências constitucionais do STF e do STJ.

³⁵ A teoria dos poderes implícitos (“*implied powers*”) tem como grande precedente histórico a decisão da Suprema Corte americana em *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) e funda-se na ideia de que, quando a Constituição outorga a um órgão determinada competência, implicitamente lhe confere também os meios necessários ao seu exercício. Sobre o tema, v., e.g., Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5:370, maio/2002, p. 380: “Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio). Nestas circunstâncias só alcançarão os seus propósitos se estas (regulamentares) forem admitidas. Com isto, não estamos ‘forçando’ o conteúdo da Constituição, mas apenas aplicando o vetusto princípio dos implied powers, por Marshall concebido nos seguintes termos: ‘legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais’”.

³⁶ Sobre o tema, v. Gilmar Ferreira Mendes, A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas, *Direito Público* 12:21, 2006; Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, Da reclamação aos tribunais. In: James Tubenclak (Coord.), *Doutrina* 12, 2001, p.123-4; João Miguel Coelho dos Anjos, Reclamação constitucional. In: Marcelo Andrade Féres e Paulo Gustavo M. Carvalho (Coords.), *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004*, 2006, p. 37; Leonardo Lins Morato, A reclamação prevista na Constituição Federal. In: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, 2000, p. 441-2; dentre outros.

³⁷ V. Gilmar Ferreira Mendes, A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas, *Direito Público* 12:21, 2006, p. 22-23. Para incluir a reclamação no rol de procedimentos por ele admitidos, o STF valeu-se do art. 97, II, da Constituição de 1946, que lhe atribuía competência para elaborar seu Regimento Interno. A Constituição de 1967-69 igualmente autorizou o STF a disciplinar, em seu Regimento Interno, “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal” (CF/67, art. 115, parág. único, c; reproduzido no art. 120, parág. único, c, da EC nº 1/69 e no art. 119, § 3º, c, da EC nº 7/77), além de incluir a advocatária no elenco de suas competências originárias (EC nº 7/77, art. 119, I, o).

competências originárias, respectivamente, do STF e do STJ, adquirindo *status* constitucional. Confirmam-se os dispositivos:

*“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)
I - processar e julgar, originariamente: (...)
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.*

*“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)
I - processar e julgar, originariamente: (...)
f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.*

37. A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou nova hipótese de cabimento de reclamação – que interessa de forma específica à presente consulta –, a saber: quando ato administrativo ou decisão judicial violar ou aplicar indevidamente súmula vinculante do STF. Confirma-se a dicção do § 3º do art. 103-A:

*“Art. 103-A. (...)
§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.*

38. Ou seja: conforme previsto na Constituição – e na Lei nº 8.038/1990, que regula o seu procedimento³⁸ –, a reclamação tem como finalidades específicas: (i) preservar a competência dos Tribunais Superiores; e (ii) garantir a autoridade de suas decisões. Na primeira hipótese, a reclamação será cabível sempre que a competência do STF ou STJ for usurpada por meio de atos judiciais provenientes de instâncias inferiores incompetentes. Na segunda hipótese, será cabível a reclamação quando atos administrativos e decisões judiciais impliquem no descumprimento de

³⁸ Lei nº 8.038/1990, art. 13: "Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público".

decisão prévia do Tribunal, proferida em feito de qualquer natureza³⁹, ou contrariem, neguem vigência ou apliquem indevidamente enunciado de súmula vinculante editada pelo STF, na forma da Lei nº 11.417/2006 (art. 7º⁴⁰). No caso de ato ou omissão da Administração, o uso da reclamação por violação a súmula vinculante só será admitido após esgotadas as instâncias administrativas (Lei nº 11.417/2006, art. 7º, § 1º⁴¹).

39. Embora seu objeto e hipóteses de cabimento estejam expressamente previstos na Constituição e na lei, a natureza jurídica da reclamação permanece envolta em certa controvérsia teórica. Há quem sustente tratar-se de *recurso*, de *ação*⁴² ou, ainda, de mero *incidente processual*⁴³. Seja como for, é possível

³⁹ Veja-se que, inicialmente, a jurisprudência do STF era no sentido da inadmissibilidade de reclamação em sede de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, quando a decisão da Corte apontada como violada tivesse sido proferida em ação de natureza objetiva (e.g.: STF, DJU 28.jun.1991, Rcl 354, Rel. Min. Celso de Mello). Posteriormente, o entendimento da Corte foi se consolidando em sentido oposto: *primeiro*, para admitir a reclamação a fim de garantir a autoridade de decisão proferida em ADIn, desde que o reclamante fosse legitimado para sua propositura (e.g.: STF, DJU 18.jun.1993, Rcl-QO 385, Rel. Min. Celso de Mello); *segundo*, para admiti-la quando o órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional na ADIn invocada persistisse na prática de atos contrários à decisão (STF, DJU 24.mar.1995, Rcl 399, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). A jurisprudência do STF sobre o ponto seguiu evoluindo, passando a admitir o cabimento da reclamação quando ajuizada por “todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal” (STF, DJU 19.mar.2004, Rcl-QO 1.880, Rel. Min. Maurício Corrêa). A controvérsia foi definitivamente superada com a EC nº 45/04, que deu nova redação ao art. 102, § 2º, da Carta de 1988, *verbis*: “§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁴⁰ Lei n. 11.417/06: “Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

⁴¹ Lei n. 11.417/06: “Art. 7º. (...) § 1º. Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.

⁴² Neste sentido, cf. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, 2000, p. 460-1: “Possui, então, a reclamação, os três elementos da ação: a) partes – o reclamante, isto é, quem quer conservar a competência ou a autoridade da decisão da corte; e o reclamado, ou seja, quem está invadindo a referida esfera competencial ou desobedecendo decisão proferida dela; b) pedido – a decisão que resguarde a competência ou imponha o cumprimento do seu julgado; e c) causa de pedir – a invasão de competência ou a desobediência à decisão da corte”. Na mesma linha, v. João Miguel Coelho dos Anjos, *Reclamação constitucional*. In: Marcelo Andrade Feres e Paulo Gustavo M. Carvalho (Coords.), *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004*, 2006, p. 37 e 41.

⁴³ Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes sintetizam a impropriedade dessas conclusões: “Diante da conceituação de *recurso* aqui adotada, fica clara a impropriedade de entender-se a reclamação como tal. Assim: (...) por meio da *reclamação* não se objetiva reformar, invalidar, esclarecer ou integrar uma decisão, mas, longe disso, garantir a autoridade de uma decisão cujo conteúdo se quer justamente preservar. Também não é aceitável a

afirmar, em caráter geral, que a reclamação é um garantia processual especial, situada no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da Carta de 1988⁴⁴. Com efeito, esta foi a conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da ADIn nº 2.212/CE⁴⁵, quando a Corte excluiu da reclamação qualquer caráter recursal, distinguindo-a, ainda, da ação e do incidente processual. Confira-se trecho da ementa:

“1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. (...)”⁴⁶ (negrito acrescentado)

posição dos que a consideram como ação, (...). Na *reclamação*, ao contrário disso, não se pretende que o Estado exerça a jurisdição, até porque a prestação jurisdicional já foi obtida, cuidando-se apenas de assegurar a eficácia do provimento definitivo que a concedeu; muito menos se poderia cogitar de assegurar aos interessados, através da *reclamação*, uma reabertura da discussão contraditória que precedeu a tal provimento. Por último, não é possível concordar com a opinião de que a *reclamação* seria um *incidente processual*. Essa tese poderia, quando muito, explicar a natureza da *reclamação* quando se trata de preservar a competência do Tribunal, diante de um processo instaurado perante outro órgão incompetente, mas não resolve a questão levantada na situação em que se busca garantir a efetividade de um julgamento proferido em processo já encerrado, como prevêm a Constituição Federal e os regimentos dos tribunais”. (Da reclamação aos tribunais. In: James Tubenclak (Coord.), *Doutrina 12*, 2001, p.125).

⁴⁴ Nessa linha: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, Da reclamação aos tribunais. In: James Tubenclak (Coord.), *Doutrina 12*, 2001, p.126.

⁴⁵ A ADIn nº 2.212/CE foi ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará para o fim de impugnar: (i) o art. 108, VII, *i*, da Constituição Estadual, que conferia ao TJ local competência para processar e julgar a reclamação “*para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*”; e (ii) o art. 21, VI, *j*, do Regimento Interno do TJ/CE, que atribuía ao órgão Pleno daquele Tribunal a competência para tal julgamento e processamento.

⁴⁶ STF, DJU 14.nov.2003, ADI nº 2.212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie.

40. Na realidade, a reclamação tem finalidade e objeto específicos e limitados, que não se confundem com as finalidades e objetos dos recursos por acaso cabíveis contra a mesma decisão⁴⁷. Como se viu, a reclamação tem por objeto constitucional impedir a usurpação de competência ou garantir a autoridade de decisão ou súmula vinculante do STF e, portanto, tudo o que nela se pode discutir será (i) a violação direta a regra de competência ou (ii) o desrespeito ao teor de decisão ou súmula vinculante do Tribunal. Na hipótese de reclamação por violação a súmula vinculante – caso da presente consulta –, a Lei nº 11.417/2006 prevê expressamente o cabimento da reclamação “*sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação*”⁴⁸ (art. 7º, *caput*).

41. A limitação do escopo da reclamação às hipóteses constitucionalmente autorizadas haverá de ser interpretada de forma rígida também por razões sistemáticas. Ao contrário do que acontece com os recursos, que seguem o curso natural do devido processo legal, com todas as garantias a ele inerentes, a reclamação autoriza a parte a chegar, de imediato, ao Supremo Tribunal Federal. Se, em sede de reclamação, fosse possível suscitar outros temas que não aqueles que autorizam seu manejo, haveria óbvia supressão de instância e esvaziamento do devido processo legal. Até porque, os limites constitucionais da reclamação se refletem em seu próprio procedimento, notadamente no caráter restrito de sua instrução⁴⁹, que

⁴⁷ STF, DJU 29.jun.1990, Recl. nº 329/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “A recorribilidade ou a efetiva interposição de recurso para o STF da decisão reclamada não ilide o cabimento da reclamação”.

⁴⁸ Eduardo Arruda Alvim, Do cabimento da reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei nº 11.417/2006, *Revista Forense* 394:44, 2007, p.58.

⁴⁹ Sobre o ponto, veja-se o registro de João Miguel Coelho dos Anjos, Reclamação constitucional. In: Marcelo Andrade Féres e Paulo Gustavo M. Carvalho (Coords.), *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004*, 2006, p. 60: “Vale registrar que, pela própria natureza da medida, o procedimento de reclamação não comporta a produção de prova testemunhal ou pericial, ou qualquer outro meio de prova, somente podendo ser instruída com prova documental, consoante se extrai do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 8.038/90”.

admite apenas prova documental (art. 13, parágrafo único da Lei nº 8.038/90⁵⁰ e art. 156, parágrafo único do Regimento Interno do STF⁵¹).

42. Não é por outra razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é tranquila no sentido de que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, tampouco substitui a ação rescisória⁵² ou outros meios adequados de impugnação a decisões judiciais inferiores, devendo ser manejada tão-somente nas restritas hipóteses constitucionais. Confirmam-se as seguintes decisões, exemplificativamente:

“CONSTITUCIONAL. ART. 102, I, I, DA CF. RECLAMAÇÃO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 13 DA LEI 8.038/90. PROCESSUAL CIVIL. ART. 542, § 3º, DO CPC. RETENÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE PROVIMENTO DE NATUREZA RECURSAL EM SEDE DE RECLAMAÇÃO. 1. A pretensão de afastamento da decisão que fez incidir o teor do § 3º, do art. 542 do CPC, escapa aos pressupostos previstos na alínea I do inciso I do artigo 102 da Constituição, reproduzidos no art. 13 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990. 2. Reclamação não é recurso e não se destina a examinar o ato impugnado com vistas a repudiá-lo por alguma invalidade processual-formal ou corrigi-lo por erros em face da lei ou da jurisprudência. 3. Usurpação de competência desta Corte não configurada”⁵³. (negrito acrescentado)

⁵⁰ Lei n. 8.038/90: “Art. 13. (...). Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível”.

⁵¹ RISTF, art. 156, parágrafo único: “A reclamação será instruída com prova documental”.

⁵² Com efeito, doutrina e jurisprudência entendem que a reclamação só constitui instrumento capaz de retificar o descumprimento ou a não-aplicação da súmula vinculante “se ainda não houver recaído a autoridade da coisa julgada material sobre a decisão do processo subjacente” (Eduardo Arruda Alvim, Do cabimento da reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei nº 11.417/2006, *Revista Forense* 394:44, 2007, p. 66.). Ou seja: a reclamação é cabível apenas antes do trânsito em julgado da decisão reclamada, sob pena de ausência de interesse jurídico quanto ao julgamento de mérito. Neste sentido é a Súmula nº 734 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

⁵³ STF, DJU 2.fev.2006, Rcl.-AgR 3800/PR, Rel. Min. Ellen Gracie. No mesmo sentido, dentre outros: STF, DJ 16.dez.2005, Rcl-ED 3384-8/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

*“RECLAMAÇÃO. Atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário não admitido na origem. Suspensão conseqüente de execução de acórdão que concedeu mandado de segurança. Inadmissibilidade. Não ocorrência de nenhuma das hipóteses do art. 102, inc. I, alínea I, da CF, e do art. 13 da Lei nº 8.038/90. Improriedade da via eleita. Seguimento negado à reclamação. Agravo improvido. Precedentes. **A reclamação não pode ser usada como sucedâneo de recurso, nem de ação rescisória, de modo que não serve para outorga de efeito suspensivo a recurso extraordinário**”⁵⁴. (negrito acrescentado)*

43. A conclusão a que se chega, portanto, com bastante facilidade, é a de que a reclamação não é a sede adequada para debater, *e.g.*, vícios processuais, fatos relativos ao mérito da ação onde proferida a decisão judicial reclamada⁵⁵, violação a jurisprudência do STF sobre determinada matéria ou violação a dispositivos da Constituição Federal – o que seria matéria própria de recurso extraordinário. Admitir o contrário seria cancelar supressão de instância, em afronta ao devido processo legal e ao princípio do juiz natural. Cabe agora apenas aplicar o que se acaba de expor à situação descrita pelo consulente.

44. Conforme narrado na descrição da consulta, José Rodrigo Sade apresentou reclamação em face do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, com fundamento no § 3º do art. 103-A da Constituição. O reclamante alega que o Juízo reclamado, ao indeferir liminar requerida pelo reclamante em sede de ação popular, teria violado a Súmula Vinculante nº 13 do STF.

⁵⁴ STF, *DJUE* 8.ago.2008, Recl-AgR 654-9/PI, Rel. Min. Cezar Peluso. Lê-se, ainda, no voto do relator: “No caso, não está presente nenhuma das razões que a Constituição tem por relevantes para franquear o acesso à via da reclamação. De modo que o reclamante carece de interesse processual, na modalidade da adequação, para uso da ação escolhida (CPC, art. 267, inciso VI), devendo valer-se dos meios e recursos próprios, se lhe quadrem à situação e não tenham ainda sido usados. Cumpre ressaltar, ademais, ser velha e aturada a jurisprudência desta Corte no sentido de que a reclamação não pode ser usada como sucedâneo de recurso, nem de ação rescisória”.

⁵⁵ Nessa linha, v. STF, *DJ* 19.dez.2006, Rcl-AgR 3375/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes: “Agravo regimental em reclamação. (...) Análise de fatos. Impossibilidade em sede de reclamação. Ausência de violação ao princípio da segurança jurídica”.

45. Como também já registrado, o relator da Reclamação negou a liminar pleiteada pelo reclamante, no sentido de que fosse determinado o afastamento de Maurício Requião do cargo de Conselheiro do TCE do Paraná. Posteriormente, todavia, em sede de agravo regimental, o Plenário do STF, por unanimidade, reformou a decisão e deferiu a liminar, sob o fundamento de que, ao contrário do que a decisão reformada afirmara, a doutrina não incluiria o cargo de Conselheiro do TCE dentre aqueles de natureza política. Já se discutiu acima a inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13 ao caso e a impertinência da discussão sobre a natureza política ou não do cargo de Conselheiro do TCE, já que não se cuida de cargo em comissão. Seja como for, o fato é que, além do fundamento descrito, a decisão do Supremo Tribunal Federal apresentou vasta argumentação “de reforço”, relativa a um conjunto de vícios e condutas suspeitos supostamente verificados no processo de eleição do consulente.

46. Com efeito, embora o voto condutor inicie a fundamentação afirmando que a hipótese versada na Reclamação em tela se distancia do paradigma firmado no RE 579.951 – no qual se discutiu a não aplicação da Súmula Vinculante nº 13 aos cargos em comissão de natureza política⁵⁶ –, os demais argumentos suscitados

⁵⁶ Confira-se trecho do acórdão do STF: “O caso sob exame, porém, apresenta nuances que, à primeira vista, o distinguem daquela decisão paradigmática. Senão vejamos: No dia 24 de junho de 2008 foi encaminhado o Ofício 243/08-GP, subscrito pelo Presidente do Tribunal de Contas ao Presidente da Assembléia Legislativa informando a aposentadoria do Conselheiro Henrique Naigeboren e a vacância do respectivo cargo, para que aquela Casa de Leis fizesse a seleção de um novo nome, em conformidade com o disposto nos arts. 54, XIX, “a” e 77, § 2º, da Constituição do Estado. Consta que o expediente foi lido em sessão, no mesmo dia em que foi recebido, embora protocolado apenas no dia subsequente. Em 25 de junho de 2008, a Comissão Executiva da Assembléia Legislativa editou o Ato nº 675/08, abrindo o prazo de 5 (cinco) dias para a inscrições de candidatos ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, além de estabelecer novas regras para o procedimento de escolha e indicação da Casa, em especial para transformar a votação de secreta em nominal, segundo uma única discussão (fls. 146-147 – apenso 1). O referido Ato 675/08 foi publicado em jornal no Diário da Assembléia apenas em 9 de julho de 2008 (fl. 163 – apenso 1) e, no mesmo dia, em Sessão Especial Plenária, os Deputados Estaduais integrantes da Assembléia Legislativa elegeram MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA para ocupar o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas (fls. 162-168 - apenso 1). Consta da petição inicial da reclamação que a Comissão Executiva da Assembléia teria feito publicar Comunicado Oficial, no dia 26 de junho de 2008, no Diário Popular, jornal de pequena circulação, em que dava conta da abertura de inscrições, pelo prazo de 2 (dois) dias, para a seleção de candidatos ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado (fls. 3). No dia seguinte, ou seja, em 10 de julho de 2008, o Governador Roberto Requião de Mello e Silva assinou os seguintes atos: i) o Decreto nº 3.041/08, que aposenta, a pedido, o Conselheiro Henrique Naigeboren, do cargo de Conselheiro do TCE; ii) o Decreto nº 3.042/08, que exonera Maurício Requião de Mello e Silva do cargo de Secretário de Estado da Educação; iii) o Decreto nº 3.043/08, que nomeia Yvelise Freitas Arcoverde para exercer o cargo de Secretário de Estado da Educação; iv) o Decreto nº 3.044/88, que nomeia MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA para exercer o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (fls. 170-173 – apenso 1). Ora, reexaminando a questão, agora, à luz dos argumentos

não se relacionam com o decidido no precedente invocado. Na realidade, como já referido, tais argumentos referem-se a um conjunto de fatos supostamente ocorridos quando da eleição e nomeação do ora consulente para Conselheiro do Tribunal de Contas estadual – muitos alegados pelo reclamante na ação popular, outros sequer suscitados naquela sede –, objeto de disputa entre as partes e ainda não examinados pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, tão-menos pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

47. A ausência de relação entre a maior parte da fundamentação do acórdão do STF e o objeto próprio da reclamação – a saber: a discussão sobre a aplicação ou não, ao caso, da Súmula Vinculante nº 13 pela decisão reclamada – é observada também na conclusão do acórdão. De fato, a liminar pleiteada pelo reclamante é deferida por conta da aparência de violação a dispositivos constitucionais, e não propriamente por conta da violação à Súmula Vinculante nº 13. Confira-se:

*“Em primeiro lugar, cumpre registrar o açodamento, no mínimo suspeito, dos atos levados a cabo naquela Casa de Leis para ultimar o processo seletivo, **que indica, quando menos, a tentativa de burlar os princípios da publicidade e impessoalidade que, dentre outros, regem a administração pública em nossa sistemática constitucional.** (...) Convém assinalar, ainda, que se afigura de duvidosa constitucionalidade, à luz do princípio da simetria, a escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, quando o art. 52, III, “b”, da Constituição Federal, determina que seja fechada em casos análogos, instituída para a proteção dos próprios parlamentares. Não fosse tudo isso, a nomeação do irmão, pelo Governador do Estado, para ocupar o cargo de Conselheiro do TCE, agente incumbido pela Constituição de fiscalizar as contas do nomeante, está a sugerir, ao menos neste exame preliminar da matéria, afronta direta aos mais elementares princípios republicanos. Isso posto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, dou provimento ao Agravo Regimental para deferir a liminar requerida de maneira a sustar, de imediato, os*

esgrimidos no presente agravo Regimental, entendo que se mostram presentes os requisitos para o deferimento da liminar.” (STF, j. em 4.mar.2009, Rcl-AgReg 6702/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – decisão ainda não publicada – texto fornecido pelo consulente).

efeitos da nomeação de MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas até o julgamento da Ação Popular nº 52.203/000, ajuizada pelo reclamante perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba”. (negrito acrescentado)

48. Do exposto, portanto, é possível responder à segunda questão formulada pelo consulente. Como já se adiantou, as supostas condutas irregulares e violações constitucionais apontadas no acórdão do STF não poderiam ser apreciadas em sede de reclamação, manejada com fundamento em descumprimento de súmula vinculante, na medida em que não se admite o manejo da reclamação como sucedâneo recursal. A reclamação não se confunde com recurso extraordinário – sede própria para se discutir violações a dispositivos constitucionais em processos de cunho subjetivo –, sob pena de evidente supressão de instância e violação ao devido processo legal.

IV. CONCLUSÃO

49. Da exposição que se acaba de fazer, é possível enunciar as seguintes conclusões objetivas em resposta às perguntas formuladas pelo consulente:

A. O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado não se enquadra em qualquer das categorias de que cuida a Súmula Vinculante nº 13 do STF – cargo em comissão (apresente ele natureza política ou puramente administrativa) ou função de confiança – que, portanto, é inaplicável à situação do consulente.

B. A reclamação é remédio processual especial, cujo cabimento e exame estão limitados às suas finalidades constitucionais: a preservação da competência dos Tribunais Superiores e a garantia da autoridade de decisão prévia dos Tribunais ou de súmula vinculante do STF. Não é próprio ao seu objeto o

pronunciamento sobre questões fáticas e jurídicas controvertidas ainda não apreciadas na demanda de origem.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2009

Luís Roberto Barroso