## *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — FUNÇÃO DE ASSESSORAMENTO SUPERIOR — ESTABILIDADE*

*— A função de assessoramento superior (FAS) reveste-se da natureza jurídica de típica função de confiança. É-lhe ínsito o caráter personalíssimo do ato de escolha daquele que irá exercê-la. O titular de FAS nada mais é do que um qualificado assessor, cujo desempenho funcional está permanentemente condicionado pela natureza do ato, praticado* intuitu personae, *que lhe deu origem. Qualquer que seja a natureza do vínculo jurídico decorrente do preenchimento da função de assessoramento superior, torna-se claro que, além de sua especial configuração* intuitu personae, *assume, o seu exercício, caráter de evidente transitoriedade, a tornar possível a dispensa daquele que a titulariza, sempre que assim entender a autoridade competente.*

*— A decisão da União Federal, de romper, unilateralmente, o contrato individual de trabalho do impetrante, e assim formalizar a sua dispensa do exercício da função de assessoramento superior que se lhe atribuiu, qualifica-se como ato de caráter discricionário, sujeito a juízo administrativo de mera conveniência ou oportunidade, a que não pode opor o exercente de FAS, que não tem o direito de exigir que o Poder Público preserve a integridade do vínculo jurídico-laboral.*

*— A garantia constitucional da estabilidade — não importa se em sua modalidade ordinária (CF, art. 41, § 1º) ou em sua modalidade extraordinária (ADCT, art. 19,* caput*) — é absolutamente incompatível com o exercício de cargos em comissão e de empregos ou funções de confiança, inclusive funções de assessoramento superior (FAS).*

*— Estabilidade extraordinária (ADCT, art. 19) —* Favor constitutionis *— Destinatários, pressupostos de incidência e cláusula de pré-exclusão — Análise.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mandado de Segurança nº 21.101
*Impetrante:* Francisco Eugênio Machado Arcanjo
*Autoridade coatora:* Presidente da República
*Relator:* Sr. Ministro CELSO DE MELLO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em co-

nhecer do mandado de segurança, porém indeferi-lo.

Brasília, 19 de outubro de 1990. — *Aldir Passarinho*, presidente; *Celso de Mello*, relator.

RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Celso de Mello*: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Francisco Eugênio Machado Arcanjo contra atos do Presidente da República, em decorrência dos quais foi dispensado, juntamente com outros servidores federais, da função de assessoramento superior de que era titular no âmbito do extinto Ministério das Minas e Energia.

O impetrante, que se autoqualifica como servidor estável, assim resume e expõe a sua postulação (fls. 3/8), *verbis*:

"O impetrante, servidor público federal estável do extinto Ministério das Minas e Energia desde 1º de abril de 1982 (Doc. 2), foi dispensado de suas funções pelo Decreto nº 99.208 (Doc. 3), publicado no Diário Oficial da União em 17 de abril de 1990.

Este ato administrativo viola disposições constitucionais e infraconstitucionais, além de ferir direito líquido e certo do impetrante, como restará devidamente demonstrado adiante.

O Decreto 99.208/17.04.90, em seu preâmbulo, ostenta a seguinte base legal:

'O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso XXV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 52 da Medida Provisória nº 150, de 15 de março de 1990, decreta (...)'.

Ambos os dispositivos citados na dupla fundamentação legal não podem ser juridicamente considerados, a fim de que seja validado o ato.

Examinemos, em primeiro lugar, o fundamento constitucional — art. 84, inciso XXV —, que assim dispõe:

'Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XXV — prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei'.

Neste sentido é também a regra do art. 48, inciso X, da Constituição — não citado no preâmbulo —, *verbis*:

'Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X — criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.'

Clara é a necessidade de complementação infraconstitucional ao art. 84, inciso XXV, da Constituição, e é de se supor que, ao mencionar o art. 42 da Medida Provisória nº 150 (Doc. 4), estavam as autoridades a entender que esta regra serviria a tal fim. E, talvez, a mesma até possuísse estes préstimos, se já não se encontrasse excluída do plano de existência e de validade, e, portanto, de eficácia legislativa.

Senão vejamos: em 17 de abril de 1990 foi publicado o Decreto nº 99.208, fundamentando-se na Medida Provisória nº 150. Ora, desde o dia 13 de abril do mesmo ano já não mais existia tal texto legal, tendo este sido convertido em Lei, sob o nº 8.028, naquela mesma data (Doc. 5). A Medida Provisória nº 150 foi substituída pela Lei nº 8.028, tendo sido devidamente sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, com os vetos por ele considerados necessários, em seu juízo de conveniência.

Causa espécie verificar que exatamente o art. 52 da mencionada Medida Provisória foi integralmente vetado no texto legal, sem ter sido reeditado o seu teor em nenhum outro dispositivo da nova Lei.

(...)

**Patente está a ocorrência** de violação ao princípio da legalidade do ato administrativo, constitucionalmente firmado no art. 37, *caput*. A constatação da ilegalidade do afastamento do impetrante remete à necessidade do reconhecimento jurisdicional de que o ato presidencial é, de fato, lesivo ao direito líquido e certo daquele, *ex vi* dos dispositivos constitucionais a seguir citados.

'Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.' (ADCT)

À data da promulgação da Constituição já contava o impetrante com 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de serviço público continuado (Doc. 6), tendo sido portanto destinatário da supracitada norma. Sendo estável, somente se daria a sua desvinculação do serviço público nos seguintes termos da Lei Maior:

'Art. 41, § 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.'

'Art. 41, § 3º. Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.'

Restou, por fim, absolutamente desprezado o direito do servidor, ora impetrante, face à edição de ato portador de tamanhos vícios.

Havendo por parte da Administração intuito de extinguir cargos, que o fizesse legalmente, e constitucionalmente, resguardando o direito do servidor estável de permanecer em disponibilidade remunerada, até ulterior aproveitamento em outro cargo.

(...)

No mérito, requer a *concessão definitiva da segurança*, isto significando o retorno do impetrante ao *status quo ante* que gozava até a edição do ato administrativo defeituoso, não podendo ser o seu *status* de servidor público federal estável modificado a não ser em virtude e na forma prevista em lei (...)."

O impetrante, em manifestação superveniente, esclareceu que (fls. 47/48):

"(...) não obstante estar em curso este *writ*, procederam as autoridades coatoras à prática de novo ato administrativo (Doc. 1, vide verso) — embrionariamente inválido —, dispensando novamente o servidor impetrante do presente.

O mandado de segurança foi protocolado nesta Suprema Corte em 19 de abril de 1990, contra o Decreto presidencial nº 99.208, publicado em 17.4.90, que dispensava o servidor impetrante. Eis que, no aguardo de que se fizesse Justiça, surpreendeu-se o impetrante ao ver publicado, no Diário Oficial da União, de 25 de abril do corrente ano, o Decreto presidencial s/ nº de 24 de abril de 1990, o qual, como se vê, por ocasião de dispensar outros servidores do Ministério das Minas e Energia (extinto), antes não dispensados, acrescenta em último lugar na lista o nome do impetrante.

O melhor entendimento a respeito do segundo ato administrativo reporta-o à categoria de ato inexistente, posto que um servidor contratado não pode ser dispensado duas vezes, mesmo que o primeiro ato de dispensa seja, como já demonstrado, eivado de vícios. Não obstante nulo, continua a produzir efeitos o ato até a decretação de sua nulidade, seja pela via do controle administrativo, seja por decisão judicial, consoante as melhores inteligências sobre o assunto.

(...)

*Ex positis*, reitera integralmente o impetrante os termos da inicial e requer a concessão da segurança também em relação ao Decreto de 24.4.90, trazido a lume no *Diário Oficial* de 25.4.90, por ser igualmente atentatório a seus direitos (...)."

O pedido de suspensão liminar dos atos impugnados foi indeferido, eis que não vislumbrei, cumulativametne ocorrentes na espécie, os requisitos essenciais da plausibilidade jurídica e do *periculum in mora* (fl. 71).

O Sr. Presidente da República encaminhou a esta Corte informações que foram elaboradas pela Consultoria Geral da República e pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, suscitando questões preliminares e manifestando-se, quanto ao mérito, pela denegação do *writ* (fls. 54-69).

O Ministério Público Federal, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral, Dra. Odília Ferreira da Luz Oliveira, aprovado pelo eminente Procurador-Geral, Dr. Aristides Jun-

queira Alvarenga, após rejeitar as preliminares suscitadas, opinou pela denegação do mandado de segurança (fls. 73-78).

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Celso de Mello* (Relator): Trata-se de mandado de segurança em que o impetrante postula, com o reconhecimento de sua estabilidade no serviço público, seja-lhe assegurado o reingresso na função de assessoramento superior (FAS), invalidando-se, desse modo, os atos do presidente da República que formalizaram a sua dispensa do desempenho daquela atividade funcional.

A ilustre autoridade impetrada suscitou duas questões preliminares, concernentes, a primeira, ao descabimento do mandado de segurança, por ser o impetrante servidor público regido pela legislação trabalhista, e, a segunda, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por configurar, o decreto impugnado, típico ato em tese (fls. 56-57).

O Ministério Público Federal, em parecer que adoto por seus próprios fundamentos, bem repeliu essas questões prévias (fls. 74-75), *verbis*:

"(...)

Nas informações, suscitaram-se duas preliminares:

a) descabimento do mandado de segurança, por se tratar de servidor público regido pela legislação trabalhista;

b) ilegitimidade passiva do presidente da República, porque o decreto por ele expedido tem caráter geral; o ato concreto de rescisão do contrato de trabalho não lhe compete.

Nenhuma delas é procedente.

A questão do cabimento do mandado de segurança, como se verá, está em parte ligada ao mérito. Embora o impetrante se ampare em um contrato de trabalho, seu regime jurídico, como ocupante de *função de confiança*, era em parte determinado pelo Direito Administrativo, cujas regras incidiam, entre outros aspectos da relação de emprego, sobre os atos de designação e dispensa, que são livres e discricionários. Observe-se que a adoção *parcial* da legislação trabalhista para os casos em que o ocupante de função de confiança não tem vínculo permanente de emprego com o Estado, determinada pelo Decreto regulamentar nº 75.627, de 18 de abril de 1975, objetiva assegurar um mínimo de direitos e vantagens, *enquanto durar a relação de emprego*, ou seja, enquanto *persistir a confiança* de quem o designou. Nem por isso, entretanto, se altera a natureza da função ou a precariedade do vínculo que une o ocupante ao Estado.

A indeterminação temporal do contrato de trabalho deriva da natural indeterminação da persistência dessa confiança e, por isso, não pode limitar o poder de dispensa que tem o administrador público.

Daí a impossibilidade de a designação e a dispensa serem reguladas pela legislação trabalhista, porque envolvem o exercício de parcela de *poder público*, isto é, de *competência administrativa*.

Se o impetrante estivesse pleiteando, por exemplo, benefícios de natureza salarial, competente para apreciar a pretensão seria a Justiça do Trabalho, à qual não cabe, porém, examinar aspectos da relação jurídica regidos pelo direito administrativo.

Também não procede a preliminar de ilegitimidade passiva. Como já se demonstrou, os atos sob exame são de dispensa do exercício de função pública, cujo autor, sem sombra de dúvida, é o presidente da República. Atos materiais de rescisão do contrato de trabalho são mera conseqüência, não envolvem nenhum poder de decisão e não são passíveis de ataque direto, independentemente de ataque à causa (dispensa)."

É preciso ressaltar, neste ponto, que a deliberação constante dos decretos presidenciais, ora questionados, no contexto em que foram editados, não admite oposição ou contrariedade por parte de qualquer Ministro de Estado, ou outro qualquer agente público do Poder Executivo da União, circunstância esta que revela, na matéria, absoluta inexistência de poder decisório desse qualificado auxiliar do presidente da República, a afastar, portanto, a alegação de que o ato impugnável seria, não o ato presidencial efe-

tivamente concretizador da dispensa ocorrida, mas o próprio ato material de rescisão do contrato individual de trabalho, que constitui, como evidenciado, mera e necessária conseqüência emanada da ordem consubstanciada nos decretos do presidente da República.

Sendo assim, e tendo presente o fato de que os Ministros de Estado estão sujeitos, por vínculo hierárquico, às determinações que emanem do presidente da República, não dispondo, quanto à ordem concreta contida nos atos referidos, de qualquer autonomia decisória que possa ou pudesse justificar conduta em sentido contrário, não há como acolher a afirmação do impetrado de que os decretos impugnados revestem-se da natureza de atos em tese.

Aos Ministros de Estado, na situação referida, nenhuma opção se oferece senão a da pura e simples execução material daquilo que foi resolvido, *in concreto*, superiormente, pelo chefe do Poder Executivo.

Ao analisar a estrutura jurídico-processual do mandado de segurança e discutir o tema pertinente à legitimidade passiva nesse *writ*, adverte o eminente Professor e Ministro Alfredo Buzaid (*Do mandado de segurança*, vol. I/176, item nº 101, 1989, Saraiva), *verbis*:

"Considerada a legitimidade da parte do ponto de vista do sujeito passivo, reputa-se autoridade coatora aquela que tem o poder de decidir, não quem simplesmente executa o ato. Para ser autoridade coatora, é necessário que o impetrado 'não seja um simples executor material do ato, ele deve ter margem de decisão'. Também não se considera autoridade coatora aquela que 'simplesmente exara parecer em processo administrativo'. Não é, pois, autoridade coatora quem, por exemplo, 'sem alternativa decisória, se limita a cumprir determinação superior'."

Por isso mesmo, e perfilhando igual orientação, sustenta o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, p. 9, 12ª ed., 1989, RT), que "coator é sempre aquele que decide", pois atos de autoridade, para efeito do *mandamus*, são os que trazem em si uma decisão...".

Desse entendimento também não diverge José Cretella Jr. (*Os "writs" na Constituição de 1988*, p. 72, 1989, Forense Universitária), cujo magistério salienta que "autoridade coatora federal é a que direta e imediatamente edita o ato inquinado...".

Quanto ao mérito, entendo não assistir razão ao impetrante.

A impugnação ora deduzida nesta sede mandamental tem dupla motivação: a) inexistência da norma legal invocada como fundamento jurídico do ato de dispensa e b) ofensa à garantia da estabilidade extraordinária criada pelo art. 19 do ADCT/88.

O impetrante esclarece, quanto ao primeiro ponto, que a sua dispensa emanou de ordem administrativa consubstanciada no Decreto nº 99.208, de 17.04.90, cujo preâmbulo invocou, como fundamento jurídico da deliberação presidencial, uma norma já não mais existente à época em que editado: o art. 52 da Medida Provisória nº 150, de 15.03.90.

Inobstante essa Medida Provisória se houvesse convertido em lei — a Lei nº 8.028, de 13.04.90 —, a regra inscrita no seu art. 52 — que extinguia as funções de assessoramento superior — não se transformou em ato legal, em virtude de veto oposto pelo presidente da República.

Acentua o impetrante (fl. 4), *verbis*:

"Clara é a necessidade de complementação infraconstitucional ao art. 84, inciso XXV, da Constituição, e é de se supor que ao mencionar o art. 52 da Medida Provisória nº 150 (Doc. 4) estavam as autoridades a entender que esta regra serviria a tal fim. E, talvez, a mesma até possuísse estes préstimos, se já não se encontrasse excluída do plano de existência e de validade, e, portanto, de eficácia legislativa.

Senão vejamos: em 17 de abril de 1990 foi publicado o Decreto nº 99.208, fundamentando-se na Medida Provisória nº 150. Ora, desde o dia 13 de abril do mesmo ano já não mais existia tal texto legal, tendo este sido convertido em Lei, sob o nº 8.028

naquela mesma data (Doc. 5). A Medida Provisória nº 150 foi substituída pela Lei nº 8.028, tendo sido devidamente sanciona da pelo Chefe do Poder Executivo, com os vetos por ele considerados necessários, em seu juízo de conveniência.

Causa espécie verificar que exatamente o art. 52 da mencionada Medida Provisória foi integralmente vetado no texto legal, sem ter sido reeditado o seu teor em nenhum outro dispositivo da nova Lei."

Ocorre, porém, que o Presidente da República, ao tomar conhecimento dessa circunstância, editou, em 25.04.90, novo Decreto, no qual, não mais aludindo à regra não convertida em lei, determinou fosse o ora impetrante dispensado da função de assessoramento superior de que era titular (fl. 50).

Com esse comportamento administrativo, o Chefe do Poder Executivo invalidou o ato anterior e formalizou, agora de modo absolutamente correto, a dispensa do ora impetrante, circunstância esta que, por ser juridicamente relevante, afasta a alegada eiva de nulidade.

Esse aspecto, ressaltado pela douta Procuradoria Geral da República, foi por ela bem analisado em seu Parecer (fls. 75/77), *verbis*:

Esse aspecto, ressaltado pela douta Provisória invocado no Decreto de dispensa do impetrante — art. 52, que revogara artigos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, criadores das funções de assessoramento superior, não mais vigia na data em que o ato administrativo passou a produzir efeitos, com a publicação.

Por isso, não se prestava a fundamentar a dispensa, que ficou viciada pela falsidade do motivo determinante, derivada de erro quanto à existência do pressuposto jurídico do ato. Observe-se que tal vício de legalidade é aferível objetivamente, independendo da intenção do agente público.

É verdade que se trata de ato que comporta apreciação discricionária dos motivos, cuja declaração, por isso mesmo, é dispensável. Mas, se o autor os declara espontaneamente, passarão a ser tidos como *determinantes* do ato e é sobre eles que se exercerá o controle jurisdicional de legalidade (v. a teoria dos motivos determinantes, de Gaston Jèze, em *Princípios Generales del Derecho Administrativo*, trad. argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949, tomo III, p. 234/285).

Mas o reconhecimento da invalidade do Decreto nº 99.208, de 12 de abril do corrente ano, não assegura ao impetrante a reintegração na função anteriormente exercida.

Justifico tal afirmação. Usando o poder que tem a Administração Pública de rever seus próprios atos, para não só revogá-los ou anulá-los, mas também sanar-lhes os vícios, o Presidente da República expediu novo decreto, em 24 de abril, dispensando o impetrante da função de assessoramento superior que exercia (fl. 50). Do ato, não consta a motivação, porque dispensável, tratando-se de ato indiscutivelmente discricionário, baseado em critérios de conveniência, oportunidade e utilidade, cuja apreciação é deferida com exclusividade ao administrador público. Independentemente da extinção da função, é lícita a dispensa de seu ocupante a qualquer tempo.

A competência do Presidente da República para esse ato de dispensa é indiscutível. Da competência para *prover* cargos públicos (art. 84, inc. XXV, da Constituição, citado nos Decretos) deriva logicamente a competência para *desprovê-los*. Com maior razão, deve-se reconhecer-lhe a competência para designar e dispensar ocupantes de simples funções, nem que seja porque, como titular do órgão máximo e Chefe da Administração Pública federal, pode avocar atribuições de órgãos subordinados, prescindindo de autorização legal.

Assim, é certo que a segunda dispensa é válida e produziu efeitos a partir da publicação no Diário Oficial, em 25 de abril.

(...)"

Quanto ao segundo fundamento desta impetração — ofensa à garantia da estabilidade extraordinária instituída pelo art. 19 do ADCT/88 —, não se me afigura consistente.

Foi o impetrante, categórico ao acentuar, na petição de ajuizamento desta ação man-

damental, que, sendo destinatário da norma concessiva da estabilidade extraordinária instituída pelo art. 19 do ADCT/88, não poderia ser dispensado, *sic et simpliciter*, da função de assessoramento superior que titularizava, pois, estável, somente poderia ser inativo por colocação em disponibilidade remunerada ou, então, excluído do serviço público apenas em virtude de decisão judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que se lhe assegurasse ampla defesa.

Entendo inextensível ao ora impetrante o favor constitucional da estabilidade extraordinária, instituída, em benefício dos servidores públicos civis da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, pelo art. 19 do ADCT/88, que assim fixou-lhe a disciplina jurídica:

"Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do 'caput' deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termo da lei."

A norma transitória, ao deixar claramente explicitadas as condições legitimadoras de acesso a esse benefício excepcional, impôs para efeito de sua concessão, o necessário e simultâneo preenchimento, pelo servidor público civil, de determinados requisitos de natureza positiva e de certos pressupostos de caráter negativo.

Os pressupostos negativos — cuja inobservância exclui a incidência da regra em questão — reduzem-se, no que concerne ao servidor público, a três exigências: (1) não ser ele Professor de nível superior (art. 19, § 3º); (2) não ser titular de cargo, função ou emprego de confiança ou em comissão ou legalmente declarado de livre exoneração (art. 19, § 2º) e (3) não haver ingressado no serviço público, no cargo ou função que exerce, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 19, *caput*).

Atendidos os pressupostos negativos, impõe-se ao servidor, para efeito de acesso à estabilidade extraordinária, o preenchimento, ainda, dos requisitos determinados pelo *caput* do art. 19 do ADCT, que compreendem os de ordem temporal (estar em exercício no serviço público em 05.10.88, data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados), de ordem corporativa (ser servidor público civil) e de caráter orgânico funcional (estar vinculado ao serviço público da Administração direta autárquica e fundacional da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios).

A questão emergente destes autos consiste, pois, em qualificar, para os fins e efeitos da norma consubstanciada no art. 19 do ADCT/88, a natureza das funções de assessoramento superior (FAS) a que se referem o Decreto-lei nº 200/67, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 900/69 (arts. 122, 123 e 124) e os Decretos nº 75.627/75 e nº 79.824/77, que dispuseram sobre a contratação para o desempenho das atividades de assessoramento superior aos Ministros de Estado.

A função de assessoramento superior, caracterizada pelo alto nível de especificidade, complexidade e responsabilidade, será objeto — ressalta o § 1º do art. 122 do Decreto-lei 200/67 — "de rigorosa individualização, e a designação para o seu exercício somente poderá recair em pessoas de comprovada idoneidade, cujas qualificações, capacidade e experiência específicas sejam examinadas, aferidas e certificadas por órgão próprio...".

As notas que caracterizam essas funções de assessoramento, de grau superior, evidenciam a natureza personalíssima do ato de escolha daquele que irá exercê-las mediante contrato individual de trabalho, por prazo indeterminado, se for estranho ao serviço público, ou mediante designação, quando se tratar de servidor público ou de empregado de entidade paraestatal (Decreto nº 75.627/75, art. 2º, *caput*).

A douta Consultoria Geral da República, analisando, ainda na anterior Administração, a natureza jurídica das funções de assessoramento superior (Parecer nº SR-43, aprovado pelo Presidente da República e publicado no *D.O.U* de 09.12.87), deixou positivado o seu irrecusável caráter de típica função de confiança, como se dessume deste expressivo trecho do Parecer da lavra do então Consultor da República e Professor de Direito Administrativo da UnB, hoje eminente Juiz do Tribunal Regional Federal — 1ª Região, Dr. Hermenito Dourado, onde foram destacadas as notas configuradoras do aspecto fiducial desse verdadeiro emprego de confiança, *verbis*:

"As funções de assessoramento superior (FAS) estão previstas nos artigos 122 a 124 do Decreto-lei nº 200/67 e compreendem 'determinadas funções de assessoramento aos Ministros de Estado' ... 'caracterizadas pelo alto nível de especificidade, complexidade e responsabilidade' ... 'retribuídas segundo critério fixado em regulamento...'. O exercício de tais funções, quando recai em servidor público, implica o afastamento deste do respectivo cargo ou emprego permanente; bem assim do cargo ou função de confiança (Grupo DAS). E mais, durante o afastamento perceberá o servidor a retribuição fixada para o FAS em detrimento do vencimento do cargo, salário do emprego ou vencimento e gratificação do cargo ou função de confiança (DAS). A retribuição do FAS é excludente e desvinculada da dos cargos e empregos públicos. As melhorias remuneratórias concedidas aos servidores públicos não têm repercussão na retribuição do FAS e vice-versa. E isso é compreensível: o propósito do assessoramento superior previsto nos artigos 122 a 124 da Reforma Administrativa de 1967 (Decreto-lei nº 200/67) foi o de buscar e recrutar pessoal altamente qualificado mediante retribuição compatível com essa qualificação, e que, evidentemente, não se comportaria nos estreitos limites da remuneração dos servidores públicos. O desvirtuamento em que seguiu, admitindo-se pessoal para as funções de assessoramento superior sem a necessária qualificação (ressalvadas naturalmente as honrosas exceções) trouxe o inevitável aviltamento da respectiva retribuição. Atualmente, há um sem número de titulares de FAS, não raro em atenção ao clientelismo político-administrativo, recrutados entre os profissionais liberais de nível superior, sujeitando-se a baixos níveis remuneratórios, postos aqui e ali à disposição de outros órgãos, já que em número bem maior do que o necessário ao assessoramento dos Ministros de Estado e muitos sem as condições de capacitação para esse assessoramento.

O Decreto nº 75.627, de 18.4.75, ao regulamentar os artigos 122 a 124 do Decreto-lei nº 200/67, repetindo a velha aspiração do 'desenvolvimento de trabalhos caracterizados pelo alto nível de especificidade, complexidade e responsabilidade', deu aos Ministros de Estado e dirigentes de órgãos integrantes da Presidência da República a faculdade de dispor de funções de assessoramento, de grau superior, preenchíveis "somente ... por quem ... possuir formação completa de nível superior e comprovados conhecimentos e experiência nas atividades que exijam o assessoramento', devendo-se encaminhar ao Sipec 'os elementos comprobatórios das qualificações do contratado ou designado'.

Os Decretos posteriores que cuidaram do assunto, de n.os 77.475/76, 79.824/77 e 91.189/85, não trouxeram maiores inovações, apenas vedaram o exercício do FAS a servidor da Administração Federal Direta e das Autarquias Federais, aposentado, em disponibilidade, na reserva remunerada ou reformado, inclusive ocupante de DAS e DAI; (...)."

O exercente de função de assessoramento superior nada mais é do que um qualificado assessor, cujo desempenho funcional está permanentemente condicionado pela natureza do ato, praticado *intuitu personae*, que lhe deu origem.

A disciplina jurídica das funções de assessoramento superior evidencia, pelo próprio tratamento normativo que lhes dispensou o Poder Público, que se cuida de atividade destinada a atender os Ministros de Estado e os dirigentes de órgãos integrantes da Presidência da República, enquanto existente e subsistente a necessária relação de fidúcia imposta "pelo alto nível de especificidade, complexidade e responsabilidade" dos trabalhos a desempenhar.

Qualquer que seja a natureza do vínculo jurídico decorrente do preenchimento da função de assessoramento superior — vínculo contratual ou estatutário (Decreto nº 75.627/75, art. 2º, *caput*) —, torna-se claro que, além de sua especial configuração *intuitu personae*, assume, o seu exercício, caráter de evidente transitoriedade, a tornar possível a dispensa daquele que a titulariza, sempre que assim o entender a autoridade competente.

A função de assessoramento superior, inobstante o seu caráter autônomo, tem por objetivo a prestação de serviços cuja especificidade imprime à atividade funcional a que corresponde um caráter de mera provisoriedade, atendível, consoante adverte Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 336, 15ª ed., 1990, RT), "por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente" (grifei).

O contrato individual de trabalho, celebrado pelo impetrante com a União Federal, constitui o título jurídico legitimador de sua admissão para o exercício de função de assessoramento superior. Essa relação jurídico-laboral, pactuada por tempo indeterminado, não foi precedida, quanto à sua constituição, de qualquer prova seletiva ou da realização de qualquer concurso público de provas ou de provas e títulos. A outorga do FAS apenas traduziu, no plano jurídico-administrativo, a inclusão do ora impetrante, em bases provisórias e precárias, no serviço público, a fim de desempenhar atividade funcional de confiança, passível de cessação, por isso mesmo, a qualquer momento, *ad libitum* do empregador (a União Federal, no caso).

Essa transitoriedade da investidura do agente público em função de assessoramento superior emerge, nitidamente, do próprio conteúdo normativo do art. 123 do Decreto-lei nº 200/67, que prescreve, "enquanto perdurar a prestação de serviços", o afastamento do servidor público designado para o exercício do FAS.

A indeterminação temporal do contrato de trabalho celebrado por quem, não sendo previamente um agente público, é designado para o exercício da função de assessoramento superior, longe de afetar o seu caráter fiducial, tem a virtude de confirmá-lo, pois revela-se compatível com a própria natureza transitória dessa investidura funcional, de um lado e — tal como salientado pela douta Procuradoria-Geral da República (fl. 75) — "... deriva da natural indeterminação da persistência dessa confiança...".

De outro lado — e este constitui um dado referencial de grande relevo para a própria definição da natureza jurídica da atividade de assessoramento superior —, toda a legislação editada, e concernente ao regime dos servidores públicos, tem dispensado, como evidenciam, *v.g.*, a Lei nº 7.600, de 1987 (art. 3º, § 1º, *j*), o Decreto-lei nº 2.188, de 1984 (art. 6º, § 1º, *j*), o Decreto-lei nº 2.189, de 1984 (art. 3º, § 1º, *j*), o Decreto-lei nº 2.200, de 1984 (art. 2º, § 1º, *i*) e o Decreto-lei nº 2.385, de 1987 (art. 4º, parágrafo único, *i*), tratamento normativo idêntico ao conferido, no plano jurídico-administrativo, aos cargos em comissão e funções ou empregos de confiança.

A decisão da União Federal, de romper, unilateralmente, o contrato individual de trabalho do impetrante e, assim, formalizar a sua dispensa do exercício da função de assessoramento superior que se lhe atribuiu, qualifica-se, em face da própria natureza das atividades para as quais foi o requerente admitido, como ato de caráter discricionário, sujeito a juízo administrativo de mera con-

veniência ou oportunidade, a que se não pode opor o exercente do FAS, que não tem o direito de exigir — especialmente nas condições retratadas nestes autos — que o Poder Público observe e preserve a integridade do vínculo jurídico-laboral.

A Administração Federal é livre para escolher e contratar os seus servidores — tanto quanto para dispensá-los — quando se trate da atribuição de mera função de confiança, a que equivale a outorga de FAS, a que, como o impetrante, não mantém qualquer outro vínculo jurídico com o serviço público.

A existência de contrato individual de trabalho, celebrado por prazo indeterminado, não descaracteriza, assim, em sua essência, o emprego de confiança, pois ele constitui, na realidade, o próprio título jurídico que legitima o exercício da função de assessoramento superior.

Atividades de direção, de chefia e de assessoramento superior traduzem o universo em que se estruturam os cargos e funções de confiança. Daí, a exata observação de Adilson Abreu Dallari ("Regime Constitucional dos Servidores Públicos", p. 41, 2ª ed., 1990, RT), ao reconhecer que os limites dentro dos quais é possível criar cargos de provimento em comissão não se situam "fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior".

A garantia constitucional da estabilidade — não importa se em sua modalidade ordinária (Constituição Federal de 1988, art. 41, § 1º) ou em sua modalidade extraordinária (ADCT/88, art. 19, *caput*) — é absolutamente incompatível com o exercício de cargos em comissão e de empregos ou funções de confiança. Basta conferir, nesse sentido, a cláusula de exclusão inscrita no art. 19, § 2º, do ADCT/88, que torna inaplicável o benefício da estabilidade extraordinária aos "ocupantes de cargos, *funções e empregos de confiança* ou em comissão" (grifei), bem assim "aos que a lei declare de livre exoneração".

A única possibilidade jurídico-constitucional de o empregado de confiança ou titular de função de confiança ter acesso a essa garantia de estabilidade extraordinária reside na singularíssima circunstância de ele manter outro vínculo jurídico, porém de caráter permanente, com a Administração Pública hipótese em que, uma vez preenchidas as demais exigências formuladas pelo art. 19 do ADCT, estabilizar-se-á, não no emprego ou função de confiança, mas no serviço público, em decorrência causal do outro cargo, função ou emprego que já titularizava.

Essa inteligência do texto decorre do que se contém na parte final do § 2º do art. 19 do ADCT/88, que assim prescreve:

"O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, *exceto se se tratar de servidor*" (grifei).

Convém referir, neste ponto, a interpretação dispensada por Adilson Abreu Dallari (*op. cit.*, p. 84/87) ao preceito transitório em análise. Esse ilustre Autor assinala em seu autorizado magistério, que, *verbis*:

"(...)

Nas disposições Transitórias da Constituição de 1988, em face das controvérsias e até dos abusos decorrentes da falta de clareza dos textos anteriores, o constituinte procurou evitar dúvidas ou suscitar aventuras judiciárias, deixando bem claro, no art. 19 e seus parágrafos, que está conferindo apenas e tão-somente estabilidade e circunscrevendo o universo dos beneficiários.

Com efeito, o *caput* do art. 19, diz, de maneira até redundante, que 'são considerados estáveis no serviço público' (e, portanto, não no cargo) os servidores da administração direta e autárquica (não importa sob qual regime jurídico estejam trabalhando), que, embora admitidos sem concurso, preencham duas condições: a) estejam em exercício na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), e, b) contem, pelo menos cinco anos continuados de efetivo exercício, na mesma data.

Não são beneficiados os empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas instituídas pelo

Poder Público. Não está estabilizado quem não estava em exercício no dia 5.10.88, entendendo-se como tal quem estava afastado do serviço, em gozo de licença ou com o contrato de trabalho suspenso. Também não é estável quem, naquela data, tinha menos de cinco anos de efetivo exercício ou, então, tinha mais de cinco anos, porém não continuados, ou seja, com interrupções.

A Constituição não alterou o regime de trabalho do servidor, não transformou todos os servidores em funcionários públicos, não conferiu cargo a quem não tinha: deu uma única e solitária garantia: estabilidade.

(...)

A estabilidade conferida pelo texto constitucional abrange também os servidores da administração direta e autárquica (incluídas aqui as fundações públicas) contratados no regime da CLT.

(...)

(...) a estabilidade agora conferida pelo art. 19 das Disposições Transitórias é exatamente aquela que consta do art. 41, § 1º, da Constituição Federal, que pode ser traduzida na garantia dada ao empregado de não ser demitido senão nas circunstâncias acima expostas.

Para elucidar o problema, merece especial atenção uma brevíssima, mas plena de significado, frase proferida por Adroaldo Mesquita da Costa ao apreciar o § 2º do art. 177 da Carta de 1967: 'A Constituição, no particular, agiu como uma máquina fotográfica, colhendo, naquele momento, a posição funcional de cada servidor.' De rara felicidade esta imagem. De fato, o dispositivo constitucional não alterou qualquer situação jurídica, apenas conferiu estabilidade a quem era suscetível de obtê-la.

Essa imagem pode ser transplantada para o art. 19 das Disposições Transitórias da Constituição em vigor, com a seguinte observação: só saiu nesse retrato quem, naquele instante, estava em exercício, não era apenas ocupante de cargo, função ou emprego em comissão ou de confiança, e, por último, não era professor de nível superior.

O § 2º do art. 19 deixa estreme de qualquer dúvida que o benefício da estabilidade não se aplica a situações com ela incompatíveis, como é o caso dos 'ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração'.

Abre uma exceção, porém, para quem, sendo servidor admitido para função normal, permanente, ou sendo empregado nas mesmas condições, estivesse exercendo ou tivesse exercido durante os últimos cinco anos funções de confiança. Neste caso o servidor foi estabilizado, não na função de confiança, mas, sim no cargo, função ou emprego normal.

Repita-se à exaustão, função de confiança não comporta estabilidade. Uma coisa é totalmente incompatível com a outra. (...)."

O constituinte, ao deferir a estabilidade extraordinária aos servidores públicos civis (ADCT/88, art. 19), pré-excluiu, do seu campo de abrangência, "... os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão" (grifei), além daqueles legalmente declarados de livre exoneração, renovando, neste ponto, entendimento já manifestado pela doutrina, consoante esclarecido pelo eminente Ministro Octávio Gallotti em voto proferido, como Relator, em recentíssimo julgamento (RMS 21.107-5-DF, Pleno, em 09.08.90), *verbis*:

"(...)

Mesmo diante do silêncio das disposições que hajam outorgado estabilidade a servidores públicos, sempre se considerou excluído do favor o ocupante de cargo provido em comissão. Recorda-se o comentário de Pontes de Miranda, no sentido de ser pressuposto do direito subjetivo, resultante de incidência do art. 177, § 2º da Constituição de 1967 (original) 'haver cargo público, que não fosse de comissão, isto é, que pudesse estar provido definitivamente' (*Comentários*, ed. 1968, tomo VI, p. 423/4).

(...)"

A norma inscrita no art. 19 do ADCT/88, inobstante haver explicitamente excluído os titulares de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, do benefício da estabilidade anômala, indicou o claro destinatário desse especial favor constitucional: os "que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição...".

Bem por isso, assinalou o eminente Min. Octávio Gallotti no julgamento referido, *verbis*:

"(...)

Mais patente ficou essa verdade, em relação ao Ato das Disposições Transitórias de 1988, cujo art. 19, *caput*, pela remissão que faz à forma de admissão regulada no art. 37 da Constituição (aprovação prévia em concurso público), demonstra a inequívoca intenção de beneficiar os ocupantes de cargos de provimento em caráter efetivo.

O propósito de regularizar situações antigas, decorrentes da preterição da exigência do concurso, já presente no regime constitucional anterior, é pois a tônica do dispositivo, como confirma, eloqüentemente, a leitura dos debates que ensejou a sua votação e aprovação, durante os trabalhos da última Assembléia Nacional Constituinte.

(...)

A exclusão não se limita, pois, aos usualmente denominados cargos em comissão, de livre exoneração declarada em lei, que correspondem, na tradição do serviço público federal brasileiro, às atividades de mais alto nível, no campo do planejamento, da orientação, da coordenação e do controle.

Alcançou, expressa e alternativamente, os ocupantes no exercício das funções ou empregos de confiança, espécie do gênero comissão, normalmente caracterizada pelo estabelecimento do vínculo pessoal de confiança com a autoridade assistida, (...)."

Nesse mesmo sentido, orienta-se o magistério do eminente Professor José Manoel de Arruda Alvim Netto (Parecer, *in* RE 121.535-6-RN, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti), para quem o preceito constante do art. 19 do ADCT/88 "objetivou beneficiar aqueles que se encontravam, à data de sua promulgação, ocupando cargo efetivo, exercendo as funções do cargo, mas que não tivessem sido admitidos com obediência ao disposto em seu art. 37" (fl. 28).

A *mens constitutionis*, que nitidamente emerge da norma em questão, evidencia-se pelo intuito do legislador constituinte de consolidar e legitimar situações precedentemente inconstitucionais, vinculadas à posição de servidores públicos civis, que foram investidos, sob a égide da Constituição anterior, em cargos de provimento efetivo, sem concurso público.

Ao versar o tema do alcance e do sentido da norma atributiva da estabilidade extraordinária, ressaltou o ilustre Professor Celso Antonio Bandeira de Mello (Parecer, *in* RE 121.535-6-RN, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti), *verbis*:

"No caso vertente, o art. 19 contém em si todo o suficiente e necessário para integral aplicação do preceituado, nem demandando nem admitindo lei que restrinja seu alcance ou condicione sua eficácia.

(...)

*O art. 19 veio justamente estabilizar servidores que haviam ingressado sem o cumprimento da exigência do concurso público.* É o caso do consulente. Havia sido provido em cargo efetivo em desacordo com as regras presidentes da nomeação, posto que estas exigiam concurso. Sem embargo, a Constituição houve por bem, a exemplo de textos magnos anteriores, pacificar situações jurídicas desta espécie. E fê-lo em linguagem que não permite alimentar dúvida ou entredúvida sobre a imediatidade de sua aplicação, isto é, sobre a incontinenti incidência do que nela se preceituou, independentemente de pronunciamento administrativo .(...)" (grifei).

A douta Procuradoria Geral da República, ao opinar pela denegação do *writ*, acentuou a natureza jurídica do FAS, qualificando-o como função de confiança, pelo que afastou, por isso mesmo, como natural e necessária conseqüência dessa constatação, a incidência da norma inscrita no art. 19 do ADCT/88 (fls. 77-78), *verbis*:

"(...)

Mesmo não havendo *direito* ao exercício de função de confiança, poder-se-ia reconhecer ao impetrante a estabilidade no *serviço público*, se fosse o caso. Mas não é, como se demonstrará.

Dos documentos que instruem a inicial, conclui-se que o impetrante, sem outro vín

culo com o serviço público federal à época, foi contratado por livre escolha apenas para o exercício de *função de confiança*, não exercendo nenhum cargo de provimento efetivo (fls. 10-11, 31-33 e 40-42). Por isso, nos termos seja da Constituição anterior (art. 100, *caput*), seja da atual (art. 41, *caput*), que limitam a garantia de estabilidade aos ocupantes de cargos públicos admitidos por concurso, o impetrante nunca foi estável no serviço público.

Nem se invoque o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo § 2º expressamente exclui da estabilização os 'ocupantes de cargos, *funções* e empregos *de confiança* ou em comissão'.

Sem estabilidade no serviço público, o ex-ocupante de mera *função* não pode pretender a disponibilidade, reservada apenas aos servidores *estáveis* na hipótese de extinção do *cargo* ocupado.

Também é descabida a invocação do art. 41, § 1º, da Constituição, pelos mesmos motivos.

(...)."

Assim sendo, Sr. Presidente, e tendo presentes as razões expostas, conheço do mandado de segurança e, ao fazê-lo, denego a ordem postulada, primeiro, por não reconhecer ao ora impetrante — que exercia mera função de confiança (FAS) e não mantinha qualquer outro vínculo jurídico com a Administração Federal — o direito subjetivo de continuar no seu exercício, e, segundo, por não lhe assistir, como necessária decorrência dessa situação funcional, a garantia da estabilidade, eis que inocorrente a existência, em seu favor, do direito de permanecer no próprio serviço público federal. Por esses motivos, não há como acolher a pretensão do ora impetrante de, acaso extinta a função que titularizava, ser colocado em disponibilidade.

É o meu voto.

VOTO

*O Sr. Ministro Marco Aurélio:* Sr. Presidente, o voto proferido pelo Sr. Ministro Celso de Mello esgotou a matéria, contemplando um exame aprofundado da verdadeira natureza do chamado FAS.

Realmente, não podemos vislumbrar, no caso, o provimento de um cargo efetivo. Não podemos, nem mesmo, ter o que exerce a função como ocupante de um emprego de confiança. Trata-se, simplesmente, de uma função de confiança e, por isso mesmo, não se aplica a regra inserida no *caput* do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, por via de conseqüência, não se tem como pertinente o disposto no § 1º do art. 41 da lei básica.

Acompanho S. Exa., conhecendo do mandado de segurança, porque realmente ataca um ato concreto — já que mencionado, de forma explícita, o impetrante ao anexo do decreto editado pelo Exmo. Sr. Presidente da República — mas, no passo seguinte, denego a segurança buscada.

EXTRATO DA ATA

MS 21.101-6-DF — Rel.: Ministro Celso de Mello. Impte.: Francisco Eugênio Machado de Arcanjo (Adv.: Rômulo Gonçalves Júnior). Autoridade coatora: Presidente da República.

Decisão: apresentado o feito em mesa o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 23.8.90.

Decisão: o Tribunal, por unanimidade, conheceu do mandado de segurança mas o indeferiu. Votou o Presidente. Plenário, 19.10.90.

Presidência do Sr. Ministro Aldir Passarinho, na ausência justificada do Sr. Ministro Néri da Silveira, presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Moreira Alves e Sepúlveda Pertence.

Procurador-Geral da República, o Dr. Affonso Henriques Prates Corrêa.