

## CARGO EM COMISSÃO — EXONERAÇÃO — INDENIZAÇÃO

— A nomeação para os cargos em comissão é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração.

— A disposição que prevê o pagamento pelos cofres públicos de indenização compensatória aos ocupantes de cargos em comissão, sem outro vínculo com o serviço público, por ocasião da exoneração ou dispensa, restringe a possibilidade de livre exoneração, tal como prevista no art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal.

— Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, desde a sua promulgação.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 326

*Requerente:* Governador do Estado de São Paulo

*Requerida:* Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo

*Relator:* Sr. Ministro PAULO BROSSARD

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, vencido o Ministro MARCO AURÉLIO que a julgava improcedente e declarava a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Votou o Presidente.

Brasília, 13 de outubro de 1994.

OCTÁVIO GALLOTTI, Presidente

PAULO BROSSARD, Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: O Governador do Estado de São Paulo requer ação direta para ser declarada a inconstitucionalidade do art. 287 da Constituição paulista porque, segundo entende, ao determi-

nar que a lei institua indenização compensatória a ser paga aos ocupantes de cargos e funções de confiança ou de cargos declarados em lei de livre exoneração, ofende ao disposto na parte final do art. 37, II, da Constituição Federal. O requerente não junta cópia da disposição inquinada de inconstitucional, mas afirma que diz, *in verbis*:

“Art. 287. A lei disporá sobre a instituição de indenização compensatória a ser paga, em caso de exoneração ou dispensa, aos servidores públicos ocupantes de cargos e funções de confiança ou cargo em comissão, bem como aos que a lei declarar de livre exoneração.

Parágrafo único. A indenização referida no “caput” não se aplica aos servidores públicos que, exonerados ou dispensados do cargo ou função de confiança ou de livre exoneração, retornem a sua função-atividade ou ao seu cargo efetivo.”

Após invocar a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de Celso Antonio Bandeira de Mello e de Hely Lopes Meirelles, que conceituam o que é cargo em comissão, e o voto do ministro OCTÁVIO GALLOTTI na

Repr. nº 1.282-SP, RTJ 116/897, que reconhece que este conceito não está demarcado na Constituição, devendo ser entendido pelo sentido tradicional atribuído às expressões, conclui que “cargo em comissão e função de confiança são, portanto, os passíveis de serem ocupados por pessoas de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente”.

Alega que a previsão legal de impor ao Estado a obrigação pecuniária de indenizar, conflita com a liberdade de nomear e exonerar, inerentes aos cargos e funções referidos. Acrescenta como adinículo que a Constituição Federal, ao cuidar dos interesses sociais, “estabeleceu regra de proteção à relação de emprego, mediante *indenização compensatória*”, de forma que “a indenização é alternativa à manutenção do emprego, ou seja, o objetivo colimado é a garantia de relação empregatícia, mas quando este não é atingido, atribui-se uma indenização”, o que não ocorre com a hipótese do cargo em comissão, eis que o cargo é desprovido de garantia de permanência e por esta razão não cabe a indenização. Invoca neste sentido a doutrina de Nelson Schiesari.

Alega, também, invocando Celso Ribeiro Bastos e José Afonso da Silva, que o Poder Constituinte dos Estados não pode ser exercido de forma antagônica à Constituição da República.

Pede a procedência da ação, fls. 2/13. Não junta documentos.

2. As informações foram requisitadas antes da distribuição dos autos pelo Ministro Presidente NÉRI DA SILVEIRA, durante as férias forenses de julho de 1990, fls. 15, e foram prestadas pelo Presidente da Assembléia Legislativa paulista, alegando que o próprio requerente não consegue ver óbice da Constituição Federal, tanto é que se limita a citar ilustres doutrinadores que conceituam cargo em comissão. Alega, também, que a lei reguladora estabelecerá critério justo, como carência mínima e proporcionalidade ao tempo de serviço e aos vencimentos do cargo; acrescenta que a indenização não desvirtua a essência do cargo em comissão, mas, ao contrário, e pela própria conceituação dos doutrinadores citados, a disposição impugnada dá ênfase aos

relevantes serviços prestados pelos ocupantes dos cargos, que deixam de lado sua vida profissional e seu emprego na iniciativa privada, ficando desatualizados e perdidos em meio à enorme concorrência; acrescenta, ainda, que é comum pessoas ocuparem cargo em comissão por longo tempo, e quando exoneradas não dispõem de nenhum fundo de garantia: daí a necessidade de lhes assegurar algum fôlego, até que obtenham novo emprego, como acontece com o empregador que tem a liberdade de admitir e de demitir, mas custeando o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, aviso-prévio e outras garantias previstas na C.L.T.

Alega, finalmente, que o estado-membro apenas avançou em matéria não tratada na Constituição Federal, sem violá-la, posto que o art. 25 da Constituição Federal prevê que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”, invocando Hely Lopes Meirelles quando diz que os Estados e Municípios podem dar aos seus funcionários outras garantias e benefícios não previstos na Constituição Federal, eis que esta não exaure o tema. Assinala, ainda, que o precedente da Repr. nº 1.282-SP trata de outro assunto, sem qualquer relação com o caso presente.

3. Manifesta-se o Advogado Geral da União, em defesa da disposição impugnada, lembrando que o § 1º do art. 25 da Constituição Federal diz que “são reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”, garantindo a liberdade de auto-organização, devendo apenas preservar os princípios constitucionais pertinentes; que o art. 11 do A.D.C.T. federal deu poder constituinte aos Estados; e que o art. 39 do texto permanente determina que todos os entes da administração pública devem instituir regime jurídico único e planos de carreira para os seus servidores, para concluir que não houve violação de nenhum princípio da Constituição Federal. Alega, também, que segundo “THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, na Repr. nº 96, que tratou da inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição paulista de 1947, a

violação à Constituição Federal se dá pela restrição dos direitos e pela ampliação das limitações impostas, e, no mesmo sentido, cita Hely Lopes Meirelles e a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Mandado de Segurança nº 51-572, RT 191/321.

4. Manifesta-se o Procurador Geral da República opinando pelo conhecimento e procedência da ação em parecer assim fundamentado:

“O provimento de cargo em comissão possui natureza transitória, sendo o agente exonerável *ad nutum*, a qualquer tempo, não lhes sendo aplicáveis o procedimento legal estabelecido para a dispensa de servidores ocupantes de cargos efetivos. O titular de cargo ou função de confiança ou em comissão não adquire estabilidade no serviço público.

.....  
A instituição de indenização compensatória, em caso de dispensa ou exoneração, não se concilia com a cláusula constitucional de livre exoneração dos ocupantes de cargos em comissão, estabelecida na parte final do inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

No julgamento do pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 182-RS, Relator o eminente Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que também contemplavam indenização compensatória em caso de exoneração de ocupantes de cargos em comissão, em acórdão assim ementado (DJU de 14.12.90, p. 15.109):

“Garantia do pagamento do valor de um vencimento integral, aos ocupantes de cargos em comissão, quando exonerados, sem que sejam titulares de outro cargo ou função pública.

Cautelar deferida, para suspender os efeitos dos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 32 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.”

A indenização prevista pelo dispositivo impugnado é, portanto, incompatível com o art. 37, II, da Constituição Federal, segundo o qual os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração, não comportando, assim, a instituição de qualquer tipo de indenização

ou garantia em virtude de dispensa ou exoneração.”

É o relatório. Recomendo à Secretaria que remeta cópia deste relatório a todos os Ministros, art. 172, parte final, do Regimento Interno.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSARD (Relator): Senhor Presidente, esta questão da indenização compensatória a ser paga pelos cofres públicos por ocasião da exoneração ou dispensa de quem, sem outro vínculo com o serviço público, seja ocupante de função ou cargo em comissão de livre exoneração, já transitou mais de uma vez por este Plenário ao se apreciar pedidos de medidas cautelares.

2. No julgamento da liminar requerida na ADIn nº 199-PE, por mim relatada na Sessão de 21.02.90, RTJ 139/408, foi requerida e concedida à unanimidade a suspensão da eficácia, entre outros, do art. 98, § 2º, XII, da Constituição pernambucana, *in verbis*:

“Art. 98. O Estado e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico e planos de carreira para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas.

.....  
§ 2º São direitos desse servidores, além dos assegurados pelo § 2º do artigo 39 da Constituição da República:

.....  
XII — indenização equivalente ao valor da última remuneração mensal percebida, por cada ano de serviço prestado em cargo em comissão, quando dele exonerado, a pedido ou de ofício, desde que não tenha vínculo com o serviço público;

.....”

Neste caso, o Governador do Estado sustentou que a disposição fere a Constituição Federal por contrariar o princípio consubstanciado no seu art. 2º, que estabelece a separação de poderes, o seu art. 61, § 1º, II, *a*, que concede ao chefe do Poder Executivo, privativamente, a iniciativa de leis que criem car-

gos, funções ou empregos ou aumente a sua remuneração, e o seu art. 37, II, seja porque contraria o princípio da moralidade, seja porque os cargos são de livre nomeação e exoneração.

3. No julgamento da liminar requerida incidentalmente na ADIn nº 182-RS, relatada pelo Min. OCTÁVIO GALLOTTI na Sessão de 7.11.90, RTJ 133/1.037, foi requerida e concedida à unanimidade a suspensão da eficácia dos §§ 3º ao 5º do art. 32 da Constituição sul-rio-grandense, *in verbis*:

“Art. 32. Os cargos em comissão, criados por lei em número e com remuneração certos e com atribuições definidas de chefia, assistência ou assessoramento, são de livre nomeação e exoneração, observados os requisitos legais de provimento em cargos estaduais.

.....  
§ 3º Aos ocupantes de cargos de que trata este artigo será assegurado, quando exonerados, o direito a um vencimento integral por ano continuado na função, desde que não titulem outro cargo ou função pública.

§ 4º Não terão direito às vantagens do parágrafo anterior os Secretários de Estado, Presidentes, Diretores e Superintendentes da administração direta, autárquica e de fundações públicas.

§ 5º O servidor público que se beneficiar das vantagens do § 3º deste artigo e, num prazo inferior a dois anos, for reconduzido a cargo de provimento em comissão não terá direito ao benefício.”

Neste caso o Governador do Estado sustentou que as disposições ferem a Constituição Federal por contrariar o art. 25, que trata da observância obrigatória dos seus princípios, e o art. 37, II, por retirar dos cargos em comissão a sua característica constitucional de cargo de livre nomeação e exoneração; o Ministro Relator OCTÁVIO GALLOTTI observou que o pedido poderá ser examinado também à luz do art. 61, § 1º, da Constituição Federal, com expressa referência ao precedente por mim relatado.

4. No presente caso, ajuizado após os dois acima referidos, o Governador do Estado sustenta que a característica do cargo em comissão, compreendida no art. 32, II, da Consti-

tuição Federal, é incompatível a garantia financeira que se lhe pretende outorgar, e que houve avanço do constituinte estadual em matéria não prevista no estatão federal, contrariando o seu art. 25.

Na questão há, efetivamente, um choque de valores. De um lado a pretensão de se conceder alguma garantia financeira aos ocupantes de cargos sujeitos à exoneração ou dispensa *ad nutum*, desde que não tenham outro vínculo com a administração; de outro, está a ilação que é ínsita a tais cargos, ou seja, não terem qualquer garantia durante o seu exercício, por serem de ocupação transitória e destinada a executar diretrizes políticas.

Os titulares dos cargos ou das funções sujeitos à investidura por concurso público gozam de garantias previstas na Constituição: são garantias inerentes ao exercício do cargo, que não são concedidas às pessoas como privilégio, mas para garantir o exercício das funções dentro dos estritos limites da lei, a salvo de pressões e injunções de toda ordem; para estes o ordenamento jurídico entende que é necessária alguma garantia.

Ao contrário, os que ascendem a cargos não sujeitos à investidura por concurso, ficando à mercê da dispensa ou exoneração *ad nutum*, convivem a todo instante com o dever de fidelidade para com a execução da diretriz política que lhe foi confiada e com o caráter transitório da sua presença na administração pública; para estes não é desejável nenhuma garantia além daquela que advém do correto e eficiente desempenho das tarefas que lhe foram confiadas, e que aceitaram delas desincumbir-se.

5. Concluo entendendo que a relevância da matéria está posta no interesse da Administração, e não no do servidor, e que a manutenção da disposição impugnada é desaconselhada pelo art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal, porque se a nomeação é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração, o dever de indenizar restringe esta liberdade.

Isto posto e acolhendo o parecer do Procurador Geral República, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade e a

conseqüente ineficácia, desde a sua edição, do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo.

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Senhor Presidente, enquanto o Ministro Paulo Brossard relatava o caso concreto, fiquei a refletir em quantos Estados teria sido incluída norma idêntica a esta, visando a compensar a perda do cargo de confiança por aquele que não possui vínculo com o serviço público. S. Ex<sup>a</sup> reportou-se a alguns precedentes, lançados no julgamento de pedidos de concessão de liminar; referiu-se às Constituições dos Estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul e São Paulo. Trata-se, portanto, de uma regra que, pelo menos em três grandes Estados da Federação, foi inserta na própria Lei Básica local. Cuida-se de um preceito que, diante do aspecto social — e há a necessidade de avançar-se no campo social — merece uma reflexão maior. No parágrafo único do artigo 287 foram excluídos aqueles que mantêm com a Administração Pública um vínculo e, que, ao deixarem o cargo de confiança, retornam à função primitiva, ao cargo efetivo. Esses servidores adquirem estabilidade econômica. Têm, em si, muito mais do que o pagamento de verba única sob a nomenclatura indenizatória; regressam ao cargo efetivo e continuam, conforme os quintos integrados à remuneração, a perceber a vantagem decorrente da função comissionada ou do cargo de confiança. No *caput* do artigo, a meu ver, previu-se, de uma forma salutar, uma compensação para aquele que, de uma hora para outra e às vezes ao sabor de conveniência política, perde a função de confiança, a fonte, quase sempre, do próprio sustento. Dispôs-se não quanto à estabilidade na função ou no cargo de confiança, mas sobre o direito a uma indenização compensatória a ser definida em lei. Onde o conflito dessa norma com o texto constitucional, no que continua a administração pública com a plena possibilidade de exonerar o servidor? Não vejo, Senhor Presidente, no teor da parte final do inciso II do artigo

37 da Carta Política da República, um óbice a que se venha a estabelecer, como ocorreu nos Estados de São Paulo, Pernambuco e no Rio Grande do Sul, uma indenização compensatória, uma vez acionado o direito da administração de exonerar o prestador dos serviços. Creio que estamos diante de uma opção política constitucional feita, pelo Estado-Membro, de forma harmônica com o Diploma Maior; não há contrariedade a ela, muito menos a ponto de caminhar-se para a declaração de conflito, de discrepância, fulminando-se a norma atacada. No mundo relativo à iniciativa privada, o empregado ocupante de cargo de confiança tem jus a uma verba indenizatória — saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço acrescido de quarenta por cento — e nem por isso diz-se afastado o direito potestativo de despedir. Aliás, é justamente este e o fato de haver sido acionado que faz surgir a obrigação de indenizar. Sei que há resistência, mas observa-se, ao menos uma vez o princípio do terceiro excluído — a exoneração gera o direito à verba indenizatória e a previsão desta fulmina aquela.

Peço vênia ao nobre Relator para entender que houve, na espécie, um salutar avanço no campo social, buscando-se — embora de uma maneira mitigada, tendo em vista as diferenças — homenagear a isonomia. Não creio eu se possa dizer da constitucionalidade quanto à estabilidade econômica relativamente àqueles que contam com cargo efetivo, preservado o direito ao retorno a esse último, e, ao mesmo tempo, fulminar-se, por inconstitucional, dispositivo que apenas viabiliza uma indenização compensatória, a ser satisfeita no tocante àqueles que não tenham um vínculo definitivo com a Administração Pública, uma vez destituídos dos cargos e funções de confiança que ocupem. O meu voto é no sentido de julgar improcedente o pedido formulado, declarando a constitucionalidade do artigo 287, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo.

#### VOTO

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: — Sr. Presidente, o dispositivo da Constituição pau-

lista, objeto da ação direta, é, além de inconstitucional, inconveniente sob o ponto de vista administrativo, já que estipula indenização para o ocupante de cargo em comissão, impedindo a sua livre exoneração. Isso causa transtornos à administração, por isso que transforma cargo de livre nomeação e exoneração em cargo que, na prática, teria ocupante estável. Qualquer administrador criterioso pensaria duas vezes de determinar a exoneração do ocupante de cargo em comissão, tendo em vista que o erário, que o contribuinte, iria suportar o pagamento de indenização. Além de inconveniente, sob o ponto de vista administrativo, é inconstitucional, porque a Constituição Federal estabelece, no artigo 37, inciso II, que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração. A Constituição paulista não poderia, pois, dispor de modo contrário, estabelecendo indenização para os ocupantes desses cargos quando de sua exoneração. A obrigação de indenizar, além de violar o disposto no art. 37, II, da C.F., constitui ônus para o Tesouro, para o erário para o contribuinte.

Com essas breves considerações, peço licença ao Sr. Ministro Marco Aurélio para aderir ao voto do Sr. Ministro-Relator.

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Senhor Presidente, impressionou-me o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio, mas não vejo como fugir à evidência de que a indenização constitui uma limitação à livre exonabilidade dos cargos de confiança.

Segundo a Constituição, exoneração dos seus ocupantes é livre, independente da declaração de motivos. Ora, a indenização compensatória levaria, conforme fosse o caso, até a impor um prêmio àquele que fosse exonerado, não por uma razão política, não pela necessidade do cargo para ocupação por outra pessoa de confiança do titular do poder de nomear, mas, por exemplo, por negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Peço vênias para acompanhar o eminente Relator.

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES: —

Sr. Presidente, também eu, com a devida vênias, acompanho voto do eminente Relator, julgando procedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Entendo que a liberdade de exoneração ficará de alguma forma cerceada se o Estado tiver que indenizar, ainda que a título compensatório, o exonerável.

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: — Sr. Presidente. Compreendo as razões que fundamentam o voto do ilustre Ministro Marco Aurélio, que, em verdade, impressionam, notadamente, quando o servidor, durante muito tempo, é mantido em exercício de *função de confiança*, por suas qualidades, aptidões e dedicação ao cargo. Há situações de exercentes de *cargo em comissão*, mantidos às vezes em diversos Governos, precisamente porque exercem suas funções de forma destacada. Daí eventual preocupação de ordem social a justificar a retribuição, a fim de manter-se o *status* do servidor. A regra é efetivamente genérica. A qualquer exercente de cargo de *comissão*, ou *função de confiança*, ressalvados os *Secretários de Estado* e titulares de autarquias, seria garantida essa indenização qualquer fosse o tempo de exercício. Tenho, entretanto, que, em realidade, o dispositivo da Constituição invocado estaria a impedir, desde logo, coubesse instituir indenização dessa natureza, de caráter compensatório, para quem exerceu, durante muito tempo, função de confiança, de dedicação exclusiva. A Constituição prevê que os cargos de confiança, em comissão, são de livre nomeação e exoneração (CF, art. 37, II e V).

Penso que, como acentuaram os votos que me precederam, haveria, sem dúvida, aí, uma descaracterização da natureza desses cargos

em que o nuto da dispensa é ínsito à sua própria natureza enquanto de livre nomeação e demissão, o que significa, em qualquer tempo.

Assim sendo, Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Marco Aurélio, para acompanhar o ilustre Ministro-Relator, julgando a ação procedente.

### VOTO

O SENHOR MINISTRO OCTÁVIO GALLOTTI (PRESIDENTE): — Peço vênia ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO, para acompanhar o voto do eminente Ministro-Relator, julgando procedente a ação e declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo.

### EXTRATO DA ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 326-7  
ORIGEM: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. PAULO BROSSARD  
REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.: SÉRGIO JOÃO FRANCA  
REQDA.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.: JAKES BUSHATSKY

*Decisão:* Por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, vencida o Ministro Marco Aurélio que a julgava improcedente e declarava a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Votou o Presidente. Plenário, 13.10.94.

Presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva.  
LUIZ TOMIMATSU, Secretário