FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DISPONIBILIDADE — APROVEITAMENTO

— O funcionário em disponibilidade não pode compelir a administração a aproveitá-lo.

— O aproveitamento do disponível é antes um dever, para evitar despesas, que uma obrigação legal imposta à administração.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

União Federal *versus* Roberto Luís Pimenta de Melo
Recurso extraordinário n.º 31.245 — Relator: Sr. Ministro VÍTOR NUNES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,

por unanimidade de votos, receber os embargos, para julgar improcedente a ação.

Brasília, 10 de maio de 1963 (data do julgamento). — *Lafayette de Andrada*, Presidente. — *Vitor Nunes Leal*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vitor Nunes Leal. — O ora embargado, Dr. Roberto Luís Pimenta de Melo, fôra promovido à classe L da carreira de Biologista do Ministério da Educação e Saúde. Posteriormente, foi tornada sem efeito a promoção, porque aproveitado no lugar o Dr. Olímpio de Oliveira Ribeiro da Fonseca, beneficiário do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Sobreveio mandado de segurança, que o Supremo Tribunal indeferiu (fls. 72), com base neste voto do eminente Ministro Orosimbo Nonato (fls. 82):

"Tornada foi sem efeito a promoção, por antigüidade, do Impetrante para se aproveitar no cargo por êle preenchido Dr. Olímpio Fonseca, na conformidade do que alega o govêrno do art. 83 do Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, combinado com o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Reza o art. 83 citado:

"Os funcionários em disponibilidade terão preferência para o preenchimento das vagas que se verificarem nos quadros do funcionalismo, inclusive as de promoção por antigüidade."

Vista a questão a vulto, legal foi o ato do govêrno, de vez que o funcionário aproveitado se encontrava em disponibilidade e, pois, nos têrmos do artigo suso transcrito, com preferência para o preenchimento das vagas, inclusive sôbre os funcionários promovíveis por antigüidade.

Insiste o impetrante em que da zona de influência do art. 83 se exclui o funcionário que esteja auferindo vencimentos integrais, como no caso e o que se considera em disponibilidade por fôrça do art. 24 do Ato das Disposições Transitórias e não em face dos arts. 193, 194 e 195 do Estatuto (...). Êles procuram base em distinção que se não encontra expressa na lei, nada impedindo que, pôsto diferentes quanto à origem, produzem os mesmos efeitos as disponibilidades discutidas, aplicando-se a todos os funcionários em disponibilidade a obrigatoriedade do seu aproveitamento determinado no parágrafo único do art. 189 da Constituição federal."

Votou vencido o eminente Ministro Nélson Hungria (fls. 85), porque o aproveitamento não era obrigatório para o govêrno se o funcionário beneficiado não reqeurer o aproveitamento antes da promoção do colega.

Travou-se debate entre os Srs. Ministros Nélson Hungria, Orosimbo Nonato e Luís Gallotti. Transcrevo esta passagem (fls. 88):

"Se o aproveitamento preferencial do funcionário em disponibilidade é impôsto por lei, a administração, aproveitando-o além de cumprir a lei, atende ao interêsse público, acarretando uma economia para os cofres públicos, pois se trata de funcionário que está percebendo vencimentos sem prestar serviços.

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Mas essa preferência não é imposta ao Govêrno como um dever. O Govêrno aproveitará, diz a lei, e o funcionário ficará em disponibilidade até ser aproveitado.

O Sr. Ministro Luís Gallotti — O funcionário em disponibilidade deve, em regra, ser aproveitado preferentemente. Seja como fôr, porém, não se pode dizer ilegal o ato que, em cumprimento à lei, o aproveitou."

Vencido no mandado de segurança, veio o funcionário com ação ordinária que a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recurso (fôlhas 55), julgou procedente, confirmando a sentença.

No recurso extraordinário da União (fls. 56) fundado na letra *a* (divergência com o acórdão do mandado de segurança), pediu-se a improcedência da ação. A egrégia Primeira Turma vencidos os eminentes Ministros Luís Gallotti e Barros Barreto, conheceu do recurso, porém êle negou provimento, com êste voto do eminente Ministro Nélson Hungria (fls. 92):

"Na conformidade do meu voto vencido, quando do mandado de segurança impetrado pelo ora recorrido, entendo que o único preceito a disciplinar o caso é o do art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias, e dêle não decorre como um impreterível dever a ser cumprido até mesmo *ex officio* pelo Govêrno, o aproveitamento dos funcionários, que em razão dêsse artigo foram postos em disponibilidade remunerada.

O que ali se diz é que os funcionários, em condições mencionadas, "são considerados em disponibilidade remunerada *até que sejam reaproveitados.*"

Não resulta daí, explícita ou implìcitamente que o reaproveitamento seja obrigatório para o Govêrno ainda mesmo que o interessado não o requeira. Notadamente quando o funcionário em disponibilidade não reclame o seu reaproveitamento será êste, em relação ao Govêrno, mera faculdade. E outra não tem sido como é notório, a interpretação dada pela própria Administração ao citado art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias.

No caso vertente, o funcionário em disponibilidade sòmente achou de pleitear o seu reaproveitamento seis meses depois de já ter sido preenchida a vaga pela promoção do ora recorrido e sòmente onze meses após tal preenchimento é que o Govêrno achou de declará-lo sem efeito.

Tenho para mim que não fôra ilegal a promoção do recorrido. Podia fazê-la o Govêrno máxime quando o funcionário em disponibilidade não se apresentara disputando a vaga; e se foi legal a promoção, não podia ter sido declarada insubsistente, quase um ano depois.

É certo que o recorrido não logrou êxito quando do mandado de segurança mas o art. 15 da Lei nº 1.533, de 1951, lhe abriu ensejo à ação ordinária que propôs.

Conheço do recurso, mas lhe nego provimento."

Opôs a União embargos infringentes (fls. 97), alegando que a vaga ao tempo existente na classe L da carreira de Biologista "devia ser preenchida, não pela promoção do embargado, por antigüidade, mas inegàvelmente, pelo aproveitamento de Olímpio Oliveira Ribeiro da Fonseca", tal como fêz a administração. Limitou-se o Executivo a "dar oportuno cumprimento à norma constitucional transitória, fazendo-o dentro da preferência assegurada na regra estatutária".

Não houve impugnação (fls. 104).

VOTO

O Sr. Ministro Vítor Nunes (Relator) — *Data venia* dos respeitáveis votos em contrário, recebo os embargos, acompanhando o voto proferido pelo eminente Ministro Luís Gallotti, na Turma e, por ocasião do julgamento do mandado de segurança, bem como o voto do eminente Ministro Orosimbo Nonato no primeiro julgamento. O aproveitamento não é obrigatório para a administração pública, mas no sentido de que o funcionário em disponibilidade não pode compelir a administração a aproveitá-lo contrariando seus próprios critérios de conveniência. Constitui, porém um dever da administração, no sentido de que deve evitar duplicação de despesas; cumpre-lhe aproveitar o funcionário tão logo se apresente a oportunidade e não haja inconveniência para o serviço.

Tôda a controvérsia, nestes autos gira em tôrno da legalidade ou não da promoção de um anterior ao aproveitamento do outro. Argumentou-se que,

sendo legítima a promoção, não a poderia revogar a administração, para dar cumprimento a outra norma do direito positivo.

Esse raciocínio não me parece de todo procedente. O funcionário em disponibilidade tinha preferência para o preenchimento da vaga nos têrmos do art. 83 do Estatuto dos Funcionários então vigente (Decreto-lei número 1.713, de 1939). Não se discute, aqui, essa preferência como direito do funcionário, porque não a reclamou em tempo algum. Na medida em que aproveitá-lo era dever da administração impôsto pela Constituição e por lei ordinária, não se pode ter por ilegal o ato administrativo que lhe deu cumprimento. Como disse o eminente Ministro Luís Gallotti, no julgamento do mandado de segurança, respondendo ao eminente Ministro Nélson Hungria, "o funcionário em disponibilidade deve, em regra, ser aproveitado preferentemente. Seja como fôr, porém, não se pode dizer ilegal o ato que, em cumprimento à lei, o aproveitou".

Com êste argumento, que me perece correto, fica em segundo plano a questão de saber se o aproveitamento era obrigatório ou facultativo, porque a administração revelou, por ato expresso, seu propósito de aproveitar o funcionário disponível. Assim procedendo, não apenas exerceu um direito, mas cumpriu uma obrigação legal, que estava subordinada ao seu critério de conveniência.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Chaves — Sr. Presidente, pela atenção que dei ao voto do eminente Sr. Ministro Relator, verifico que S. Exa. concluiu que, na hipótese, o aproveitamento não podia ser impôsto à administração; mas que, exercendo ela, a seu critério, o direito de fazer o aproveitamento, não se podia classificar o ato que é absolutamente legal, decorrente até de texto expresso de lei, de ilegal ou abusivo de poder.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade receberam os embargos.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada.

Relator: o Exmo. Sr. Ministro Vítor Nunes Leal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Chaves, Vítor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Vilas-Boas, Cândido Mota Filho, Ari Franco e Hahnemann Guimarães.

Ausentes, por se acharem licenciados os Exmos Srs. Ministros Luís Gallotti, Ribeiro da Costa e Barros Barreto.