FUNCIONÁRIO PÚBLICO — EXTINÇÃO DO CARGO — DISPONIBILIDADE

Disponibilidade de servidor público (artigos 41, § 3.º, e 84, XXV, da Constituição). A extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração pública, prescindindo da edição de lei ordinária que as discipline.

Pedido indeferido, em obséquio ao que decidira, por maioria, o Plenário, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 21.225 (sessão de 16-06-93).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mandado de Segurança nº 21.227
Impetrante: Leny Ourives da Silva
Impetrado: Presidente da República
Relator: Sr. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, na conformidade da Ata de julgamento e das notas Taquigráficas, à unanimidade de votos, indeferir o mandado de segurança.

Brasília, 05 de agosto de 1993. Ministro — Octávio Gallotti, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Octávio Gallotti — A Impetrante, Procuradora do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com vinte e seis anos de serviço, sem transgressão disciplinar alguma, foi posta em disponibilidade pelo Decreto nº 99.345, de 25 de junho de 1990.

Considera, entretanto, descaracterizada a declarada desnecessidade do cargo que ocupava, porque, um mês depois (27-07-90), outro servidor, da mesma categoria, removido do Ceará, por motivos particulares, veio a ser designado para preencher da mesma função de chefia, outrora desempenhada pela Impetrante, na Procuradoria Regional de Mato Grosso.

Diz, ainda, contrariado o art. 17 do Decreto nº 99.350/90, que criou o INSS, e segundo o qual não poderia ter sido extinto o cargo ocupado pela Impetrante, antes de que houvesse sido fixada a lotação ideal da Autarquia.

Argumenta, igualmente, com o Decreto nº 65.871/69, segundo o qual não poderia ter sido declarada a desnecessidade do cargo, antes de verificada a possibilidade da sua redistribuição.

Alegando que a disponibilidade privou-a do direito à promoção para o nível 22 e prejudica a aquisição do adicional por mais um quinqüênio de serviço, (fls. 7), requer:

"seja o presente MANDADO DE SEGURANÇA julgado procedente nos termos do pe-

dido, para reconduzir o IMPETRANTE em definitivo ao seu cargo, anulando-se o ato que ilegalmente a colocara em disponibilidade, com todos os direitos e vantagens que fazia e faz juz, como medida da mais cristalina JUSTIÇA, com a condenação da AUTORIDADE COATORA, as custas processuais e demais cominações legais." (fls. 12).

As informações da autoridade coatora reportam-se ao texto elaborado pela assessoria técnica da Consultoria Geral da República, onde se assevera, após o resumo das alegações da inicial, cuja matéria de fato não é contestada:

"O Presidente da República, ao exercer a direção superior da administração federal, tem a faculdade de, usando do poder discricionário que cabe a Administração, declarar cargos desnecessários e, por conseguinte, colocar servidores em disponibilidade.

Dessa forma, e com amparo no art. 28 da Lei nº 8.028, de 12-04-90 — que dispõe que o excedente de pessoal em exercício nos órgãos e Ministérios será considerado em disponibilidade quando ocupante de cargo ou emprego permanente dos respectivos quadros ou tabelas — declarou a desnecessidade do cargo da impetrante.

O objetivo da declaração da desnecessidade do cargo que a impetrante ocupava foi o enxugamento da máquina administrativa, com a redução dos gastos públicos. Esse ato declaratório do chefe do Executivo Federal não atingiu apenas a impetrante, pelo contrário, foram declarados desnecessários outros cento e cinco cargos de procurador autárquico.

O princípio da impessoalidade não foi afrontado, pois a disponibilidade da impetrante é conseqüência de uma reforma administrativa. A Administração não visa este ou aquele servidor e sim um número certo de cargos considerados como excedentes.

O eminente Consultor da República, Doutor Alexandre Camanho de Assis, nas informações prestadas no MS nº 21.212-8, afirmou que: "Nem há dizer, por outro lado, que os cargos declarados desnecessários são imprescindíveis para a Administração Pública, buscando no Poder Judiciário, a reavaliação dessa conveniência. A declaração de desnecessidade de cargo público é ato discricionário do Executivo, a que não se pode dar contornos judiciários que desautorizem as justificativas administrativas de caráter unilateral." (Informações nº CR/AA — 60/90 — *D.O.U.* de 06.11.90, Seção I, pp., 21.052/3).

III

A autora do *mandamus* invoca a remoção de um outro Procurador Autárquico para a Superintendência Regional do Mato Grosso do Sul, onde a mesma vinha servindo, como fundamento de um pretenso direito líquido e certo de ver desconstituído o ato declaratório de desnecessidade de seu cargo e, por conseguinte, da sua disponibilidade.

Trata-se, no entanto, de atos administrativos distintos, que não se vinculam para os efeitos pretendidos pela impetrante no *writ*. Esses atos administrativos são discricionários e como bem lembrou o eminente Ministro Célio Borja a Administração "não pode ser substituída pelo Poder Judiciário quanto à melhor maneira de gerir recursos postos à disposição do Executivo." (MS nº 21.153-9-DF — Liminar D.J. de 10.08.90, Seção I, p. 7.560).

IV

No mandado de segurança, compete ao impetrante, *in limine litis*, provar os fatos e a existência do direito líquido e certo. Os fatos devem ser comprovados *documentalmente* e *incontroversos*.

Não encontrando-se, no caso em concreto, estes requisitos essenciais cumpridos, o *mandamus* não merece ser conhecido." (fls. 51/2).

Às fls. 72, o eminente Procurador-Geral da República, a título de manifestação definitiva, apresenta cópia do seu parecer no Mandado de Segurança nº 21.226 "uma vez que a questão aqui ventilada é idêntica".

Naquele douto parecer, o Ministério Público Federal transcreve dispositivos da Lei nº 8.028-90, que, entre outras providências, autorizou o Poder Executivo a fixar a lotação do pessoal nos órgãos da Presidência da República

e nos Ministérios Civis (art. 27, § 5º, *c*), além de redistribuir servidores.

Nos termos do mesmo diploma (art. 28, IV), o excedente do pessoal em exercício será "considerado em disponibilidade, quando ocupante de cargo ou emprego permanente dos respectivos quadros ou tabelas".

Também discorre o parecer sobre a Lei nº 8.029, que dispôs sobre a extinção e dissolução de entidades da Administração Indireta, estabelecendo os casos em que se aplicaria a disponibilidade.

Sustenta que, apenas em relação à Reforma Administrativa (Leis nº 8.028 e nº 8.029), existe autorização legal para a aplicação da estabilidade e conclui, com apoio na doutrina de Adilson Dallari e Celso Antônio, que, para a aplicação genérica do Instituto, há necessidade de lei, autorizando o Poder Executivo a declarar desnecessários os cargos, ou extingui-los (fls. 81 e 83).

No tocante a essa aplicação genérica da disponibilidade, e com respaldo em Dallari e Carlos Mero, entende, igualmente, que "a Administração deve valer-se de critérios objetivos na escolha dos cargos que serão considerados desnecessários ou extintos, para que o ato de colocação em disponibilidade se revista de total impessoalidade" (fls. 83/4). Tudo para asseverar:

"Todavia, não há que se falar em critérios objetivos, já que estes só poderiam ser fixados em lei. E inexistente diploma legal, nesse sentido, vinculado o ato da Administração à vontade da lei, no tocante à aplicação genérica do Instituto da Disponibilidade.

22. Entretanto, a ausência de critérios legais não autoriza que a declaração da desnecessidade do cargo, ou sua extinção, sejam fruto da simples vontade do Administrador, como ato discricionário seu. Ambas devem estar condicionadas ao *interesse público*, pois geram, como conseqüência, a colocação do ocupante do respectivo cargo em disponibilidade.

23. Por essa razão, não se admite a extinção ou a declaração da desnecessidade de cargos como atos abusivos do Poder Público.

24. A disponibilidade tem sido, acertadamente, considerada pelos nosssos doutrinadores como uma garantia dada ao funcionário de que não será prejudicado, já que a Constituição Federal é taxativa no tocante à percepção de sua remuneração e ao seu posterior aproveitamento.

25. Se se quer punir servidores ociosos ou descumpridores de seus deveres funcionais, a via própria não é a disponibilidade, que não se constitui em pena. Apura-se a falta disciplinar e aplica-se a sanção cabível.

26. A disponibilidade está intimamente ligada à estabilidade do servidor no cargo. O interesse público leva à extinção do cargo ou à declaração de sua desnecessidade. Todavia, em ambas as hipóteses, a postura do servidor público e os critérios subjetivos do Administrador jamais deverão ensejar uma ou outra." (fls. 87).

Voltando à Lei nº 8.028/90, observa, o parecer, que na fixação da lotação de cada órgão, reside a condição única para a declaração de desnecessidade ou a extinção dos cargos, havendo, por isso, o art. 246, II, do Decreto nº 99.180/90, cometido, aos titulares de órgãos integrantes da Presidência da República e aos Ministros de Estado, a proposta da:

"II - lotação ideal dos órgãos citados no artigo anterior, *com a identificação, por unidade administrativa, do pessoal em excesso* e dos cargos existentes" (grifos da transcrição às fls. 89).

Citando o Decreto nº 99.235/90 e a Instrução Normativa nº 9-90, da Secretaria de Administração Federal (D.O. de 04.06.90), chega o Ministério Público à seguinte conclusão:

"33. A conclusão óbvia, a que se chega, é a de que, para a implantação da recente Reforma Administrativa, a Administração só poderia declarar a desnecessidade de cargos ou empregos, ou extingui-los, nos Ministérios e nos Órgãos da Presidência da República, após a publicação das respectivas Estruturas Regimentais e do Quadro-Tabela de Lotação Ideal. Isto porque, somente com a fixação da lotação é que se conheceria o número de cargos e empregos excedentes (art. 28 da Lei nº 8.028, de 1990) passíveis de serem considerados desnecessários ou de extinção, e de levar seus ocupantes à condição de disponíveis.

No tocante às autarquias e fundações, essa possibilidade de declarar cargos desnecessá-

rios, ou de promover sua extinção, só é possível, nos casos previstos na Lei nº 8.029 de 1990, ou seja, no § 5º do art. 2º, n § 3º do art. 11, e no § 4º do art. 15, já citados. Além disso, em consonância com seu art. 24, os servidores em exercício nas autarquias e fundações por ela (Lei nº 8.029, de 1990) extintas, que não fossem aproveitados nas entidades que incorporaram a respectiva competência, seriam colocados em disponibilidade, na forma da Lei nº 8.028, de 1990, ou seja, aqueles cujos cargos ou empregos fossem considerados excedentes, após a fixação das respectivas lotações. Além disso, para efeito de aplicação do aludido art. 24, há necessidade de se conhecer as autarquias e fundações extintas pela Lei nº 8.029, de 1990, para se saber quais os servidores passíveis de colocação em disponibilidade." (fls. 40).

(...)

"39. Na situação em exame, o Decreto nº 99.339, de 22 de junho de 1990, que declarou a desnecessidade do cargo ocupado pelo Impetrante, e o colocou em disponibilidade, foi fundamentado na aludida Lei nº 8.028, de 1990, o que vem confirmar que a motivação do ato foi a implantação da Reforma Administrativa.

40. Ficou, aqui, bem demonstrado que esse diploma legal previu a colocação de servidores em disponibilidade, conhecidos os cargos ou empregos excedentes, o que se daria após a fixação da lotação ideal. Essa foi a condição ou critério legal.

41. A Estrutura Regimental do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, e seu Quadro-Tabela de Lotação Ideal, só foram aprovados pelo Decreto nº 55, de 11 de março de 1991, publicado no Diário Oficial do dia 12 subseqüente. Portanto, somente a partir dessa data é que seria possível conhecer os cargos que excederiam a lotação fixada para o Órgão, e passíveis de serem declarados desnecessários.

42. Chega-se a conclusão, pois, que foi ferido o princípio constitucional da legalidade, no qual se deve pautar a Administração Pública em geral, em virtude da inobservância disposições contidas no art. 27, § 5º, alínea *c*, combinadas com as do art. 28, inciso IV, todas da Lei nº 8.028, de 1990.

43. E o remédio cabível, à espécie, é a nulidade do aludido Decreto nº 99.339, de 1990, já que contrário à Lei.

44. No tocante aos prejuízos funcionais porventura sofridos pelo Impetrante, se acolhida a tese de nulidade do ato Presidencial que o colocou em disponibilidade, os efeitos que esse ato nulo produziu serão destruídos *ex tunc*.

45. Por todo exposto, o Ministério Público opina no sentido de que seja declarada a nulidade do Decreto nº 99.339, de 22 de junho de 1990, em virtude do vício insanável apontado, na parte relativa ao Impetrante, e que declarou desnecessário o seu cargo, colocando-o em disponibilidade." (fls. 42/3).

Sobreveio e edição do Decreto nº 474, de 10.03.92, que determinou o aproveitamento dos servidores em atividade. Fiz então notificar a Impetrante acerca da subsistência, ou não, do seu interesse no prosseguimento do feito (fls. 95), havendo sido a resposta positiva (fls. 103/4).

É o Relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Octávio Gallotti (Relator) — Em sessão de 16 de junho do corrente, após pedido de vista, e na mesma linha do parecer reproduzido nestes autos pela douta Procuradoria Geral da República, votei pelo deferimento do Mandado de Segurança nº 21.225, versando matéria análoga à presente.

Considerei, então, que a declaração de disponibilidade estava sujeita à prévia fixação da lotação ideal da entidade a que pertencia o servidor e, especialmente, que, sendo o número de ocupantes superior ao dos cargos reputados desnecessários, não era lícito, ao Chefe do Poder Executivo, livremente eleger a pessoa ou as pessoas sobre as quais haveria de recair a inatividade, sem estar sujeito à prévia e normativa fixação de algum critério objetivo a nortear aquela seleção. Esse arbítrio, seria, a meu juízo, incompatível com os princípios da impessoalidade e de legalidade, a que está vinculada a administração pública, a partir do regime jurídico demarcado pela própria Constituição.

Fiquei, todavia, vencido, na honrosa companhia de quatro eminentes colegas.

Prevaleceu, então, o voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, sustentando, em suma, que a extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública, prescindindo de lei ordinária que o disciplinasse. Eis as doutas razões com que justificou S. Exa. esse entendimento:

"A extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade — e muito já se disse sobre o quadro de Procuradores do INCRA — decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública. O servidor não tem assegurada a via da oposição ao que a respeito vier a ser deliberado. A Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, resultante do Projeto de Conversão da Medida Provisória nº 150, de 15 de março de 1990, autorizou o Poder Executivo a "extinguir ou transferir, no âmbito da Administração Pública Federal, mediante alteração de denominação e especificação, sem aumento de despesas, cargos ou funções de confiança dos Grupos de Assessoramento Superiores — DAS e Direção de Assessoramento Intermediário — DAI e funções equivalentes de natureza especial" — art. 27, § 5º, alínea "a", sendo que o excedente de pessoal em exercício nos órgãos e Ministérios, considerados cargos e empregos permanentes dos respectivos quadros ou tabelas, seria alcançado pela disponibilidade — art. 28, inciso IV.

É certo que pelo par. 3º do citado art. 28 o Poder Executivo foi autorizado a dispor mediante decreto. Contudo, tal previsão longe ficou de alcançar a disponibilidade em si, porquanto o preceito legal cuida do aproveitamento do pessoal.

Dizer-se que a declaração da extinção do cargo ou da citada desnecessidade não prescindia de lei que os especificasse é olvidar os termos da própria Lei nº 8.028/90 e a respectiva regulamentação atribuída, pelo inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, ao Chefe do Poder Executivo. Também não procede o argumento sobre a obrigatoriedade de publicação das estruturas regimentais e do quadro de lotação ideal dos Órgãos da Presidência da República e Ministérios, para conhecimento geral do número de cargos e empregos excedentes passíveis de serem tidos como desnecessários ou objeto de extinção. Conquanto a medida seja recomendável, isto em prol da almejada segurança, inexiste norma legal que obrigue a Administração a tanto, ao menos para os fins de disponibilidade. A definição dos cargos e empregos excedentes faz-se, como já consignado, sob o juízo da conveniência e da oportunidade, presumindo-se que cada um dos Ministérios e dos Órgãos que os integrem possuam os levantamentos cabíveis. A divulgação respectiva não ensejaria, por parte de quem quer que fosse, uma impugnação passível de frutificar, sob pena de inviabilizar-se o saneamento do sistema administrativo ensejado pela Constituição e pela citada Lei nº 8.028/90, multiplicando-se, no Judiciário, as demandas a respeito.

Também não procede a interpretação conferida à Lei nº 8.029/90, pela qual, em relação às autarquias e fundações, a disponibilidade somente seria possível quanto àquelas entidades extintas e, mesmo assim, em relação aos servidores não aproveitados nas subsistente ou criadas. O preceito do § 5º do art. 2º da citada Lei mostrou-se de cunho pedagógico ao dispor sobre a aplicação da Lei nº 8.028/90 aos servidores excedentes dos quadros dos citados órgãos, sem, no entanto, implicar a limitação asseverada no Parecer. A Lei nº 8.028/90 já alcançava os aludidos servidores, porquanto veio à baila para aplicação no âmbito da Administração Pública como um todo, aplicando-se, assim, aos servidores das autarquias e fundações. Somente quanto à constituição das novas entidade é que foi previsto que o Poder Executivo disporia, em decreto, sobre as estruturas, quadros de pessoal e atribuições, respeitadas as atribuições básicas das entidades absorvidas — art. 2º, § 4º, da Lei 8.029/90.

Pelas razões supra, denego a segurança pleiteada.

É o meu voto."

Com ressalva do ponto de vista que pessoalmente adotei, rendo-me à decisão recente da maioria do Tribunal e indefiro o presente mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso — Sr. Presidente, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.225, tivemos o mesmo entendimento. No momento, V. Exa. ressalva sua opinião pessoal e acompanha a maioria. Também assim procedo, ressalvando o meu ponto de vista pessoal a respeito, posto no voto que proferi no citado Mandado de Segurança nº 21.225.

Com esta ressalva acompanho o douto voto de V. Exa.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello — Sr. Presidente, com a ressalva da minha posição pessoal no tema, externada em voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.225, onde restei vencido, manifesto-me, apenas em obséquio ao precedente, no sentido do indeferimento do *writ*.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — Senhor Presidente, continuo convencido do voto proferido por V. Exa. no Mandado de Segurança nº 21.225, ao qual prestei adesão. Reitero minha opinião pessoal e reservo-me para, ante a repetição de ato similar, insistir nela. Não vejo sentido, porém, em tratar diferentemente caso absolutamente idêntico, tanto mais que, com a reconvocação de todos esses funcionários, postos em disponibilidade, o que está em causa são efeitos residuais de um ato que, em seu efeito principal, já não mais subsiste.

Indefiro, com essa ressalva.

VOTO

O Senhor Ministro Néri da Silveira — Sr. Presidente. Também votei vencido no Mandado de Segurança nº 21.225, entendendo que a disponibilidade estava sujeita à prévia fixação da lotação do órgão, devendo ser adotados critérios objetivos, em atenção aos princípios da legalidade e da impessoalidade, na escolha dos servidores a serem postos em disponibilidade. Tendo em conta, todavia, a orientação que a maioria do Tribunal acabou por firmar a respeito dessa matéria, com ressalva do meu ponto de vista, acompanho o de V. Exa., indeferindo, também, o mandado de segurança.

EXTRATO DA ATA

Mandado de Segurança nº 21.227-6. Origem: Distrito Federal. Relator: Min. Octávio Gallotti, Presidente. Impte.: Leny Ourives da Silva. Advs.: Rubens Clayton Pereira de Deus e Outro. Impdo.: Presidente da República.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal indeferiu o mandado de segurança. Plenário, 05.08.93.

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

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva. Luiz Tomimatsu. Secretário.