

A disponibilidade remunerada dos servidores públicos à luz da Constituição de 1988

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. A disponibilidade no direito positivo brasileiro. 2.1. O histórico constitucional do instituto. 2.2. A disponibilidade na Constituição de 1988. 2.3. O tratamento na legislação federal. 3. A natureza jurídica da disponibilidade. 4. Disponibilidade e estabilidade. 4.1. Disponibilidade e vitaliciedade. 5. Extinção e declaração de desnecessidade de cargos públicos. 6. O afastamento do servidor em disponibilidade. 7. A remuneração na disponibilidade. 7.1. A posição do Supremo Tribunal Federal. 7.2. As vantagens excluídas dos vencimentos de disponibilidade. 8. A figura do aproveitamento. 9. Disponibilidade e Reforma Administrativa. 10. Conclusões.

1. Considerações iniciais

Prevista no parágrafo 3º do artigo 41 da atual Constituição brasileira, a disponibilidade remunerada dos servidores públicos tem tradicionalmente recebido do legislador pátrio um tratamento variado e não poucas vezes desarmonico em face de sua natureza jurídica.

Talvez por esse motivo, doutrina e jurisprudência apresentem-se tão oscilantes ao se apreciar o instituto, acarretando inúmeras dificuldades àqueles que, notadamente na esfera administrativa, devem conferir aplicabilidade à disponibilidade. É preciso esclarecer que as dúvidas suscitadas não se referem unicamente ao aparato normativo que a regulamenta, mas estão voltadas à compreensão da real vocação e dos principais aspectos que envolvem a disponibilidade dos servidores públicos.

O crescente interesse na matéria justifica-se, de um lado, em razão do incessante movimento de desestatização e do profuso emprego das concessões e permissões como formas de descentralização de serviços públicos. É que,

Gustavo Henrique Justino de Oliveira é Procurador do Estado do Paraná e Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP.

Prêmio Miguel Seabra Fagundes, outorgado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), no concurso de monografias do XI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (Vitória, 30.10 a 2.11.97). Ao trabalho original foram acrescentados itens relativos à evolução constitucional e legislativa do instituto.

como reflexo da disseminação dos diversos meios de parceria entre o poder público e os particulares, grande número de cargos foram declarados desnecessários ou extintos. De outro lado, as dificuldades financeiras enfrentadas pelas administrações públicas de todas as esferas federativas colocaram a disponibilidade em evidência, encarada como uma solução capaz de abrandar a situação deficitária dos cofres públicos, pois a remuneração dos servidores passaria, em tese, a ser proporcional ao tempo de serviço.

No entanto, as propostas de alteração do texto constitucional na parte concernente à Administração Pública, formuladas pelo Governo Federal e inicialmente descritas no *Plano-Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, têm o condão de conferir novos contornos à disponibilidade dos servidores públicos.

A partir da vigente Carta Magna e das disposições legais pertinentes, com suporte nas posições doutrinárias e decisões judiciais mais significativas, procurar-se-á examinar alguns dos pontos controvertidos do instituto. Logo após, será apresentada a síntese das inovações sugeridas na Proposta de Emenda à Constituição nº 173-A/95, na parte referente à disponibilidade, seguida das conclusões finais do trabalho.

2. A disponibilidade no direito positivo brasileiro

2.1. O histórico constitucional do instituto

As duas primeiras Constituições da República silenciaram acerca do instituto da disponibilidade. No entanto, é importante notar que a Carta de 1934, em seu artigo 169¹, foi a responsável pela inserção, em nosso Ordenamento, da garantia da estabilidade dos servidores públicos.

É com caráter abertamente sancionatório que a disponibilidade remunerada do servidor público aparece na realidade constitucional brasileira, no artigo 157 da Carta de 1937². Nesse

¹Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurado plena defesa". Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934. v. 2.

²O artigo indigitado estipulava que "poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos propor-

período, também as figuras da aposentadoria e da reforma (para servidores civis e militares, respectivamente) eram empregadas pela Administração como formas de punição disciplinar, em conformidade com o disposto no artigo 177 do Texto Constitucional aludido.

Todavia, foi a Constituição de 1946 que outorgou à disponibilidade as notas hoje tidas como essenciais a esse instituto, ao prescrever no parágrafo único do artigo 189 que

"extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava".

Eis a gênese constitucional da concepção garantista da disponibilidade, imediatamente relacionada à estabilidade conquistada pelos titulares de cargos públicos após o interstício de dois anos de exercício, desde que nomeados mediante aprovação em concurso público (artigo 188, inciso I)³. Cumpre aduzir que, na expressão concebida por Caio Tácito, o preceito do Texto Constitucional de 1946 "era neutro quanto ao valor dos proventos"⁴.

A Carta de 1967 consolida a natureza jurídica do instituto ditada pela Constituição precedente, acrescentando o critério da integralidade da remuneração do servidor público colocado em disponibilidade, nos moldes do § 2º do artigo 99.

Entretanto, o artigo 6º do Ato Institucional nº 5, de 13.12.68, determinou que o ato de disponibilidade possibilitaria "vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço". Em decorrência da alteração proposta e por imposição do Ato Complementar nº 40, de 30.12.68 (ratificado pelo artigo 3º do Ato Institucional nº 6, de 1º.2.69)⁵, inseriu-se a declaração de

cionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público".

³ Em decorrência do artigo 188, inciso II, a estabilidade era igualmente conquistada por aqueles servidores não nomeados por concurso público, mas após cinco anos de desempenho de suas atividades.

⁴ A disponibilidade na Constituição de 1988: parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 95, out./dez. 1990.

⁵ Insta destacar que no período ditatorial um ato complementar tinha o condão de sustar a eficácia de um preceito da Constituição, o qual, nominal-

desnecessidade do cargo como motivo a ensejar a disponibilidade do servidor, sem a obrigatoriedade de aproveitamento.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69, o instituto volta a ter um caráter de punição disciplinar. Consagradas as mudanças previstas nos diplomas ditatoriais elencados, a disponibilidade dos servidores públicos passa a ser prevista no parágrafo único do artigo 100, segundo o qual “extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço”.

2.2. A disponibilidade na Constituição de 1988

Não seria incorreto sustentar que o legislador constituinte de 1988 buscou inspiração na Carta de 1946 no que tange ao tratamento constitucional da disponibilidade remunerada.

Reintroduzindo claramente a função garantista do instituto, o § 3º do artigo 41 da Lei Maior, ao determinar que “extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”, concede um forte instrumento de proteção ao servidor público que adquiriu a estabilidade, nos moldes do *caput* do mesmo artigo 41.

Com efeito, além de afastar a utilização do instituto para fins sancionatórios⁶, a Constituição de 1988 deixa claro ser a disponibilidade “autêntica garantia do servidor público estável”, pois na hipótese de extinção ou declaração de desnecessidade do cargo do qual o mesmo é titular, haverá a obrigatoriedade de preservação do vínculo por ele mantido com a Administração Pública. Outra não é a ilação que emana da cristalina dicção do § 1º do artigo 41, em razão do qual “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”.

A exemplo do ocorrido na Constituição de 1946, não é possível encontrar na Constitui-

mente, continuava em pleno vigor. Essas alterações eram corroboradas pelos atos institucionais, que conferiam nova redação aos dispositivos constitucionais.

⁶ Em face do disposto no artigo 93, inciso VIII, da Constituição em vigor, a disponibilidade permanece em nosso Ordenamento como medida disciplinar quando aplicada aos magistrados. A questão será aprofundada no item 4.1.

ção vigente um dispositivo expresso acerca do critério – se integral ou proporcional ao tempo de serviço – da remuneração do servidor público colocado em disponibilidade. Insta perquirir se o legislador ordinário, ou mesmo o constituinte estadual, teria amplos poderes para optar por uma ou outra forma de cálculo, ou, por outro lado, do próprio Texto Constitucional afloraria a integralidade ou proporcionalidade dos valores a serem pagos ao servidor disponível.

Finalmente, há uma situação inovadora e bastante peculiar, elencada no § 2º do artigo 41. Diante da reintegração de servidor público estável, motivada pela decretação judicial de invalidade de sua demissão, o eventual ocupante da vaga será reconduzido ao cargo originário (sem direito à indenização) ou aproveitado em outro cargo. Em não sendo viável a adoção das medidas arroladas, o “eventual ocupante da vaga” deverá ser posto em disponibilidade remunerada.

2.3. O tratamento na legislação federal

A evolução do tratamento legislativo concedido à disponibilidade dos servidores públicos obviamente guarda identidade com o panorama constitucional apresentado.

Editado à luz da Constituição de 1937, o Decreto-Lei nº 1.713, de 28.10.39, (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União) reflete o teor predominantemente punitivo da disponibilidade. Embora admita que o servidor seja colocado em disponibilidade, por intermédio de decreto, quando seu cargo tenha sido suprimido por lei, inexistindo possibilidade do aproveitamento de seu titular em outro cargo equivalente (art. 193, inciso II), estipula a mesma providência quando “tendo adquirido estabilidade, o seu afastamento for considerado de conveniência do interesse público e não couber demissão” (art. 193, inciso I). O afastamento do servidor era atribuição de uma comissão disciplinar, designada pelo Ministro de Estado (art. 193, parágrafo único). A retribuição pecuniária haveria de ser proporcional ao tempo de serviço e calculada na razão de um trinta avos por anos de serviço público, *não devendo, porém, ser inferior a um terço do vencimento ou remuneração da atividade* (art. 194).

O Estatuto dos Funcionários instituído pela Lei federal nº 1.711, de 28.10.52, declarava que na hipótese de extinção do cargo, seu ocupante ficaria em disponibilidade, percebendo os mesmos valores referentes ao vencimento ou re-

muneração, permanecendo nessa situação “até seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimento compatível com o que ocupava” (art. 174, *caput*). Estipulava que “restabelecido o cargo, ainda que modificada sua denominação, será obrigatoriamente aproveitado nele o funcionário posto em disponibilidade quando da sua extinção” (art. 174, parágrafo único).

Sob a égide da Constituição de 1967, regulamentando o preconizado pelo art. 99, § 2º, com a redação original alterada pelo AC nº 40/69 e AI nº 6/69, foi editado o Decreto-lei nº 489, de 4.3.69. A remuneração era proporcional ao tempo de serviço, “na razão de trinta e cinco avos por ano de serviço, se do sexo masculino, ou de um trinta avos, se do sexo feminino, acrescidos dos adicionais por tempo de serviço, à data da vigência deste decreto-lei” (art. 3º). Com o advento da Lei federal nº 6.943, de 14.09.81, o *caput* do art. 1º assegurava aos servidores aposentados ou postos em disponibilidade, com proventos proporcionais, retribuição básica nunca inferior a 90% (noventa por cento) do maior salário mínimo vigente no País.

O texto primitivo da Medida Provisória nº 150, de 15.3.90, pretendeu dar, a partir do inciso IV do artigo 28, nova disciplina ao instituto da disponibilidade, estabelecendo a proporcionalidade da remuneração. No processo de conversão da medida provisória na Lei nº 8.028, de 12.4.90, o critério proporcional da retribuição foi suprimido. O Decreto nº 99.251, de 11.5.90 foi editado em seguida, e imediatamente revogado pelo de nº 99.256, de 15.5.90. Com propósito idêntico, posteriormente foi expedido o Decreto nº 99.300, de 15.6.90, o qual teve declarada pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 313-DF. *RTJ*, nº137,984) a inconstitucionalidade de seus artigos 1º e 2º.

Atualmente aplica-se à matéria os artigos 30 a 32 da Lei federal nº 8.112, de 11.12.90, (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União), diploma que permaneceu silente em relação ao critério da remuneração da disponibilidade.

3. A natureza jurídica da disponibilidade

É a disponibilidade remunerada uma *garantia especial do servidor público estável* e não mera vantagem, prerrogativa ou benefício funcional. Portanto, toda e qualquer construção teórica a respeito de sua natureza jurídica

não pode desconsiderar o fato, e isso com suporte no Texto Constitucional de 1988, de tratar-se a disponibilidade de uma manifestação e dimensão da estabilidade⁷.

Como regra geral, o servidor aprovado em concurso público regular, após o cumprimento do estágio probatório, adquire a estabilidade no serviço público e, por via de consequência, tem assegurado constitucionalmente o direito de não ser excluído dos quadros de pessoal, em virtude da extinção do cargo ou da declaração de sua desnecessidade. Cabe aduzir que o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma interpretação lógico-sistemática do Texto Constitucional, com a observância conjunta do disposto nos artigos 37 e 41, bem como do artigo 19 do ADCT, estendeu a garantia da disponibilidade remunerada aos ocupantes de empregos públicos, desde que estáveis (MS 21.236-5-DF. *DJU*, 25 ago.1995, *RT*, n. 722, p. 347).

A doutrina brasileira há muito procura impedir ao regime decorrente da disponibilidade um tratamento similar àquele da inatividade definitiva, ou seja, da aposentadoria. Tal assertiva pode ser comprovada em face da definição formulada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem é a disponibilidade “a garantia de inatividade remunerada, assegurada ao servidor estável, em caso de ser extinto o cargo, ou declarada a sua desnecessidade”⁸.

Embora a realidade do servidor disponível encontre-se bastante próxima daquela presenciada pelo servidor aposentado, demonstra-se contraproducente nivelar as duas situações, com os objetivos de (i) propiciar a extensão à disponibilidade dos parâmetros axiológicos fixados para a aposentadoria e (ii) intentar uma suposta aplicação analógica da normatização destinada à aposentadoria.

Convém advertir que, se utilizada a disponibilidade para fazer as vezes de sanção disciplinar – ressalvada a previsão constitucional atinente aos magistrados – ou ainda para a ou-

⁷ Sérgio de Andréa Ferreira assevera ser a disponibilidade “o desdobramento da garantia da estabilidade, quando o interesse público exige alterações nos quadros funcionais e na organização administrativa, cuja mutabilidade é atributo que lhe é ínsito, e realidade inexorável” (*Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 480).

⁸ Embora refira-se textualmente à *garantia*, registra ser a disponibilidade um dos direitos – ao lado da reintegração e do aproveitamento – decorrentes da estabilidade. *Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 1996. p. 378.

torga, por parte de uma autoridade administrativa, de um “privilegio” a servidores de uma dada carreira –, ou seja, o incentivo de uma despropositada e imoral “ociosidade remunerada” –, configurada estará a ilegal e ilegítima aplicação do instituto, fato que acarretará sua invalidação.

4. Disponibilidade e estabilidade

José Afonso da Silva sustenta ser a disponibilidade remunerada um *efeito* decorrente, não somente da estabilidade dos servidores, mas também da vitaliciedade adquirida por magistrados, membros de Tribunal de Contas e do Ministério Público, em virtude da própria natureza dos cargos dos quais sejam titulares⁹.

Preenchidas as condições eleitas pelo legislador constituinte como as necessárias para a conquista da estabilidade (artigo 37, notadamente incisos I e II; artigo 41, *caput*), ao servidor é concedido o direito de permanência no serviço público. Porém estabilidade não implica proibição do desfazimento do vínculo mantido pelo *servidor estável* com a Administração Pública. Ao contrário, exige a “definição de critérios objetivos e impessoais para que o servidor seja afastado de suas funções”¹⁰. Em razão do disposto no § 2º do art. 41 da Lei Maior a demissão ocorrerá tão-somente mediante sentença judicial transitada em julgado ou após processo administrativo em que lhe seja garantida a ampla defesa.

É sabido que a Constituição de 1988 instituiu no *caput* do artigo 41 a *estabilidade ordinária*, que não prescinde do atributo da *efetividade* (artigo 37, inciso II), ou seja, da nomeação para cargo cujo provimento a lei estabeleça ser levado a efeito mediante a aprovação em concurso público. A efetividade permite a continuidade do titular do cargo no desempenho

⁹ No primeiro caso, seria a disponibilidade reflexo da extinção ou da declaração de desnecessidade do cargo, até o adequado aproveitamento do servidor; no segundo, adviria tão-somente da extinção do cargo do titular. Em ambas as hipóteses, entretanto, o autor reputa serem devidos *vencimentos integrais*. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 582.

¹⁰ MELLO, Magno Antônio Correia de. *Burocracia, modernidade e reforma administrativa*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996. p. 52. Explicitando, assevera o autor que a “estabilidade não é, assim, a inviabilização da despedida, mas sua subordinação a critérios previamente definidos” (Ibidem).

das funções a ele inerentes¹¹. Todavia, independentemente de *efetividade*, o *caput* do artigo 19 do ADCT criou a rotulada *estabilidade extraordinária*. Os servidores ali elencados não são considerados titulares dos cargos que ocupam, mas gozam de uma estabilidade especial no serviço público. A despeito da ausência de efetividade desses servidores (esta poderá ser adquirida posteriormente, *ex vi* do § 1º do artigo 19 do ADCT), conclui-se que a garantia da disponibilidade destina-se igualmente a eles, pelo simples fato da própria Constituição tê-la jungido, e isto de modo expresso, à *estabilidade*, e não à *efetividade*¹².

Por outro lado, cumpre assinalar que a situação de disponibilidade prevista no § 2º do artigo 41 da Lei Maior excepciona a regra geral inserida no § 3º do mesmo dispositivo e deve ser interpretada diferentemente¹³. Assim, se o *eventual ocupante* do cargo a ser novamente preenchido pelo servidor reintegrado por via judicial ainda estiver cumprindo o biênio referente ao estágio probatório, e não puder ser reconduzido ao cargo de origem ou aproveitado em outro cargo, também deverá ser posto em disponibilidade. Configurando hipótese distinta daquelas concebidas pelo constituinte como determinantes do fenômeno da disponibilidade remunerada – extinção ou declaração de desnecessidade do cargo – ainda que não

¹¹ Está registrado em recente julgado do Supremo Tribunal Federal: “Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo” (2ª T. Recurso Extraordinário nº 167.635-PA. Relator Ministro Mauricio Correa, DJU, p. 1.355, 7 fev. 1997). No mesmo sentido, STJ. 2ª T. ROMS nº 663-RN. Relator Ministro Vicente Cernicchiaro. DJU, p. 15.350, 17 dez. 1990.

¹² Para Adilson Abreu Dallari, “só tem direito à disponibilidade quem for estável, sendo irrelevante a circunstância de ser ou não efetivo” (*Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 96). Ligando a disponibilidade à efetividade, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 1, p. 273.

¹³ Estipula o § 2º do artigo 41: “Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade”.

estável, no caso previsto no § 2º do artigo 41 o servidor não poderá ser demitido. Logo, em que pese a sua não-estabilização no serviço público, a disponibilidade remunerada do mesmo, a qual rotula-se *especial*, seria absolutamente legítima¹⁴.

4.1. Disponibilidade e vitaliciedade

No que tange à vitaliciedade, atributo intrínseco a determinados cargos públicos, a disponibilidade há de ser apreciada sob dois diferentes aspectos. Inicialmente, é preciso salientar que o agente público vitalício (melhor seria dizer *vitalicidado*) perde o cargo tão-somente por intermédio de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 95, inciso I e art. 128, § 5º, inciso I, *a*). Concorde-se com a posição de José Afonso da Silva, para quem o reiteradamente mencionado § 3º do artigo 41 da Lei Maior aplica-se também aos servidores vitalícios¹⁵. Sem embargo, no Recurso Extraordinário nº 164.817-RJ (*DJU*, p. 19.303, 5. ago. 1994), o Supremo Tribunal Federal analisou pretensão de Conselheiro de Contas dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, em disponibilidade em razão da extinção desse órgão, direcionada a seu aproveitamento em vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. O Excelso Pretório concluiu ter o artigo constitucional indigitado como destinatário unicamente

“o servidor estável, não se podendo aplicar por analogia por constituir, no sistema constitucional, exceção à vedação da forma de investidura derivada como é o aproveitamento, em face da exigência do concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da Carta Magna”¹⁶.

¹⁴ Defendendo entendimento diverso, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o § 2º do artigo 41 há de ser interpretado frente ao parágrafo que lhe precede. Ademais, durante o estágio probatório o servidor é avaliado pela administração, a qual, antes da conclusão do biênio, não teria condições de afirmar ser o mesmo detentor das qualidades suficientes para a permanência no serviço público.

¹⁵ Em aresto peculiar, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assegurou a subsistência do ato de nomeação de auditor da Corte de Contas Paranaense vitaliciado, ressaltando que o mesmo, em virtude de estar o aludido cargo ocupado por outrem, ficaria em disponibilidade remunerada, com proventos integrais (Mandado de Segurança nº 35.304, Órgão Especial. Relator: Desembargador Cordeiro Machado, *DJ*, 18 abr. 1991).

¹⁶ No mesmo sentido, STJ. 2ª T. ROMS. nº 1.730-RJ, Relator: Ministro Hélio Mosimann, *DJU*,

Todavia, além do caráter garantista da disponibilidade, a mesma figura assume feições punitivas, e isso em função do disposto no artigo 93, inciso VIII da Constituição de 1988. Ao lado da remoção e da aposentadoria, os magistrados podem ser colocados em disponibilidade “por interesse público”, após decisão tomada por dois terços do respectivo Tribunal, garantida a ampla defesa. O processo correspondente à decretação da disponibilidade como pena disciplinar vem previsto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35, de 14.3.79 – notadamente nos artigos 27, 28, 42, inciso IV, e 46¹⁷. Por sua conotação punitiva, a remuneração é proporcional ao tempo de serviço (artigo 45, inciso II)¹⁸.

5. Extinção e declaração de desnecessidade de cargos públicos

Os quadros de pessoal da Administração Pública são criados e organizados visando atender, em um dado momento, uma necessidade específica da comunidade, servindo, assim, de instrumental para a prestação de serviços públicos. No entanto, alterações são passíveis de ocorrer, uma vez que determinada atividade pode deixar de ser qualificada como serviço público, ensejando o esvaziamento das atribuições inerentes a um cargo público isolado, ou ainda tornar desnecessária a manutenção de toda uma categoria de servidores. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “o interesse público é a única razão na existência de um cargo público; vale dizer, deixando de existir tal in-

p. 453, 1º fev. 1993. Destoando da posição apresentada, embora julgado em face da Constituição de 1946, STF. Recurso Extraordinário nº 64.526, Relator: Ministro Thompson Flores, *DJU*, p. 5.847, 5 dez. 1960. Contudo, insta observar que a Carta de 1988 admite a disponibilidade de membros da Magistratura e do Ministério Público, respectivamente nos arts. 95, parágrafo único, inc. I, e 128, § 5º, inc. II, *d*.

¹⁷ No ROMS nº 7.012-RS, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a recepção da Lei Complementar nº 35/79 pela Constituição vigente, afirmando que a disponibilidade dos magistrados, nesse caso específico, constituiu-se em uma “limitação à garantia da vitaliciedade” (Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. *DJU*, p. 50.748, 16 dez. 1996).

¹⁸ Sustentando que a hipótese de proporcionalidade estaria restrita aos magistrados, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 401.

teresse, não há motivo para mantê-lo”¹⁹.

Exemplificando, o interesse público pode direcionar-se à descentralização de determinado serviço, hoje uma constante na busca dos novos contornos do Estado Contemporâneo, levando à declaração de desnecessidade dos cargos a esse serviço relacionados, podendo resultar ainda na extinção dos mesmos²⁰. Pode inclusive ser decorrência de uma racionalização das atividades estatais, em face do preceito constitucional insculpido no artigo 169, combinado com o artigo 38 do ADCT.

Logo, parece correto sustentar que

“extingue-se o cargo que se mostrar definitivamente dispensável, supérfluo ou inconveniente à finalidade pública, e declara-se desnecessário o cargo que se apresentar nessas condições, apenas temporariamente, com perspectivas de recobrar sua finalidade após o decurso de determinado lapso de tempo”²¹.

Encontram-se no Texto Constitucional regras expressas atinentes à competência para a extinção de cargos públicos. Extensivamente, esses comandos constitucionais podem ser aplicados à declaração de desnecessidade. A regra geral está inserida no art. 48, inciso X, reservando-se ao Congresso Nacional a atribuição legislativa para dispor sobre a “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas”. Com relação aos cargos públicos federais do Poder Executivo, cabe privativamente ao Presidente da República prover e extinguir-los, *na forma da lei* (art. 84, inciso XXV)²². A mesma sistemática há de ser segui-

da, por coerência, no âmbito estadual e municipal.

Registrada a competência para proceder à extinção ou declaração de desnecessidade do cargo, emerge a problemática da forma pela qual devem revestir-se esses provimentos. Pelo princípio do paralelismo ou homogeneidade das formas, sendo os cargos criados por lei, por lei devem ser extintos²³. Há opiniões, no entanto, que apontam para a necessidade de uma lei que estipulasse previamente parâmetros objetivos não somente para a extinção, mas sobretudo para a declaração de desnecessidade de cargos²⁴.

O Supremo Tribunal Federal, reformulando tendência apresentada no julgamento da ADIn nº 313-5-DF (liminar. *RTJ*, n. 137, p. 519; mérito, *RTJ*, n. 137, p. 984), decidiu “que 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” (MS nº 21.227. j. 5. ago. 1993. *RDA*, n. 195, p. 51)²⁵. Consolidando essa orientação, no Recurso Extraordinário nº 141.571-PR (*DJU* p. 30.601, 22 set. 1995) foi declarada a auto-aplicabilidade da regra constitucional inserida no § 3º do art.

de cargos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados.

²³ O Decreto-Lei nº 489/69 estabelecia que a extinção de cargo, na administração direta, deveria ser levada a efeito por intermédio de lei; a extinção de cargos na administração indireta, bem como a declaração de desnecessidade de cargos, em qualquer caso, far-se-ia por “ato do Poder Executivo” (art. 1º, § 2º). Pela vigência do diploma federal, em virtude de sua compatibilidade com a Carta de 1988, conferir TÁCITO, Caio. A disponibilidade na Constituição de 1988: parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 96-98, out./dez. 1990. Em defesa da não recepção pelo atual Texto Constitucional, apreciar o voto do Ministro Paulo Brossard, Relator da ADIn 313-5-DF. *RTJ*, nº 137, p. 1003, o qual sustenta que o Decreto “visava regular a disponibilidade punitiva, introduzida após o AI-5 pelo Ato Complementar n. 40, ratificado pelo AI-6”.

²⁴ É o entendimento de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 103 e DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 101.

²⁵ No mesmo sentido, MS nº 21.236-5-DF. 20 de abril de 1995. *RT*, n. 722, p.347.

¹⁹ *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 212.

²⁰ Nos casos de descentralização de serviços públicos o caminho mais correto encontra-se na declaração de desnecessidade do cargo. É que, durante o prazo de duração do contrato, poderá ocorrer a extinção da concessão, pelo advento de quaisquer das hipóteses elencadas no art. 35, da Lei federal nº 8.987, de 13.2.95, devendo a Administração revitalizar o cargo.

²¹ MELLO, Célia Cunha. Extinção e declaração de desnecessidade de cargo público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 7, p. 385, jul. 1995.

²² Quanto à extinção dos cargos do legislativo, a Lei Maior confere competência privativa à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, respectivamente, nos artigos 51, inc. IV e 52, XIII. Por seu turno, o art. 96, inc. II, b, outorga legitimidade ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça para propor ao respectivo Poder Legislativo a extinção

41, bem como reconhecidos como destinatários da norma os servidores do Legislativo, Executivo e do Judiciário, indistintamente²⁶.

Em que pese ao entendimento jurisprudencial esposado, concorda-se com Celso Antônio Bandeira de Mello, pois “assim como o Chefe do Executivo só pode extinguir cargos ‘na forma da lei’, analogamente, só poderá declarar-lhes a desnecessidade nos termos por ela previstos, isto é, nos casos e condições que previamente assinala”²⁷. Acrescente-se que ao lado da observância a esses critérios legais estaria a exigência de expressa motivação do ato, consubstanciada em análises e levantamentos de ordem técnica que atestariam o caráter supérfluo de determinados cargos. Com base nesse diploma legal, e isto na esfera do Poder Executivo, optando-se pela declaração de desnecessidade do cargo, deverá haver a edição de decreto motivado do Presidente, Governador ou Prefeito; decidindo-se pela extinção dos cargos, para salvaguarda do princípio constitucional da impessoalidade, defende-se a necessária edição de lei formal, cuja iniciativa competiria às mesmas autoridades, nos termos acima expostos.

6. O afastamento do servidor em disponibilidade

Nas palavras do Ministro Nelson Jobim, “a disponibilidade deve aplicar-se por curtos períodos de tempo, de duração apenas bastante para que a administração adote as providências necessárias para o devido aproveitamento do servidor, e apenas quando isso não se possa dar de imediato”²⁸.

²⁶ Nessa ocasião, decidiu-se inclusive que “por estar a disponibilidade jungida à conveniência e à oportunidade, não há cogitar-se da observância do devido processo legal, albergada a fase alusiva ao exercício do direito de defesa”. No Mandado de Segurança nº 21.164-DF, o STF entendeu que o fato de o servidor público encontrar-se no gozo de licença para trato de interesses particulares não geraria direito líquido e certo de ver o respectivo cargo excluído do rol daqueles declarados como desnecessários (DJU, p. 3.054, 22 mar, 1991).

²⁷ Op. cit., p. 103.

²⁸ Parecer nº 74 (art. 37, 39 e 41) : Acumulação de proventos, regime jurídico único e remuneração e disponibilidade. Brasil. Congresso. Senado Federal. *Relatoria da revisão constitucional* : pareceres produzidos : histórico. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994. v. 3, p. 268.

Convém esclarecer que o afastamento do servidor estável posto em disponibilidade é transitório, precário, ainda que por prazo indeterminado. Costuma-se qualificar a situação do servidor disponível como sendo de inatividade, similar à situação gerada pela aposentadoria. Todavia, aposentadoria e disponibilidade devem ser encaradas como situações distintas, sem prejuízo de perceptíveis pontos de contato entre os dois institutos. Bem por isso, razão assiste a Carlos Ayres Britto, para quem os servidores em disponibilidade não são “aposentados temporários”, e sim “servidores temporariamente sem função”²⁹. Reproduzindo opinião emitida em 1929 pelo saudoso Ministro Octávio Kelly, lembrado pelo Ministro Paulo Brossard em seu voto na ADIn nº 313-DF, o servidor disponível é “um funcionário ativo, em exercício virtual” (RTJ, n. 137, p. 1007)³⁰.

Em assim sendo, a disponibilidade encerra um *afastamento remunerado do servidor estável do exercício de suas funções*. Porém o “desligamento” é absolutamente circunstancial e provisório e decorre (com exceção do artigo 93, inciso VII, da Constituição) tão-somente de três hipóteses: (i) extinção do cargo, (ii) declaração de sua desnecessidade, e (iii) reintegração de servidor ilegalmente demitido, diante da impossibilidade do ocupante atual do cargo ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado ou aproveitado em outro similar. Configurada uma dessas situações, o servidor público passa a não mais desempenhar suas funções, mas não indefinidamente, pois deve aguardar que o Poder Público promova o seu *adequado aproveitamento*, quando então voltará a exercer funções compatíveis com aquelas relativas ao cargo do qual era titular. Pode ocorrer também a

²⁹ O regime constitucional dos proventos da aposentadoria do servidor público efetivo. *Gênesis : Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 3, n. 10, p. 644, jul./set. 1996. Defende que o disponível faz jus a vencimentos, uma vez que “em nenhum dos seus dispositivos a Lei Fundamental da República prescreve que o servidor em disponibilidade é pago pela forma proventual” (Ibidem, p. 645).

³⁰ Por seu turno, o Ministro Mário Guimarães, no voto proferido no Recurso Extraordinário nº 19.466 sustentou que na aposentadoria o afastamento do servidor é definitivo, ao passo que na disponibilidade a situação é presente e provisória. Aduz que o “funcionário está válido” e, em razão de “dificuldades de administração, ou qualquer outro motivo, que compete ao próprio Estado resolver, se vê afastado temporariamente” (RDA, n. 40, p. 42).

revitalização do cargo objeto de declaração de desnecessidade.

Um dado a ser considerado diz respeito às previsões inseridas em diversos estatutos de servidores, as quais estabelecem que o servidor em disponibilidade pode aposentar-se voluntariamente, sendo possível também ocorrer a aposentadoria compulsória, nos casos previstos na Constituição de 1988³¹. Por outro lado, insta destacar que o servidor em disponibilidade encontra-se subordinado às proibições constitucionais de acumulação de cargos públicos (art. 37, incisos XVI e XVII; art. 38). Em contrapartida, com fundamento no princípio constitucional da moralidade, tem-se por incompatível com a situação de disponibilidade remunerada o exercício de qualquer outra atividade que configure vínculo empregatício do servidor disponível, ou simplesmente geradora de fonte de renda.

7. A remuneração na disponibilidade

Sem dúvida, o ponto mais controvertido do regime afeto ao instituto ora enfocado reside na determinação do critério a ser adotado para o pagamento da remuneração ao servidor disponível.

Impende explicitar que a atual Constituição da República é silente quanto à proporcionalidade ou integralidade da remuneração devida, tendo ocorrido divisão na doutrina quanto ao critério que melhor coadunar-se-ia com a sistemática constitucional.

Favoráveis à proporcionalidade são Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Diógenes Gasparini, Adilson Abreu Dallari e Tércio Sampaio Ferraz Jr., entre outros. No rol dos defensores da integralidade da remuneração, evocam-se José Afonso da Silva, Sérgio de Andréa Ferreira, Lúcia Valle Figueiredo, Ivan Barbosa Rigolin, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto

Os argumentos destinados a comprovar a

retribuição proporcional ao tempo de serviço são basicamente três: (i) o princípio constitucional da irredutibilidade (art. 37, inciso XV) referir-se a *vencimentos* e não a *proventos*; dada a sua “inatividade provisória” o servidor em disponibilidade perceberia proventos, e não vencimentos, podendo ocorrer a redução da retribuição; (ii) o Texto Constitucional, em diversas situações, prevê a aposentadoria com proventos proporcionais (art. 40, incisos I, *in fine*; II e III, *c e d*), não sendo justo aplicar-se o critério da integralidade à remuneração dos disponíveis, e (iii) o § 3º do artigo 40 estipula que “o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade”, deixando claro que em ambas as hipóteses a retribuição deverá ser calculada a partir do tempo de serviço efetivo do servidor.

É preciso enfatizar que o afastamento do servidor colocado em disponibilidade é precário e cessa tão logo seja realizado o seu aproveitamento. O tempo de disponibilidade conta-se para fins de aposentadoria, o que afasta a identidade das situações. Por outro lado, mesmo temporariamente desligado do serviço público, mantém-se o vínculo com a administração, continuando o disponível a perceber *vencimentos*, e não *proventos*, estes reservados àqueles em estado definitivo de inatividade, ou seja, *aposentados*. Além disso, o entendimento jurisprudencial dominante é que a cláusula constitucional da irredutibilidade protege a remuneração como um todo, em seu montante real e global, e não simplesmente o *vencimento-base*³². Por derradeiro, irradia do art. 40, § 4º, da CF a unicidade de tratamento entre vencimentos e proventos, descabendo estabelecer distinção entre as retribuições, notadamente com o escopo de legitimar a redução dos proventos.

Com relação às situações elencadas na Constituição de 1988 como hábeis a ensejar a aposentadoria do servidor, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, impõe-se considerar que, em sua grande parte, dependem

³¹ No Mandado de Segurança nº 21.221-DF, o SFT decidiu pela ilegalidade do ato que colocou em disponibilidade servidor que havia completado a idade necessária à aposentadoria compulsória (DJU, p. 8.428, 5 jun. 1992). Na esfera federal, conferir as Orientações Normativas nº 74 e 109, do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Federal (DOU, 1º fev. 1991 e 27 maio 1991, respectivamente).

³² Conferir os seguintes arestos do STF: AgRegSS nº 605-SC (DJU, p. 9.730, 29 abr. 1994), REx nº 100.818-SP (DJU, p. 18.267, 16 jun. 1995) e REx nº 183.700-PR (DJU, p. 48.731/732, 6 dez. 1996), além da ADIn nº 313-DF (RTJ, n. 137, p. 984). No STJ, consultar MS nº 941-DF (DJU, p. 17.503, 2 dez. 1991), MS nº 834-DF (DJU, p. 1.351, 17 dez. 1992) e ROMS nº 5.420-MT (DJU, p. 9.280, 10 abr. 1995).

da vontade expressa do servidor para se concretizar. Em alguns casos de invalidez permanente e na compulsória (art. 40, inciso I, *in fine*, e inciso II, respectivamente) foi opção do constituinte determinar que os proventos fossem proporcionais. A valoração (ou desvalorização) constitucional dessas causas de aposentadoria não teria o condão de estabelecer, por si só, a proporcionalidade dos vencimentos na disponibilidade³³. Insta reprimir que aposentadoria e disponibilidade são institutos distintos, têm causas distintas e surtem efeitos distintos, devendo ser igualmente distintas as suas disciplinas normativas. Tanto é assim, que ao Tribunal de Contas da União não compete apreciar a legalidade do atos declaratórios de disponibilidade, ao contrário do que ocorre com os atos concessivos de aposentadoria, reformas e pensões (CF, art. 71, inciso III).

Finalmente, o argumento mais sólido, ou seja, o comando constitucional do art. 40, § 4º. É possível inferir outras finalidades do dispositivo assinalado, mais consentâneas com o aspecto fundamental que a Lei Maior imprimiu à disponibilidade, ou seja, garantia especial do servidor público estável. O preceito indigitado visaria estipular o cômputo recíproco do tempo de serviço para fins de aquisição do próprio direito à disponibilidade. A disponibilidade advém da estabilidade, e esta quer significar *direito de permanência no serviço público*. Assim sendo, o servidor estável, investido em novo cargo de esfera federal distinta ou mesmo da esfera idêntica, não estaria dispensado de cumprir o estágio probatório nesse novo cargo, podendo inclusive ser exonerado *ex officio*, desde que motivadamente. Entretanto, por ser estável no serviço público, teria direito a ser colocado em disponibilidade, independentemente da conclusão do biênio³⁴.

Outra interpretação é a conferida por Carlos Ayres Britto. Segundo o autor, o preceito ora enfocado, quando refere-se à disponibilidade, traduz a vontade constitucional

“de que o servidor não está impedido de averbar todo o seu tempo de serviço

³³ Contra a opinião manifestada, cf. FERRAZ JR., op. cit., p. 108.

³⁴ Esta é a posição firmada pelo STF no julgamento do REEx nº 19.466 (Relator: Ministro Mário Magalhães. RDA, n. 40, p. 44, abr./jun. 1955). Pertinente nesse aresto é o voto do Ministro Ribeiro da Costa no sentido de que “a Constituição [de 1946] diz apenas ‘remunerada’, não diz menos remunerada, nem mais remunerada; só pode ser ‘remunerada’ com os próprios vencimentos” (RDA, n. 40, p. 46).

público ao período em que permanecer no aguardo aproveitamento. Cuida-se, então, de simples autorização da soma do *tempo de serviço real* (o anterior à disponibilidade) com o *tempo de serviço ficto* (o que se passa no curso da disponibilidade), na perspectiva da futura reinvestidura. Sem falar que essa averbação bem pode ser aproveitada para outros fins, a depender da política legislativa comum que se adote para o servidor público”³⁵.

Sérgio de Andréa Ferreira defende que a contagem recíproca do tempo de serviço será considerada para os fins de aposentadoria voluntária ou compulsória do servidor em disponibilidade³⁶.

Enumerados os argumentos favoráveis e desfavoráveis, sustenta-se que o critério da integralidade da remuneração emerge diretamente da Carta de 1988. Durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, procurou-se imprimir a proporcionalidade dos vencimentos da disponibilidade (1º Substitutivo, art. 63, inciso IV), critério expurgado no 2º Substitutivo (art. 44, § 3º) e que finalmente foi afastado na aprovação do texto definitivo (art. 41, § 3º). Por ocasião da Revisão Constitucional, mediante o Parecer nº 74, da lavra do então Deputado Federal Nelson Jobim, perseguiu-se o mesmo intento, mas sem sucesso³⁷. Assim sendo, resta claro que a vontade do legislador constituinte foi a de privilegiar o caráter alimentar dos vencimentos do servidor público, qualidade reforçada pela vedação de redução dos vencimentos (art. 37, inciso XV), garantia que deve ser respeitada pelo Poder Público, mormente se for considerado o fato de que o servidor estável não concorreu para a sua dispensa. Conseqüentemente, o legislador infraconstitucional não está habilitado a estipular – validamente – o critério da proporcionalidade dos vencimentos da disponibilidade do servidor público.

7.1. A posição do Supremo Tribunal Federal

Sem prejuízo das posições assinaladas, cabe afirmar que o STF editou a Súmula nº 358,

³⁵ Op. cit., p. 646.

³⁶ *Comentários...*, p. 481.

³⁷ Para o autor do parecer, “a adoção de remuneração integral para o servidor em disponibilidade é, portanto, injusta, em relação aos titulares que permanecem no exercício de suas funções, descabida, por falta de suporte bastante, e inadequada, em relação ao próprio instituto da estabilidade”. BRASIL. Congresso. Senado Federal. op. cit, p. 269.

cujos enunciados defendem a integralidade dos “vencimentos” do servidor posto em disponibilidade, e isso sob a égide da Constituição da República de 1946. Além de disciplinar o instituto da disponibilidade de forma idêntica à Constituição em vigor, pois silenciava acerca da integralidade ou proporcionalidade da retribuição, a Lei Maior de 1946 continha norma idêntica a inserida no art. 40, § 3º, da atual Constituição. A validade desse entendimento sumular foi declarada, no julgamento da ADIn nº 313-DF (RTJ, n. 137, p. 984). No aspecto terminológico, adotou-se o termo *vencimentos* para traduzir a remuneração percebida pelo servidor posto em disponibilidade. Em relação aos valores, decidiu-se por sua integralidade, com base na doutrina minoritária e jurisprudência do próprio Tribunal, o que afeta principalmente a Constituição de 1946.

Ainda que se discorde da orientação fixada pelo Excelso Pretório, é preciso fazer-lhe deferência. Até uma revisão desse posicionamento, esta é a interpretação que prevalece. Por conseguinte, a retribuição haverá de ser integral.

7.2. As vantagens excluídas dos vencimentos de disponibilidade

Finalmente, é importante notar que os vencimentos percebidos pelo servidor disponível não são rigorosamente iguais aos percebidos na ativa. É que, mesmo provisória ou temporariamente, o servidor não está no pleno exercício de suas atividades. A disponibilidade elide o *efetivo exercício*, pois ocorre a interrupção do exercício das atribuições inerentes ao cargo. Por via de conseqüência,

“parece claro que na remuneração em disponibilidade não estão incluídas as vantagens decorrentes do *exercício* do cargo perdido, mas permanecem todas as demais, de caráter pessoal, atribuídos ao servidor”³⁸.

Portanto, no que tange às gratificações, somente aquelas que já foram incorporadas ao vencimento-padrão, por determinação legal ou razão diversa, bem como as de ordem estritamente pessoal, é que não podem ser despreendidas da remuneração de disponibilidade: salário-família, adicionais por tempo de serviço e todas as gratificações ou vantagens de caráter permanente, sobretudo. Tem-se por coerente a percepção da chamada gratificação natalina ou “décimo terceiro salário”. Todavia, even-

tuais gratificações de “prêmios de produtividade”, regência de classe, representação de gabinete, adicionais de insalubridade e periculosidade, e todas aquelas que pressupõem o efetivo exercício do cargo, devem ser dispensadas. O pagamento de terço de férias, além da disciplina referente às licenças especiais, estão, por razões óbvias, igualmente descartadas³⁹.

8. A figura do aproveitamento

O aproveitamento é uma forma de provimento derivado, mediante a qual o servidor público estável colocado em disponibilidade reingressa à atividade em cargo diverso, mas desempenhando funções e percebendo vencimentos compatíveis com o cargo anteriormente ocupado. Todavia, sendo revogado o ato que declarou a desnecessidade do cargo, haverá o revigoramento do feixe de atribuições a ele inerentes, com o obrigatório aproveitamento do servidor público titular da mesma vaga.

A Constituição de 1988, no § 3º do art. 41, alude a um *adequado aproveitamento*. Tércio Sampaio Ferraz Jr. assevera que a expressão constitucional significaria

“aproveitamento conforme as qualificações do servidor – sentido subjetivo – mas também conforme as necessidades da Administração – sentido objetivo. Não se pode, assim, aproveitar o servidor para um cargo inadequado às suas qualificações (um médico tornar-se enfermeiro-chefe), mas também não exige que a administração se transforme e se altere apenas para reaproveitar o servidor (criar-se um cargo de médico só para reaproveitar o médico em disponibilidade)”⁴⁰.

Do direito de ser adequadamente aproveitado no serviço público surge o direito de não ser preterido, desde que configurada a criação de cargos semelhantes ou ainda a vacância de cargos, aliada à necessidade da Administração Pública em preenchê-los. Poderá ser tornado sem efeito o aproveitamento, bem como cassa-

³⁹ A respeito, consultar MACEDO, Marina Mariani de. Disponibilidade : parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 206-207, out./dez. 1987. No âmbito federal, cfr. Ofício Circular nº 985, da Secretaria da Administração Federal (DOU, p. 13.700-701, 18 jul. 1990, Seção 1).

⁴⁰ *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 109 : Servidores públicos postos em disponibilidade.

³⁸MOREIRA NETO, op. cit., p. 212.

da a disponibilidade, se o servidor, uma vez chamado a retornar à atividade, não o faça no prazo assinalado, sem justificativa (art. 32 da Lei federal nº 8.112/90). Vale frisar que o servidor não poderá, ao reverso, ser impelido a aceitar um cargo com características visivelmente discrepantes daquele antes ocupado.

Portanto, com as ressalvas acima apontadas, extrai-se da natureza da disponibilidade o caráter obrigatório do aproveitamento do servidor, desde que haja a necessidade de preenchimento de uma vaga com características (funções e vencimentos, sobretudo) similares ao cargo antes ocupado⁴¹.

9. Disponibilidade e Reforma Administrativa

Observa Odete Medauar que a estabilidade “expressa o direito ao cargo *pelo modo como poderá ser perdido*”⁴². Na atual sistemática constitucional, a extinção da relação do servidor estável com a Administração Pública advirá unicamente de duas situações: sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que lhe seja garantida a ampla defesa (CF, art. 41, § 2º). Reside precisamente aqui o ponto central das alterações perseguidas pela denominada “Reforma Administrativa”, no que diz respeito ao regime constitucional dos servidores públicos. Pretende-se flexibilizar a noção de estabilidade, ampliando as formas pelas quais o vínculo do *servidor estável* poderá ser legitimamente rompido.

As mudanças pretendidas encontram-se atualmente em fase de discussão parlamentar na Câmara dos Deputados em torno do substitutivo apresentado pelo relator da PEC nº 173-A/95, Deputado Moreira Franco. Em síntese apertada, objetiva-se (i) aumentar o prazo do estágio probatório de dois para três anos (a intenção original era de cinco anos); (ii) instituir a

⁴¹ Impõe-se fazer menção à Súmula 39 do STF, cujo enunciado estabelece que “*à falta de lei, funcionário em disponibilidade não pode exigir, judicialmente, o seu aproveitamento, que fica subordinado ao critério de conveniência da administração*”. A súmula foi aplicada pelo STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 318-PA (DJU, 19 nov. 1990). Ocorre que tratava-se de disponibilidade de magistrado, evidenciada a natureza disciplinar do instituto. Sem embargo, afóra essa hipótese, entende-se que, desde que presentes as condições determinantes do aproveitamento do servidor, este poderá utilizar-se da via judicial para ter observado seu direito.

⁴² *Direito administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 301 (grifos nossos).

demissão por *insuficiência de desempenho*, mediante processo de avaliação periódica, na forma da lei, e (iii) criar a figura da demissão por *excesso de quadros*, como meio de efetuar a reestruturação de pessoal, ou sempre que a despesa com pessoal ativo e inativo exceder os limites fixados em lei complementar.

Particularmente quanto à disponibilidade, busca-se o critério da proporcionalidade da remuneração, de acordo com o tempo de serviço. O conjunto dessas mudanças, caso aprovadas, caracterizará um autêntico retrocesso na evolução do instituto, surtindo ao menos três efeitos imediatos.

Em primeiro lugar, esvazia por completo a essência da noção da disponibilidade remunerada, ou seja, garantia do servidor estável. Se o funcionário contar, por exemplo, com três anos e um mês de serviço público, sua remuneração será reduzida a valores insignificantes, que decididamente servirá de fundamento a não permanência do disponível nos quadros da Administração. Outro argumento é que a disponibilidade dos servidores será uma alternativa de difícil utilização na prática, uma vez que um instrumento mais valioso, como urge ser a *demissão por excesso de quadros*, certamente será aplicado pelas Administrações Públicas. Ademais, desvirtua-se totalmente o instituto, pois seu emprego passa a ser visto como atraente mecanismo de coação e pressão política, aniquilando os parcos atributos da “nova” estabilidade que se busca adotar com a reforma administrativa e reduzindo drasticamente a independência funcional dos servidores públicos.

10. Conclusões

Em síntese, são essas as ilações finais em torno da disponibilidade remunerada dos servidores públicos:

1. As semelhanças entre a situação do servidor disponível e aquela vivenciada pelo servidor aposentado não implicam, e muito menos justificam, a configuração de um pretense “regime jurídico unitário” para tratamento dos dois institutos, sob pena de restar descaracterizada a essência da disponibilidade remunerada dos servidores públicos;

2. A Carta de 1988 qualificou a disponibilidade remunerada como uma garantia especial dos servidores públicos detentores de estabilidade; é a partir dessa premissa estabelecida constitucionalmente que deve ser desenvolvida tanto a tarefa de regulamentação normativa quanto a de teorização acerca do instituto;

3. A disponibilidade remunerada advém igualmente da vitaliciedade, inerente a alguns cargos; com relação aos magistrados traduz também, e em caráter excepcional, uma medida de ordem disciplinar, nos termos do art. 93, inciso VIII, da Lei Maior;

4. Atendidos precisos e objetivos critérios fixados em lei, e desde que de modo expressamente motivado, o Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal possa declarar a desnecessidade de um cargo público, por intermédio da edição de decreto; decidindo-se pela extinção dos cargos, em razão do princípio do paralelismo ou homogeneidade das formas, é necessária a edição de lei, cuja iniciativa compete às mesmas autoridades;

5. A situação de afastamento gerada pela disponibilidade é provisória, temporária e precária, e obrigatório o adequado aproveitamento do servidor disponível;

6. A remuneração da disponibilidade é composta por vencimentos (e não proventos) integrais, conforme extrai-se do Texto Constitucional, entendimento aliás corroborado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 313-DF (DJU p. 5.722, 30 abr. 1992), excluídas certas vantagens em virtude da ausência de *efetivo exercício*.

7. As alterações sugeridas no substitutivo da PEC nº 173-A/95, notadamente em relação à inserção do critério da proporcionalidade dos vencimentos, aniquilam a concepção garantista da disponibilidade remunerada dos servidores públicos, configurando lamentável retrocesso na evolução histórica do instituto.

Bibliografia

- BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Relatoria da revisão constitucional* : pareceres produzidos : histórico. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994. v. 3.
- . Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* : quadro comparativo. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.
- Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos proventos da aposentadoria do servidor público efetivo. *Gênese : Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba, v. 3, n. 10, p. 631-648, jul./set. 1996.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- DEGRAZIA, Osvaldo Flávio. O servidor público e a disponibilidade : direitos e garantias. *Lex : Jurisprudência dos Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, v. 6, n. 59, p. 9-13, jul. 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 1996.
- DUTRA JR., Adhemar F. *Administração pública e estabilidade* : estudo. Brasília : Câmara dos Deputados, Assessoria legislativa, 1995. Não publicado.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 105-109: Servidores públicos postos em disponibilidade.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- GARCIA, Flávio Amaral. Estabilidade e reforma constitucional. *Boletim Legislativo ADCOAS*, São Paulo, v. 30, p. 217-219, mar. 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- MACEDO, Marina Mariani de. Disponibilidade : parecer. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 206-207, out./dez. 1987.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Célia Cunha. Extinção e declaração de desnecessidade de cargo público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 7, p. 382-394, jul. 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- . *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Magno Antônio Correia de. *Burocracia, modernidade e reforma administrativa*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis* : Lei nº 8.112, de 11.12.1990. São Paulo : Saraiva, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- TÁCITO, Caio. A disponibilidade na Constituição de 1988 : parecer. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 94-100, out./dez. 1990.
- . Disponibilidade remunerada : parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 48-52, jul./set. 1990.

