DESEMBARGADOR — DISPONIBILIDADE — LICENÇA-PRÊMIO

— O desembargador pôsto em disponibilidade não tem direito à licença-prêmio.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Washington de Barros Monteiro *versus* Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Mandado de segurança nº 133.444 — Relator: Sr. Desembargador Coelho de Paula

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 133.444, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Washington de Barros Monteiro e impetrado o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Acordam, em impetrado o egrégio Tribunal de Justiça Estado, por maioria de votos, denegar a segurança, pagas as custas pelo impetrante, e adotado o relatório de fls. dos autos como parte integrante dêste.

O impetrante viu desatendida sua pretensão, por decisão administrativa dêste tribunal.

E, contra a mesma, era admissível o mandado de segurança, mercê da regra

contida no § 1º, do art. 3º, da Lei estadual nº 2.554, de 1954, com a redação dada pela de nº 4.580, de 1958, visto como encerrara, naquela esfera, a questão.

Mas, no caso, desmerecia guarida.

Certo que a disponibilidade do impetrante, de todo lastimável, tinha um caráter por assim dizer especial, visto decorrer do fato de já ter um irmão integrando êste tribunal.

Nem por isso, no entanto, ficava livre da sua conseqüência básica que era o afastamento da função, como bem esclarecera o parecer reproduzido a fls. dos autos, e ensina Temístocles Cavalcânti (*O Funcionário Público e o seu Estatuto*, página 334.)

E, nessa situação, não prestava qualquer serviço público, nem lhe incumbiam os deveres decorrentes do exercício: a assiduidade, a diligência.

Assim, as vantagens que o decreto de disponibilidade lhe assegurara só podiam ser aquelas compatíveis com dita situação, e as que já tivesse, antes, adquirido.

Mesmo porque, se constitucional era tal disponibilidade, porque prevista na Lei Máxima do País (Constituição federal de 1946, arts. 96, nº I, e 124, nº VII) e no Regimento Interno dêste tribunal (art. 38, e parágrafo), tanto que o impetrante não se animara a combatê-la, também as restrições aos direitos funcionais da mesma decorrentes tinham que ter o mesmo caráter.

Ora, para fazer jus à conversão da licença-prêmio em pecúnia devia o impetrante ter direito a tal licença, o qual, como é óbvio, tinha como pressuposto o exercício do cargo (Consolidação das leis referentes aos funcionários públicos civis do Estado, aprovada pelo Decreto estadual nº 41.981, de 1963, art. 502, *in Revista dos Tribunais*, págs. 335/565), visto constituir, como sua própria denominação indicava, um prêmio pela freqüência e pela operosidade.

E, se êle não tinha tais deveres, como conceder-lhe a licença aludida, pondo-o na mesma situação do servidor em atividade, obrigado à observância dos mesmos, para poder obtê-la?

Demais, quem está em gôzo perene de licença, a que se pode identificar a disponibilidade, não pode querer outra licença paralela.

E a conversão em pecúnia significa que o funcionário prefere, ao invés do descanso, a permanência no trabalho.

Como conciliar tal permanência com a situação do impetrante, afastado do serviço público?

Doutra parte, quando o funcionário em exercício troca o seu direito à licença aludida por dinheiro, renuncia à mesma, e fica trabalhando.

O que não poderia fazer o impetrante, dado o caráter permanente do seu afastamento, a evidenciar, também, que não poderia pretender aquêle benefício, sob pena de se aplicar, às avessas, o princípio constitucional da isonomia.

Nem o fato do Regimento Interno já citado dizer, no nº III, do seu art. 154, que o tempo de disponibilidade será contado como de serviço ativo teria fôrça para alterar tudo isso.

É que essa expressão regimental não se poderia sobrepor à própria natureza do instituto (disponibilidade), que exclui a atividade na função pública, devendo, por isso, ser interpretado de forma a não se chocar com o mesmo.

Ainda tal situação era mui diversa das outras, previstas na lei geral dos funcionários públicos civis, considerando como de efetivo o exercício o tempo de férias, o de luto e o de casamento, o de convocação para o serviço militar, o do Júri, e outros, previstos no art. 277, da mesma lei.

Pois, nesses casos, o afastamento temporário decorre de motivos diversos, quais

sejam, a necessidade do descanso, por fatôres pessoais ou decorrentes do próprio serviço, o tempo da mudança, o estudo destinado a melhorar o nível do funcionário etc.

Ao passo que o afastamento do impetrante tem como fator a incompatibilidade para a função, decorrente de parentesco próximo com outro integrante do tribunal, mas sem similaridade mais próxima com qualquer daquelas.

O que será suficiente para impedir sua colocação no mesmo pé de igualdade, mesmo porque a ficção do exercício, admitida naqueles casos, o é porque está na lei, mas não autoriza o intérprete a estendê-la, visto como, constituindo exceções à regra, não podem deixar de ter interpretação restrita.

Tampouco a exclusão do direito em questão colide com a vitaliciedade do impetrante, pois, se assim fôsse, também a disponibilidade estaria na mesma situação, o que êle não se animou a dizer.

Muito menos tal corte atinge a irredutibilidade dos seus vencimentos, pois êsses os continua êle a receber, com os aumentos decorrentes de medida geral (Consolidação citada, art. 542).

E, reconhecida a regularidade do afastamento, se impunha dizer o mesmo das restrições dêle decorrentes, sem quebra de qualquer garantia constitucional, porque, como já se disse, também assentava a Lei Máxima do País.

Aliás, assim já decidiu êste tribunal, em casas similares, demandados pelos juízes Geraldo Dente Neves e Fernando Scalamandré Sobrinho.

De se negar, portanto, a segurança, pagas as custas pelo impetrante.

São Paulo, 24 de junho de 1964. — *Martins Ferreira*, Presidente vencido. — *Coelho de Paula*, Relator. — *Pinto do Amaral*. — *Otávio Lacôrte*. — *Samuel Mourão*. — *Alcides Faro*. — *Pinheiro Machado*. — *Tomás Carvalhal*. — *Carvalho Pinto*. — *R. F. Ferraz de Sampaio*. — *J. B. de Arruda Sampaio*. — *Ulisses Dória*. — *Cerqueira Leite*. — *Paulo Otaviano*. — *Cruz Neto*, vencido. — *Dimas de Almeida*. — *Maldonado Loureiro*. — *Almeida Bicudo*. — *Lafayette Sales*. — *Campos Gouveia*. — *Batalha de Camargo*. — *Azevedo Júnior*. — *Corrêa Fragoso*. — *Chiaradia Neto*. — Foi voto vencedor o do Desembargador O. Gonzaga Júnior. — *Marcos Nogueira Garcez* — *Martiniano de Azevedo*. — *O. A. Bandeira de Melo*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: Os princípios basilares da vida da magistratura são os relativos à vitaliciedade, à irredutibilidade dos vencimentos e à inamovibilidade dos seus membros. A disponibilidade é o ato jurídico-administrativo pelo qual se coloca o titular de um cargo fora da prestação do serviço relativo àquele cargo.

Extinto o seu cargo do rol dos quadros da ativa, fica em disponibilidade, e passa êste a fazer parte de um quadro em apartado. Ora quem se acha em disponibilidade não está na situação jurídica de prestação efetiva do serviço. Mas uma coisa é prestação efetiva do serviço, e outra é estar no exercício do cargo, pois posso estar no exercício do meu cargo e não estar na prestação efetiva do serviço. Quem o diz é a própria legislação que cogita das vantagens concedidas por licença-prêmio. Mas, não é só a legislação, é a doutrina também. Ao indagar-se o momento em que um funcionário entra em exercício, não se pretende saber quando o funcionário começa a prestar o seu serviço, pois pode entrar em exercício e não fazer serviço algum. Um chefe pode, por má vontade, recebê-lo na repartição e não lhe dar serviço algum, e, entretanto, êle está em exercício, porque se encontra à disposição da Administração pública para prestação das atividades que competem ao seu cargo.

Quando ainda não tinha a honra de fazer parte dêste egrégio Tribunal de Justiça do Estado, tive ocasião de dar parecer, consultado por um ilustre juiz da Justiça do Trabalho sôbre a questão da contagem do

seu tempo de serviço. Tratava-se da seguinte hipótese: um juiz substituto da Justiça do Trabalho, nomeado, se colocara à disposição desta para a prestação do seu serviço. Naquela época pela lei que regia a matéria, tinham uma situação análoga à que têm hoje, os juízes substitutos na Justiça Comum de São Paulo, porque eram lotados em determinadas seções e lá designados para substitutos das respectivas Varas. Êsse juiz nomeado, tomou posse e colocou-se à disposição da seção em que fôra lotado para prestação de serviço. Outro, nomeado um mês depois, tomou posse e colocou-se também à disposição da seção em que fôra lotado para prestação de serviço. Aconteceu que nas Varas da sua seção, nenhum dos juízes titulares entrou em férias ou licença, e êle, então, não começou a prestar, desde logo, nenhum serviço. Porém, se achava em exercício, a meu ver, porque se encontrava à disposição da Justiça do Trabalho. Já na seção do outro havia juiz em licença ou férias. Então, começou imediatamente a prestar serviço, antes do primeiro referido. Surgiu, na Justiça do Trabalho, discussão para saber qual era o juiz mais antigo, e não tive dúvida em opinar que o mais antigo era aquêle que se colocara antes à disposição da Justiça do Trabalho, embora não tivesse prestado serviço algum, porquanto não ocorreram circunstâncias de fato para isso, e não obstante o segundo tivesse começado a prestar seus serviços antes. O que caracteriza a entrada em exercício, não é a prestação efetiva do serviço. Mas, colocar-se à disposição da repartição para prestá-lo.

Esta direção esclarece o conceito de disponibilidade: situação jurídica de funcionário afastado da prestação do serviço do seu cargo, mas à disposição da repartição para prestá-lo sempre que convocado para isso, como determina a legislação a respeito. Por conseguinte, sempre que fôr convocado está obrigado a prestar o serviço que lhe fôr exigido. Constitui dever dêle o respeito, em contraposição a direito do Estado poder. Daí a conseqüência tirada do dispositivo da lei que rege a espécie. O que diz a lei? Que é preciso estar em exercício ininterrupto. Pois bem, aquêle que se encontra em disponibilidade se acha em serviço ininterrupto. Não se encontra prestando o seu serviço, mas está em exercício ininterrupto.

Não deixaria de existir a garantia da inamovibilidade dos juízes, e a própria vitaliciedade se os governos pudessem extinguir ao seu bel-prazer os quadros da magistratura e, colocar os juízes em disponibilidade, e, concomitantemente, lhes negar os direitos que, quando na ativa, têm, entre os quais o de licença-prêmio? Nenhum direito pode ser negado ao juiz, desde que a lei não o prive de maneira expressa e absoluta. Ora, a lei não o diz que o juiz em disponibilidade não tem direito à licença-prêmio. Exige apenas o exercício ininterrupto. Ora, como se viu, quem se acha em disponibilidade se encontra em exercício ininterrupto do cargo não obstante não esteja prestando o seu serviço. Tanto isso é verdade que o Regimento Interno dêste Tribunal e a Legislação que rege a situação da magistratura mandam, ambos, contar, para todos os efeitos de direito, o tempo de serviço em disponibilidade. Por isso, na classificação dos juízes, quanto à antigüidade, se conta todo o tempo em que estêve em disponibilidade. Se êsse tempo se considera como de exercício para efeito de antigüidade, não se pode deixar de considerar o exercício ficto do cargo, quando em disponibilidade, porque se tem como em exercício, no desempenho da sua atividade, apesar de em disponibilidade. E a lei manda que se conte como de efetivo exercício, como se tivesse até prestado serviço, tanto assim que êle se coloca e se classifica como mais antigo, em razão, justamente, daquele tempo em que êle estêve afastado, em disponibilidade.

Por conseguinte, a situação em disponibilidade é uma situação de exercício ficto, ao menos para o magistrado, quer dizer, que se encontra à disposição da repartição para pretação de serviço, embora não tenha prestado êsse serviço. Para prestar serviço, era só convocá-lo. É suficiente ler a lei que rege a matéria em aprêço, licen-

ça-prêmio, para se verificar que a expressão "exercício ininterrupto" nada tem que ver com "prestação de serviço". Basta dizer que expressamente, dispôs que "são considerados como de efetivo exercício as férias; o casamento, até 8 dias; o luto pelo falecimento de cônjuge; a convocação para o serviço militar, o Júri e outros serviços obrigatórios por lei; o exercício de funções de govêrno, na administração, em qualquer parte do território estadual, por nomeação do Governador; o exercício de funções de govêrno em administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República; a licença ao funcionário acidentado em serviço ou atacado por doença profissional"; e vai por aí adiante. Tem nada mais do que 14 itens o art. 277 da Consolidação das Disposições Legais vigentes relativas aos servidores públicos do Estado, em que se estabelece que são de efetivo exercício, para efeito de licença-prêmio, tôdas as hipóteses enumeradas.

Como, então, dizer-se que é preciso prestar serviço, quando há 14 hipóteses legais, expressamente consideradas como de efetivo exercício, em que, na verdade, inexiste qualquer prestação de serviço, e tão-sòmente o exercício ininterrupto, o exercício ficto, o exercício à disposição da repartição para prestação do trabalho?

Não se pode, por conseguinte, deixar de examinar o texto legal, que expressamente abre 14 exceções legais para os casos de efetivo exercício. Êle não previu a hipótese da disponibilidade, porque é uma legislação para funcionários em geral, que não têm as garantias da magistratura, que não gozam de inamovibilidade, de irredutibilidade dos seus vencimentos, e vitaliciedade quanto ao cargo. Essa legislação, que não foi feita para os magistrados, mas tão-sòmente para os funcionários que não têm aquelas mesmas garantias constitucionais, não podia por isso prever a hipótese, que deve ser considerada, entretanto, pelo intérprete.

Sem dúvida, o problema interfere com a vitaliciedade e com a irredutibilidade dos vencimentos e com a garantia de permanência no cargo. Quando o juiz deixa de exercer o cargo, por pôsto em disponibilidade, deve deixar de exercê-lo com tôdas as vantagens, que a lei a êle oferecia e venha a oferecer.

Não se argumente que a licença-prêmio não faz parte dos vencimentos dos magistrados. Tudo que fôr concedido ao magistrado se integra nos seus vencimentos. Aliás, os vencimentos dos magistrados são usados, na Constituição, no plural. A Constituição usou "irredutibilidade de vencimentos", porque ela entendeu que tudo aquilo, não só o que dissesse respeito ao padrão, o que dissesse respeito à referência, o que dissesse respeito à sua parte fixa, seria considerado vencimentos dos magistrados, como também vencimentos do magistrado seria considerado tudo aquilo que se lhes acrescesse, por uma determinada razão. E é por isso, que é irredutível, não só o padrão do vencimento, não só a referência dos vencimentos, não só a parte fixa que percebe o magistrado, como, também, irredutível é aquilo que êle recebe a título de adicional por tempo de serviço, aquilo que êle recebe como salário-família. Tudo aquilo que êle percebeu e que foi assegurado dentro de determinadas circunstâncias legais, a nova lei não pode alterar. E não pode alterar porque o princípio da irredutibilidade corresponde a tudo aquilo que é pago ao magistrado. Tudo aquilo que é pago ao magistrado, êle percebe como "vencimentos" no plural. Não é vencimento no sentido técnico, realmente, do Estatuto do Funcionário, que faz o vencimento corresponder ao padrão, à referência, mas é vencimento no sentido, justamente, que lhe deu a Constituição e que decorre da tradição do Direito Constitucional pátrio, que é tudo aquilo que percebe, a qualquer título, o magistrado.

Por conseguinte, se se colocar êsse dispositivo da Consolidação em confronto com o constante da Constituição federal, pertinente às garantias da magistratura, não se pode deixar de conceder esta segurança, reconhecendo-se que o magistrado em disponibilidade, conta para todos os

efeitos as vantagens do cargo, e, deve, também, ter direito a licença-prêmio, em reassumindo o seu cargo ou o pagamento em pecúnia dêsse período como permite a legislação.

No caso em espécie, há uma circunstância a mais: o legislador, ao colocar o requerente em disponibilidade, declarou expressamente, que seria colocado em disponibilidade, remunerada com tôdas as vantagens do cargo extinto. Entre as vantagens do cargo extinto está sem dúvida, o da licença-prêmio. Por conseguinte, não encontro, dentro dos textos legais, possibilidade, com a devida *venia* do Sr. Relator, e da douta maioria, fundamento para negar a segurança, para amparar êsse legítimo direito do impetrante líquido e certo.