JUIZ — DISPONIBILIDADE — LICENÇA-PRÊMIO

— O juiz em disponibilidade não tem direito a licença-prêmio, assim como a sua conversão em dinheiro.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Geraldo Dente Neves *versus* Tribunal de Justiça de São Paulo

Mandado de segurança nº 131.305 — Relator: Sr. Desembargador Nélson S. Franco

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes aumentos de mandado de segurança nº 131.305, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Geraldo Dente Neves, sendo impetrado o Exmo. Sr. Presidente do egrégio Tribunal de Justiça: Acordam em sessão plenária do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, denegar a segurança.

O bacharel Geraldo Dente Neves impetra o presente mandado de segurança contra o ato de S. Exa. o Sr. Desembargador Presidente do egrégio Tribunal de Justiça que lhe indeferiu o pedido de conversão da licença-prêmio em pecúnia, relativamente aos períodos de 5 anos, subseqüentes a 23 de fevereiro de 1943. Entende o impetrante que o fato de sua disponibilidade, resultante da extinção do cargo que ocupava, de Juiz de Direito adjunto, não interfere com a consideração de que continua em exercício efetivo para o efeito de licença-prêmio, e, conseqüentemente a conversão dela em pecúnia. A própria lei de extinção do cargo ocupado pelo impetrante assegurava as vantagens dos cargos extintos e entre elas se há de incluir a de que se trata. O Juiz de Direito em disponibilidade continua como se no exercício das funções do cargo. Por isso mesmo, lhe são concedidas outras vantagens como as da quarta parte, sexta parte e adicionais por tempo de serviço.

S. Exa. o eminente Sr. Des. Silos Cintra, então Presidente do egrégio Tribunal, prestou as informações de fls., com as razões do indeferimento, consubstanciadas no parecer acolhido pelo egrégio Tribunal, na decisão do pedido do Des. Washington de Barros Monteiro.

A ilustrada Procuradoria opinou pela denegação da segurança.

Como bem acentuou o parecer da ilustrada Procuradoria, não assiste razão alguma ao impetrante. A licença como as férias, pressupõem, como é de primeira intuição, o exercício das funções do cargo. Nelas

está insita a idéia do descanso corporal, com repercussão na eficiência do trabalho; ou a necessidade de tratamento de saúde, ou, ainda, no caso da licença-prêmio, sua concessão se explica precìpuamente pelo reconhecimento, fruto da experiência, de que se deve estimular o funcionário diligente, que se distinguiu pela assiduidade ao serviço. É preciso não esquecer que o Direito possui caráter instrumental. Não seria possível interpretar e aplicar uma lei, pondera Orlando Gomes, com desconhecimento do desprêzo da sua finalidade social (*Introdução ao Direito Civil*). E Roubier salienta que o estatuto dos funcionários se constitui num sistema "*de pouvoirs et de devoirs crées por la voie d'autorité en vue du bien commun et non pas pour le service d'intérets individuels*" (*Droit Subjet. et Sit. Jur.*, Dailoz, 1963, pág. 15). A proteção ao interêsse do funcionário é um efeito ou uma ação reflexa da proteção ao interêsse público, na advertência precisa do ínclito Francisco Campos (*Direito Administrativo*, 1943, pág. 114). E Jèze pontifica: *el regimen del servicio publico descansa sobre la supremacia del interes general* (*Princípios*, versão argentina, 1949, pág. 271).

Êstes princípios é que, na espécie, haverão de nortear o intérprete na procura da verdade. Como conceder uma licença-prêmio, fazendo tábula rasa dos fins superiores para que foi instituída? Impossível sua concessão a quem não a podia merecer, por uma impossibilidade material consistente no afastamento da função. É verdade que a disponibilidade, como ensina Tito Prates, não desincorpora o funcionário. Mas ensina também o pranteado administrativista que o funcionário em disponibilidade não presta serviço público, nem lhe incumbem os deveres decorrentes do exercício: assiduidade, diligência. Ora, se o impetrante não tinha o dever de assiduidade, que se traduz pela atenção ao emprêgo, como conceder-lhe a licença em questão, justamente conferida aos que pela assiduidade, diligência e atenção ao emprêgo a mereceram. É preciso considerar ainda que se o impetrante se considera investido no cargo, não o será, porém, nas funções respectivas. E a licença-prêmio, como as férias, dimanam diretamente do exercício das funções, mas exercício ininterrupto, como diz a lei, real e não imaginário. Poderia o autor gozar de licença-prêmio ou de férias durante a sua disponibilidade? Ninguém ousará afirmá-lo. De modo que, se êle não nas poderia gozar, impossível a substituição ou sua conversão em pecúnia. O que aos funcionários se concede, se estiverem nas condições legais, é o gôzo da licença-prêmio com a faculdade de sua conversão em pecúnia. É claro, porém, que uma coisa se converte em outra se, entre outros requisitos, é possível. Mas, no caso, é impossível a conversão porque impossível o gôzo da licença-prêmio.

O Direito se utilizou de um processo técnico, o da ficção jurídica, para dar como de efetivo exercício o tempo em que o funcionário esteja em disponibilidade. Mas, dessa ficção não se podem tirar outras conseqüências que não sejam as previstas em lei. A ficção, justamente pelo seu caráter, que consiste em dar como verdadeiro o que é imaginário, não pode gerar outras ficções.

Pretende-se extrair da circunstância da concessão dos adicionais o direito à licença-prêmio. Mas, as vantagens que a lei assegurou ao impetrante, ou são as resultantes da lei, ou da natureza das coisas. E há uma distinção muito grande entre a concessão dos adicionais e o da licença-prêmio. Esta, além do fator tempo, pressupõe a função e os deveres daí decorrentes. Por isso, a licença-prêmio é uma gratificação modal, como a denominou o ilustre Mendes de Almeida (*Revista dos Tribunais*, vol. 237/21). E, depois, que está em gôzo perene de licença, a que se pode identificar disponibilidade, pelo menos na sua realidade visível, não pode querer outra licença paralela. A conversão em pecúnia significa que o funcionário prefere permanecer no trabalho. Como conciliar essa permanência no trabalho com a situação de disponibilidade, em que se encontra o impetrante? Não será um atentado ao princípio filosófico da identidade, ou não contradição?

E há uma consideração que bem situa o problema e dá-lhe a solução adequada.

Os vencimentos, e assim tem sido geralmente reconhecido, têm caráter alimentar, como assinala Menegale (*Direito Administrativo*, 3ª ed., 1957, pág. 148). *E consecuencia práctica del carácter alimentário del sueldo, prelecciona Bielsa, es que éste debe ser pagado sin interrupción y, por tanto, aun cuando se interrumpa el servicio...* (*Compendio de Derecho Publico*, II/136, 1952). Mendes de Almeida retrilha o mesmo pensamento: "A licença-prêmio consiste na ausência legal ao serviço público... Se é, pois, ela ausência legal, durante o tempo em que ocorre, não perde o funcionário um real de seu vencimento, nem o tempo de serviço correspondente" (*op. e loc. cits.*).

Está precisamente aí o *punctum saliens* da questão. Ausência legal, durante certo lapso de tempo, sem perda de sequer um real. Mas, é êsse precisamente o caso atual do impetrante: ausência legal, sem perda dos vencimentos do cargo. Que mais, portanto, pode êle requerer?

Insiste-se: a licença-prêmio é uma concessão administrativa, que implica nisto: admitir que o funcionário se ausente do serviço, sem perda dos vencimentos. Mas, o impetrante porventura não está rigorosamente em semelhante situação jurídica? Se fôsse pago novamente, haveria um *bis in idem*, que afrontaria o interêsse geral, afrontando a finalidade para que foi ideada a licença.

O pagamento ininterrupto, recebe-o o impetrante, que não trabalha, não exerce função, não está sujeito aos deveres do cargo, ao revés, está livre para se dedicar a outros misteres, a que empresta, aliás, o brilho da sua inteligência e a segurança da sua inteireza moral. Se o impetrante interrompeu o serviço, não obstante êle vem sendo pago como se no exercício real das funções. Que justificativa haverá para pagar-lhe duplamente, quando os outros funcionários só recebem uma vez? É certo que, à primeira vista, parece que na conversão em pecúnia o funcionário recebe duplamente. Cumpre, porém, distinguir: o recebimento em dinheiro implica a renúncia da licença e a assunção do cargo, a volta ao trabalho, o desempenho real da função. Troca-se, por assim dizer, o descanso pela remuneração. Falta, portanto, nas duas hipóteses o elemento comparativo que as assemelhe.

A ausência maior por disponibilidade é uma situação em que se absorvem as ausências menores por férias e licenças-prêmio, as quais não se podem isolar nem lógica nem materialmente, porque a ficção do exercício efetivo existe porque está na lei, mas não autoriza o intérprete a construir sôbre ela novas ficções.

As palavras do parecer do eminente Desembargador Paulo Otaviano, em que se louvou o ato da egrégia Presidência, vão diretas ao assunto, enfrentam-no com segurança e, na sua diafaneidade, coam o que há de essencial no caso. "Dir-se-á, diz o douto parecer, que o requerente ficou em disponibilidade com tôdas as vantagens do cargo. Mas, tais vantagens são aquelas que o interessado já havia adquirido e as que viesse adquirir, satisfeitas as condições legais. Mas, o requerente não estêve no exercício ininterrupto do cargo a partir da data da sua disponibilidade, faltando-lhe, portanto, requisito indispensável para a obtenção de licença-prêmio."

Não há igualdade de situações entre o funcionário em disponibilidade e aquêle que exerce as funções do cargo; e, como diz Francisco Campos, em passagem sob certo aspecto aplicável ao caso dos autos, os direitos ou vantagens, bem como o regime jurídico a que está sujeita cada uma das espécies do gênero funcionário público, não podem ser deduzidos da definição teórica ou abstrata, que a todos indistintamente abrange e compreende (*op. cit.*, pág. 97).

Fica, assim, denegada a segurança.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 4 de março de 1964. — *Barros Monteiro*, Presidente com voto. — *Nélson P. Franco*, Relator. — *Pinto do Amaral*. — *Alcides Faro*. — *Olavo Guimarães*. — *Cantidiano de Almeida*. — *Euler Bueno*.

— *Arruda Sampaio.* — *Sabino Júnior.* — *Cordeiro Fernandes.* — *Ulisses Dória.* — *Virgílio Manente.* — *Dantas de Freitas.* — *Cruz Neto.* — *Dimas de Almeida.* — *Adriano Marrey.* — *Maldonado Loureiro.* — *Lafayette Sales.* — *Bonfim Pontes.* — *Coelho de Paula.* — *Batalha de Camargo.* — *Francisco Negrisolo.* — *Corrêa Fragoso.* — *Chiaradia Neto.* — *O. Gonzaga Júnior.* — *Nogueira Garcez.*