FUNCIONÁRIO PÚBLICO — LICENÇA ESPECIAL

— O funcionário em licença especial continuará a perceber a gratificação de atividade em cujo gozo estiver na data da concessão da licença.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
PROCESSO N.º PR-5250/78
Parecer n.º L-213, de 13 de outubro de 1978. "Aprovo. Em 8.11.78." (Encaminhado ao MEC em 10.11.78.)

PARECER N.º L-213

O Ministério da Educação e Cultura solicitou à Presidência da República a audiência desta Consultoria-Geral a respeito do pagamento da gratificação de atividade durante o período em que o funcionário está em gozo da licença especial, em face do relevante interesse social da matéria. O processo está instruído com requerimentos de funcionários interessados, além de pronunciamentos de diversos setores especializados e da Consultoria Jurídica daquela Secretaria de Estado.

O Departamento do Pessoal respectivo manifestou-se, em todas as oportunidades, em desacordo com a pretensão, apoiando-se para tanto, em orientação do Departamento Administrativo do Pessoal Civil, ensejando recurso dos interessados sob o argumento de haver decisões do Tribunal Federal de Recursos e Tribunal de Contas da União, no sentido da legitimidade do pagamento pleiteado.

A douta Consultoria Jurídica do MEC opinou pela concessão do benefício, por entender que a sua exclusão afronta a lei estatutária que conceitua o afastamento para gozo de licença especial como "efetivo exercício", resguardando os direitos e vantagens do servidor. A argumentação foi expendida nestes termos:

"O Decreto-lei n.º 1 445/76, Anexo XVII, estabeleceu que a gratificação de atividade cessaria a concessão e o pagamento com a aposentadoria, na forma estabelecida em regulamento.

Embora a norma legal que instituiu a gratificação de atividade não tenha afastado a sua percepção senão em relação aos funcionários que se aposentassem, o Decreto regulamentador ampliou mencionada restrição.

Considere-se que o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, art. 116, preceitua que a licença especial é concedida com todos os direitos e vantagens do cargo efetivo do funcionário.

Assim é que tendo a interessada adquirido o direito a licença especial, devidamente reconhecido com a publicação da autorização no Boletim de Pessoal n.º 21 de 22.5.75, não poderia ter restrições dos seus direitos e vantagens, pois, do contrário, estaria ferindo o § 3.º, do art. 153, da Emenda Constitucional n.º 1, que estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido.

Considere-se mais que a licença especial é, para todos os efeitos, computada como sendo de efetivo exercício.

Entendo pois, que a omissão contida no Decreto n.º 77 337/76, art. 3.º, desprezando a licença especial, não possa al-

terar o preceituado no art. 116, da Lei n.º 1 711/52, que garante ao funcionário, em gozo de licença especial, todos os direitos e vantagens".

O Gabinete Civil encaminhou, inicialmente, o processo ao DASP, o qual, ao restituí-lo, por meio do Ofício n.º 5 996, de 28.7.78, o fez com o esclarecimento de que já havia uma decisão presidencial negando a vantagem, consoante despacho exarado no PR. n.º 3 156/78, oriundo do Ministério da Agricultura, acrescentando que "o Decreto n.º 77 337, de 25.03.76, que regulamentou essa gratificação, seguindo a filosofia de "estímulo à profissionalização, sujeitando o servidor à jornada mínima de 8 (oito) horas", excluiu tal espécie de concessão no caso de afastamento em virtude de licença especial, por não corresponder ao interesse do Serviço Público, pela repercussão na força de trabalho que se concretiza na lotação." Advertiu, outrossim, para a circunstância de que a inobservância dessa orientação contraria a própria natureza da Gratificação de Atividade, com repercussões financeiras.

Remetidos os autos a este Órgão, solicitou-se a audiência prévia da Consultoria Jurídica do DASP, atendendo ao disposto no art. 21 do Decreto n.º 58 693, de 22 de junho de 1966, o que motivou parecer de lavra do seu titular, Doutor Luiz Rodrigues, através do qual são examinados todos os aspectos jurídicos suscitados. Vale transcrever, por bem elaboradas as considerações que ilustraram o entendimento assentado:

"O primeiro aspecto a ressaltar no problema ora em exame seria a indagação sobre se o decreto regulamentador teria restringido o alcance da disposição legal que institui a vantagem mencionada. De pronto a resposta negativa se importa, porquanto se trata de uma norma especial (art. 10 do Decreto-lei 1 445), de exceção, que instituiu uma vantagem específica para determinadas categorias funcionais, sob condições, e, conseqüentemente, a interpretação restritiva do texto é a que melhor se coaduna com a inalidade da vantagem estabelecida.

Daí o Decreto n.º 77 337, de 1976, no seu art. 3.º, estabelecer o rol dos afastamentos compulsórios, para os quais a vontade do servidor não constitui fator preponderante, quando o pagamento da vantagem não deveria sofrer solução de continuidade. O arrolamento dos afastamentos ali consignados não é meramente exemplificativo, tanto que se teve o cuidado de inserir no *caput* do mesmo art. 3.º o vocábulo *exclusivamente,* isto com o objetivo de que o dispositivo tivesse o seu alcance desejado, sem extensões que pudessem desvirtuar a natureza da vantagem a ser concedida.

A *Gratificação de Atividade,* com a previsão legal de ser concedida a determinadas categorias funcionais de nível superior, sob condições e fins estabelecidos na própria legislação que a regula, tem seu pagamento vinculado à real contraprestação do serviço, isto é, só pode "ser paga ao servidor que se encontrar no efetivo exercício do respectivo cargo ou emprego", exceções feitas apenas no que concerne aos afastamentos consignados no art. 3.º do decreto regulamentador. Não podem e não devem ser considerados afastamentos outros, previstos em lei como de *exercício ficto,* como é o caso do período referente à licença especial.

Esta Consultoria Jurídica, ao examinar a Lei n.º 1 234, de 1950, e sua regulamentação, que dispunham sobre a concessão da Gratificação de Raio X, e em processo em que se pretendia pagá-la durante o período do gozo de licença especial, teve oportunidade de manifestar-se contrariamente, mesmo em sendo o atinente àquela espécie de licença considerado de

exercício ficto, posto que o objeto da lei era permitir a atribuição da vantagem aos que realmente expostos estivessem às emanações de Raios X, e, logicamente, em efetivo exercício de seus cargos (*Diário Oficial* de 15.06.73, p. 5 798). E não é outra a intenção do art. 10 do Decreto-lei n.º 1 445/76 e do art. 3.º do Decreto n.º 77 337/76.

Assim como não vai infringido o princípio do art. 116 da Lei n. 1 711, de 1952, ao negar o pagamento da Gratificação de Raio X aos servidores em gozo de licença-prêmio, não o vejo agora com força bastante para justificar a percepção pelo funcionário da Gratificação de Atividade, disciplinada como foi nos termos do Decreto n.º 77 337/76.

O princípio inserto no art. 116 do E.F. diz de perto a vantagens que se incorporam ao patrimônio do servidor, e que, na aposentadoria, constitua direito líquido e certo seu, nunca abrangendo gratificações que visam a proporcionar estímulos ao exercício e à produção, como sejam as gratificações instituídas pelo art. 10 do Decreto n.º 1 445/76.

Embora existam decisões do Tribunal de Contas da União e do Tribunal Federal de Recursos, que esposam ponto-de-vista contrário ao acima exposto, afigura-se-me perfeitamente válida a interpretação limitativa que se encontra no Decreto n.º 77 337/76."

II

A Gratificação de Atividade foi criada pelo Decreto-lei n.º 1 445, de 13 de fevereiro de 1976 (art. 10), com as características, definição, beneficiários e bases de concessão estabelecidos no anexo VII do referido diploma, anotada, aí, a cláusula de não poder servir de base ao cálculo de qualquer vantagem, indenização, desconto para o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, ou proventos de aposentadoria.

A seu turno, o anexo VII, ao qual faz remissão expressa o artigo 10 da Lei, especifica, na coluna "definição", que a vantagem é devida ao servidor incluído em Categorias Funcionais de nível superior, dos grupos a que se refere a Lei n.º 5 645, de 1970, como estímulo à profissionalização, sujeito à jornada de 8 horas de trabalho. Na coluna "Bases de Concessão e Valores", o citado anexo fixa em 20% o valor da gratificação, determinando que o seu pagamento e concessão cessem com a aposentadoria, na forma estabelecida em regulamento.

O Decreto n.º 77 337, de 25 de março de 1976, regulamentando o benefício prescreve, *in verbis*:

"Art. 3.º A Gratificação de que trata es Decreto somente será paga ao servidor que se encontrar no efetivo exercício do respectivo cargo ou emprego, considerados, para esse efeito, exclusivamente, os afastamentos de:

I — férias;

II — casamento;

III — luto;

IV — licença para tratamento de saúde, licença à gestante ou em decorrência de acidente em serviço;

V — serviços obrigatórios por lei;

VI — deslocamento em objeto de serviço;

VII — exercício de função integrante do Grupo-Direção e Assistência Intermediárias, Código DAI-110;

VIII — exercício de funções de Gabinete, a que se refere o Decreto n.º 77 242, de 26 de fevereiro de 1976."

A omissão do decreto que aí se registra, no tocante ao pagamento, ou não, da gratificação durante o afastamento do funcionário no período de licença especial vem ensejando controvertidas interpretações. Com efeito, o DASP sustenta

que o pagamento da vantagem está vinculado à real contraprestação do serviço, ressaltando que somente "os afastamentos compulsórios, para os quais a vontade do servidor não constitui fator preponderante" foram contemplados na regulamentação. No entanto, em oposição a esse entendimento, destacam-se as decisões do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e d Colendo Tribunal de Contas da União, nas quais vem reconhecida a legitimidade do pagamento da gratificação no decurso d licença prêmio.

O aresto do Tribunal Federal de Recursos que consigna a juridicidade do pagamento está ementado nestes termos:

"Funcionário público — Gratificação de atividade. Definida pelo Decreto-lei n.º 1 445, de 1976, que a instituiu, como parcela integrante da remuneração pelo exercício do cargo efetivo, a ela faz jus o servidor em gozo de licença especial." (AC. n.º 50 148, *DJ* de 17.11.77).

Na mesma linha de entendimento colocou-se a Corte de Contas, na oportunidade do exame da questão, consoante se infere do voto pronunciado pelo ilustre Ministro Ewald Pinheiro, acolhido pelo Plenário, *in verbis*:

"A Lei n.º 1 711/52, ao instituir no art. 116 a licença especial, assegurou aos que a usufruíssem o gozo de "todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo".

Por outro lado, a Lei n.º 1 445, de 13 de fevereiro de 1976, ao instituir a gratificação de atividade a qual foi estendida ao Tribunal pela Lei n.º 1 453, de 06 de abril de 1976 (art. 7.º), estipulou (anexo XVII) que a sua concessão e pagamento cessariam com a aposentadoria, na forma estabelecida em regulamento.

A norma regulamentar surgiu através do Decreto n.º 77 337/76 que, ao catalogar os casos em que a percepção é devida, mesmo ocorrendo o afastamento do serviço (art. 3.º), não contemplou a licença especial, donde não estar sendo paga a vantagem.

Parece fora de dúvida que o Decreto n.º 77 337, nesse ponto, entra em conflito com o dispositivo legal (Est. art. 116) que o prefere hierarquicamente. Configurado o conflito, tem prevalência a lei e por ser esse entendimento princípio incontroverso em nossa sistemática jurídica, dispensável se torna qualquer fundamentação a esse respeito."

III

Sem dúvida está correta a observação do DASP quando assinala que a "Gratificação de Atividade" foi instituída para beneficiar categorias de nível superior, vinculando-se à contraprestação de serviço. Esta Consultoria-Geral, na oportunidade de analisar a natureza da vantagem, para fins de aplicação do art. 184 do Estatuto, reconheceu o seu caráter permanente, "posto que a sua concessão não setá subordinada a outros fatores senão o exercício do cargo" (Parecer n.º L-161), razão por que opinou no sentido de sua compreensão no conceito de remuneração, com vistas ao disposto no § 2.º do art. 102 da Constituição Federal. Ainda no mesmo pronunciamento foram tecidas considerações acerca das dificuldades para conciliar a aplicação simultânea, de normas classificatórias e estatutárias, pelos motivos ali acentuados.

No presente caso, mais uma vez se discute o problema que envolve a conjugação de preceitos dos dois ordenamentos, renovando-se os percalços da difícil tarefa de ajustá-los. Resta, no entanto, sempre evidente que não se há de desprezar, porque, ainda, em pleno vigor, a lei básica do funcionalismo público (Lei n.º 1 711, de 1952), senão somente naquilo em que a revogação de suas normas seja expressa ou decorra de manifesta incom-

patibilidade com regras da legislação do Plano, e fora disso, portanto, é inevitável a submissão dos atos e fatos sujeitos ao seu comando. Tal colocação induz a confrontar os dispositivos que regulam a espécie, na busca da verdade jurídica, vale dizer, na procura da regra prevalecente.

É de ver que a Lei Estatutária, tratando da licença especial", dispõe:

"Art. 116. Após cada decênio de efetivo exercício, ao funcionário que a requerer conceder-se-á licença especial de seis meses com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo."

Tratando-se de norma basilar, e de todo válida e vigente, as colocações contrárias ao seu claro sentido não podem surgir de interpretações doutrinárias ou de regulamentos que não se contenham dentro do autorizado pela via legislativa. Portanto, qualquer vantagem, *ligada ao cargo efetivo do funcionário,* somente será recusada, com relação ao período de licença-prêmio, por força de regra de igual natureza, e, o que é importante, que o faça de modo expresso, ou então resulte por incompatibilidade inconteste.

Poder-se-ia argumentar que a Lei n.º 1 445/76 delegou ao regulamento a faculdade de dispor, em virtude da menção que se faz na coluna "Bases de Concessão e Valores". Estar-se-ia, então, diante do que Basavilbaso denomina "Regulamentos delegados", que suprem uma atividade legislativa, de que o legislador se quis despojar, mas, ainda que assim fosse, forçoso seria reconhecer a impropriedade da via eleita, pois, importando em infirmar um direito consagrado em texto legal, a delegação estaria fulminada pelo princípio constitucional proibitivo (parágrafo único do art. 6.º). Aliás, a esse respeito é cristalina a lição do mestre Pontes de Miranda:

"Sempre que há limitação ou alteração a direito individual, tem-se de perguntar se há lei que a tenha estabelecido; depois, se a lei, que há, é acorde com a Constituição; finalmente, se existindo a lei e sendo válida, foi completamente e justamente aplicada. No direito constitucional brasileiro, o que pertence à legislatura não pode ser deixado ao Poder Executivo." (*Comentários à Constituição.* 2.ª ed. 1973, v. 1, p. 579.)

No particular, é indiscutível a existência do texto legislativo (art. 116 do Estatuto) que concede o direito de percepção das vantagens do cargo efetivo na licença especial, sem que nenhuma dúvida possa pairar sobre sua justa e completa aplicabilidade, além da reconhecida conformidade com a Lei Maior. Se assim o é, a limitação desse direito não pode ser objeto de delegação, vale dizer, a matéria não comporta outra disciplina senão aquela que tenha origem em regra de igual valor, pois o regulamento não teria força para tal efeito, e ainda que houvesse delegação para esse fim, *ad argumentandum,* não se haveria de considerá-la legítima, face ao preceito constitucional em referência, que refuga a sua viabilidade.

Desse modo, somente se entenderia correta a restrição pretendida pelo regulamento, se o próprio Decreto-lei n.º 1 445/76 trouxesse, no seu corpo ou Anexo, a declaração expressa da incompatibilidade do pagamento da gratificação no período da licença prêmio, hipótese não ocorrida, como assinalado.

Demais disso, o Decreto n.º 77 337, de 1976, contemplou, em seu art. 3.º, todos os afastamentos que o Estatuto considera de efetivo exercício (art. 79), exceção feita, apenas, ao desempenho de função legislativa e a licença especial. Quanto ao primeiro — desempenho de função legislativa — há uma razão plausível para a exclusão, qual seja aquela determinada pela Constituição Federal (§ 3.º do art.

102) que restringe a contagem desse tempo aos fins de aposentadoria e disponibilidade, conforme lembra A. A. Contreiras de Carvalho (*Estatuto dos funcionários públicos interpretado,* v. 1, p. 298/9). No tocante à licença especial, contudo, inexistem motivos de ordem jurídica que justifiquem o tratamento diferenciado, pois o dizer que, nos demais casos contemplados, o afastamento é obrigatório, enquanto na licença-prêmio prevalece a manifestação de vontade, ocorrência esta que prejudicaria a obtenção da vanatgem, não parece a corresponder ao fundamento e aos objetivos do preceito estatutário.

Se é certo que na maioria dos casos relacionados no art. 79, o afastamento é compulsório, isto é, independente da vontade do servidor, não é correto, todavia, asseverar que a licença especial deixou de ser incluída por faltar o requisito da obrigatoriedade. Na verdade, se a lei ou mesmo o regulamento devidamente autorizado estipulassem essa condição, não poderiam, certamente, constar no art. 3.º do Decreto n.º 77 337/76, a igual relacionados, a gala e o nojo (itens II e III), cujos afastamentos não são impostos, pois, ao contrário, são direitos facultados, como se depreende da redação do art. 153 da Lei n.º 1 711/52:

"Art. 153. Sem prejuízo do vencimento, remuneração ou de qualquer direito ou vantagem legal, o funcionário poderá faltar ao serviço até oito dias consecutivos por motivos de:

I — casamento;

II — falecimento de cônjuge, pais, filhos ou irmãos" (o grifo não é do original).

Desta forma, inocorrem razões administrativas e, principalmente, motivos jurídicos que justifiquem e convalesçam a omissão da licença especial no elenco de afastamentos do art. 3.º do Decreto n.º 77 337, de 1976. Ao revés, a sua inclusão impõe-se não só pela consideração do preceito do art. 79, mas, e sobretudo, pela cláusula final do artigo 116, *caput,* que valoriza a espécie, destacando-a perante uma legislação que não cuidou de desfazer, para os fins específicos, os favores ali assegurados. Nada obsta a esse reconhecimento a existência de decisão administrativa, em caso específico, pois importa revê-la, ao nível competente, para, em obséquio ao inconcusso princípio da legalidade, adotar-se a correta colocação jurídica.

Brasília, 13 de outubro de 1978. *Luiz Rafael Mayer,* Consultor-Geral da República.