

PARECER

CONSULENTE: Federação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul - FEMERGS

Consulta-nos o douto advogado Dr. Reni Bissaque Pereira, Diretor Jurídico da FEMERGS, atendendo requisição do Sindicato dos Municípios da urbe de Sério, RS, sobre a possibilidade de pagamento de licença prêmio, na forma que segue:

Retrato a LOM em no §4º do Art. 37: A Lei assegurará aos servidores que por um quinquênio completo, não houverem interrompido a prestação de serviços ao município e revelar assiduidade, licença prêmio de 03 (três) meses, que também pode ser convertida em tempo de serviço em dobro, para os efeitos nela previstos, bem como conversão integral em dinheiro. (Lei Orgânica de 1993).

Desejam os servidores buscar ao que se encontra assentado no artigo ventilado, pois só agora tomaram conhecimento, pois nunca teve-se como hábito ler a LOM.

Pois bem senhores, eu tenho conhecimento do conteúdo do artigo, mas, no entanto, nunca fui em busca de mais detalhes ou algum direito, pois é a primeira vez que alguém fez algum questionamento.

Ocorre que não existe lei, conforme determina o artigo, que o regula. No entanto em algumas buscas nos arquivos do município, encontrei solicitações de licenças do ano de 1998 e 1999, havendo despacho favorável do jurídico e governo da época, embasado no que estabelece a LOM, conforme citação assentada. Nada encontrei de pedido (s) posteriores. Nem mesmo alguma Emenda a LO fazendo qualquer menção.

Indaga ainda sobre a eventual impossibilidade de pagamento por falta de regulamentação e por este dispositivo ter sido proposto, em tese pelo Legislativo local em tempo remoto, através de emenda é Lei Orgânica.

Questiona por fim a possibilidade de conversão em dobro, na forma prevista no ditame orgânico.

O art. 37, §4º da Lei Orgânica do Município de Sério, prevê que o servidor, a cada 05 (cinco) anos ininterruptos de serviços prestados ao Município, que revele assiduidade, faz jus a uma licença prêmio de 3 (três) meses, podendo ser convertida em tempo de serviço em dobro ou conversão integral em dinheiro.

Art. 37 – Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

(...)

§ 4º - A Lei assegurará aos servidores que por um quinquênio completo, não houverem interrompido a prestação de serviços ao Município e revelar assiduidade, licença prêmio de 03 (três) meses, que também pode ser convertida em tempo de serviço em dobro, para os efeitos nela previstos, bem como conversão integral em dinheiro.

Em razão da falta de regulamentação para a concessão do direito, e em que pese não estar disposta no instrumento mais adequado, resta aqui, então, somente o dever da Administração em cumprir a lei. O princípio da legalidade estrita reza de forma que o povo somente não pode fazer aquilo que a lei proíbe, enquanto que a administração somente pode fazer o que a lei autoriza nos estritos termos por ela definidos.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

(...) Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição". Além disto, é a representação popular, o

legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária. Por isto se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito inglês, que o Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens: impera a *rule of law, noto f men*.

Assim, o princípio da legalidade é o da submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. (...)¹

Por conseguinte, a alegação de vício de inconstitucionalidade formal subjetiva não vingará. A um, não existe comprovação alguma que o artigo em comento tenha sido elaborado no seio do parlamento de Sérgio. A dois, a norma goza de uma presunção de legalidade legitimidade que lhe dá viés auto executório.

Os administrativistas apontam três atributos nos atos administrativos, dentre eles a lei: a presunção de legitimidade, a auto-executoriedade e a imperatividade. A doutrina também trata como atributos a tipicidade e a exigibilidade, porém ambos são poucos abordados em concursos públicos.

A presunção de legitimidade significa que todo ato administrativo possui uma presunção relativa de que foi editado de acordo com a lei. Por ser uma presunção apenas relativa, cabe prova em contrário. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração (art.37 da CF/88) e é atributo presente em todos os atos administrativos. O ônus da prova para invalidação do ato administrativo é de quem a invoca, que no caso se daria através de ação direta de inconstitucionalidade – Adin – e não pela simples e unilateral vontade do gestor.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.100 – 101.

Com efeito, o Decreto-lei nº 201/67, ao prever os crimes de responsabilidade praticados pelos Prefeitos Municipais, dispõe:

"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

*XIV - **negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;**"*

Se comprovada a intenção dolosa do Chefe do Poder Executivo, sua conduta também incidirá no artigo 11, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei Federal nº 8.429/92).

Como se observa, a Administração e seus administrados se subordinam à vontade da lei, e seu descumprimento enseja a responsabilização do 'infrator'.

A falta de regulamentação não pode e jamais deve ser óbice ao pagamento.

Aceitar tal alegação é invocar a própria torpeza, bastando o executivo permanecer inerte no ato de legislar, que é de sua competência por força do art. 61 §1º, "a" da Lei Maior² para negar de maneira exaustiva o direito.

² Art. 61 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

O TJRS de maneira recente se manifestou:

Ementa: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO EM LEI PRÓPRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A ausência de regulamentação do adicional de insalubridade pela lei local impossibilita o deferimento da gratificação em momento posterior à edição do Estatuto dos Servidores Municipais de Derrubadas, face ao princípio da legalidade que rege a Administração Pública. Os direitos sociais previstos no art. 7º e incisos da CF/88, não se estendem todos aos direitos dos servidores públicos, de acordo com o disposto na novel redação do § 3º do art. 39 da mesma Carta, trazida pela EC nº 19/98, salvo quando instituídos e regulamentados na lei municipal, o que não se verifica no caso. **Ante a previsão genérica posta na Lei Orgânica Municipal, é devido o adicional, na forma da perícia**, somente no período compreendido entre a edição da Lei Orgânica (novembro de 1993), que remetia à lei federal, e a edição do Estatuto dos Servidores, em 1995, que deu nova regulamentação às vantagens funcionais. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70006670798, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 30/12/2003).

Para afastar a mora do próprio poder que deve regular o ato concessivo, também julgou:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL INSTITUIU O ADICIONAL COM OS RESPECTIVOS PERCENTUAIS. DEIXOU TODAVIA DE ESPECIFICAR AS ATIVIDADES INSALUBRES DESDE A LONGINQUA DATA DA EDIÇÃO DA LEI ORGÂNICA E DA LEI QUE CRIOU A VANTAGEM. O SERVIDOR PERCEBIA O ADICIONAL. O MUNICÍPIO NÃO PODE DESCURAR DO DEVER DE REGULAMENTAR. NÃO SE PODE ALEGAR EM JUÍZO A PRÓPRIA TORPEZA.** AGRAVO PROVIDO. (5FLS.) (Agravo de Instrumento Nº 70001222140, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 25/10/2000).

O único ponto que cabe aduzir é sobre a conversão da licença prêmio em dobro.

O operador de direito menos atento, sob os auspícios do art. 40, §10 da Carta Federal de plano negaria o direito. Mas tal interpretação é equivocada.

Da primeira leitura se vê que no plano federal o que é vedado é a *contagem ficta do tempo de contribuição*, em homenagem ao princípio constitucional da contributividade, e não o *tempo de serviço*.

Vejamos o dispositivo legal:

Art. 40 (...)

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer **forma de contagem de tempo de contribuição fictício**. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Ou seja, a conversão em dobro, em pecúnia, é de longa data aceita, já que considera como enriquecimento ilícito da administração não pagar o previsto na lei de regência. Ou seja, o valor pode ser pago em dobro, o

que significa dizer que haverá sim contribuição ao regime previdenciário, geral ou próprio, sobre o valor amealhado pelo agente público. Neste sentido é a orientação consolidada do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – SERVIDOR PÚBLICO – APOSENTADORIA – LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA OU NÃO CONTADA EM DOBRO – CONVERSÃO EM PECÚNIA – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – DISPENSA, NO CASO, DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º DA LEI 9.527/97 – 1- **É firme a orientação no STJ no sentido de que é devida ao servidor público aposentado a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada,** ou não contada em dobro para aposentadoria. Tal orientação não é incompatível com o art. 7º da Lei 9.527/97, já que, ao prever a conversão em pecúnia de licença prêmio não gozada no caso de falecimento do servidor, esse dispositivo não proíbe, nem exclui a possibilidade de idêntico direito ser reconhecido em casos análogos ou fundados em outra fonte normativa. 2- Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg-AI 1.404.779 – (2011/0042096-8) – 1ª T. – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJe 25.04.2012 – p. 609)

Inclusive há de se ver a possibilidade da contagem ficta aqueles que adquiriram o direito antes da Ec 20/98 conforme disciplina o TJRS:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE ELDORADO. PRELIMINAR. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. MÉRITO. DIREITO À APOSENTADORIA PROPORCIONAL. PREENCHIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL A QUE ALUDE O ARTIGO 40, III, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO EM DOBRO PELA CONVERSÃO DA LICENÇA-PRÊMIO. DIREITO ADQUIRIDO EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA EC. Nº. 20/98.**

POSSIBILIDADE. DANOS MATERIAIS INEXISTENTES. RECEBIMENTO DE VENCIMENTOS. JUROS MORATÓRIOS. MATÉRIA PREJUDICADA. REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70031460876, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 24/02/2010)

No mais, como referido é possível a conversão em dobro em pecúnia, o que não é sinônimo de contribuição ou tempo de serviço, mas sim uma indenização ao servidor que não pode fruir do direito a licença prêmio por vontade da administração, ato discricionário que é, calcado num juízo de conveniência e oportunidade, que por conseguinte gera uma gratificação ao servidor público. Mais uma vez decidiu o TJRS:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. LICENÇA-PRÊMIO. MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. PERÍODO NÃO GOZADO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO. **O art. 147, da Lei Complementar Municipal nº 203/2008 prevê que após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor gozará de licença-prêmio de 90 dias, com todos os direitos e vantagens de seu cargo. Já a Lei Municipal nº 1.763/77 prevê que o tempo de licença-prêmio não gozada será a pedido do funcionário, contado em dobro para todos os efeitos, ou convertido em dinheiro, no valor correspondente a sua remuneração.** Quanto à discricionariedade da Administração existente na mesma legislação, está ela limitada às circunstâncias em que, fazendo jus o servidor à licença, tenha ele requerido a sua conversão em dinheiro e, se assim desejar a Administração, verificada a disponibilidade orçamentária, poderá ser implementada a medida. **Possível a conversão**

em pecúnia das licenças-prêmio não usufruídas, desde que haja prévio pedido administrativo. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70040386104, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 18/04/2012).

Havendo o pleito administrativo, a decorrência do direito dar-se-á por ato lógico.

Concluindo, é de ser pago a licença prêmio aos servidores públicos de Sêrio, forte no art. 37 §4º da Lei Orgânica Municipal, bem como possível sua conversão em pecúnia em dobro para aqueles que não fruíram do direito por contingenciamento do serviço, a mando da Administração Pública, sendo ainda possível sua contagem em dobro, a título de exceção, para aqueles que adquiram o direito dentro dos prazos e limites estabelecidos na LOM, antes do advento da EC 20/98, por força de se tratar de direito adquirido.

É nosso parecer, *sub censura*.

Porto Alegre, 10 de abril de 2012.

EDUARDO LUCHESE³

OAB/SP 202.603

OAB/RS 70.915A

³ Advogado, possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Paulista (2001). Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Franca (UNIFRAN - SP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS -RS). Mestrando em Direito Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC - RS). Ex - Consultor Jurídico e Supervisor de Consultoria do IGAM. Ex procurador jurídico do IBRAP – Instituto Brasileiro de Administração Pública. Professor de curso preparatório para concursos públicos. Professor de matérias afetas ao serviço público municipal. Parecerista, Articulista e Conferencista com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Constitucional e Tributário. Co-autor de Obra Jurídica. Integrante de banca de concurso público. Instrutor da DPM na seara tributária e Professor da INLEGIS no campo legislativo.