

Pablo Luciano: Levando a legalidade a sério

30/03/2021

"Benefícios a procuradores e juízes avançam e somam R\$ 543 milhões na pandemia" é a manchete da matéria de Vinicius Sassine publicada na *Folha de S. Paulo* no último dia 14 [1]. Segundo a apuração promovida pela *Folha*, que envolveu dados do Ministério Público da União (MPU) e das Justiças federal, do Trabalho e Militar, licenças-prêmio, gratificações por acúmulo de ofícios ou pagamentos retroativos representaram em 2020 um aumento de 48% em relação aos mesmos benefícios recebidos em 2019.



Com relação especificamente à licença-prêmio, foram

pagos R\$ 149 milhões só no âmbito do MPU em 2020, de acordo com a matéria, a qual também destaca que *"é um prêmio por tempo de serviço, previsto na lei complementar de 1993 que organiza o Ministério Público da União"*. Não é bem assim. Como se procurará mostrar, esses gastos apontados por Vinicius Sassine não decorrem direta e estritamente da lei, mas da jurisprudência dos tribunais e de normas regulamentares do próprio MPU. Essa responsabilidade não é da lei, nem do legislador.

De fato, a Lei Complementar (LC) nº 75, de 20/5/1993 prevê no seu artigo 222, III, §3º, "c", que será concedida aos membros do MPU licença-prêmio por tempo de serviço após cada quinquênio ininterrupto de exercício, pelo prazo de três meses, sem prejuízo dos vencimentos, vantagens ou qualquer direito inerente ao cargo. De acordo com a lei, em vez do afastamento por três meses das atividades, o membro do MPU pode alternativamente contar em dobro o período não gozado para efeito de aposentadoria (artigo 222, III, §3º, "d"). E, apenas em caso de falecimento do membro do MPU que não tiver gozado a licença-prêmio a que fazia jus, admite-se, nos termos da lei, a conversão em pecúnia (dinheiro) em favor dos sucessores (artigo 222, III, §3º, "a").

Portanto, se é certo que a licença-prêmio tem previsão na LC nº 75, de 1993, o mesmo não pode ser dito com relação à sua conversão em dinheiro a favor de membros, um procedimento que vem a redundar nos gastos de R\$ 149 milhões relatados na matéria de Vinicius Sassine.

No âmbito das demais carreiras do serviço público federal, a licença-prêmio por assiduidade foi extinta há várias décadas, por força da Medida Provisória (MP) nº 1.522, de 11/10/1996, sucessivamente reeditada até finalmente a promulgação da Lei nº 9.527, de 10/12/1997. Porém, referida lei ressalvou da extinção os períodos de licença-prêmio adquiridos na forma da lei antiga, os quais *"poderão ser usufruídos ou contados em dobro para efeito de aposentadoria ou convertidos em pecúnia no caso de falecimento do servidor"* (artigo 7º).

Não obstante não haja previsão legal de conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada nem contada em dobro para efeito de aposentadoria, o Superior Tribunal de Justiça, o órgão judicial responsável por proteger a legislação federal em sede de recurso especial, vem entendendo desde 1997 que esse direito existiria. Foi o que se registrou inicialmente por ocasião do julgamento do Agravo Regimental (AgRg) no Agravo de Instrumento (AG) nº 54741, sob a relatoria do ministro Edson Vidigal, na sessão da 5ª Turma de 10/3/1997, quando se decidiu que seria *"mera indenização"* a conversão em pecúnia de férias e licença-prêmio não gozadas por servidor aposentado em benefício do interesse público.

A partir desse julgado, uma longa série de acórdãos do STJ corroborou a noção de que a ausência de previsão legal da conversão em pecúnia para a licença-prêmio não gozada por servidor público aposentado poderia ser contornada pelo expediente retórico da indenização. Representativo desse entendimento é o acórdão do Recurso Especial (REsp) nº 693.728/RS, também da 5ª Turma, julgado em 8/3/2006, e relatado pela ministra Laurita Vaz, no qual se considerou que a conversão em pecúnia da licença-prêmio não contada em dobro para fins de aposentadoria *"independe de previsão legal expressa, sendo certo que tal entendimento está fundado na Responsabilidade Objetiva do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição, e no Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração"*.

Por força da consolidação da jurisprudência no âmbito do STJ, o MPU encaminhou-se no sentido de conferir administrativamente a seus membros o direito à conversão em pecúnia. Com efeito, por força da Portaria PGR/MPU nº 143, de 22/11/2017, que alterou a Portaria PGR/MPU nº 705, de 12/11/2012, passou a ser possível administrativamente a *"conversão em pecúnia, mediante requerimento"* dos *"períodos de licença-prêmio não usufruídos pelos membros do Ministério Público da União"*. O membro que com direito a licença-prêmio tem então três opções, quais sejam: afastar-se do serviço pelo tempo correspondente; contar o tempo da licença em dobro para aposentadoria; ou deixar para receber o correspondente em dinheiro.

A regra do MPU, a bem da verdade, é até mais dadivosa do que a jurisprudência do STJ, pois o membro não precisa nem mesmo se aposentar para obter a conversão em pecúnia. Nos termos do inciso IV do §5º da Portaria PGR/MPU nº 705, de 12/11/2012, o membro pode receber a conversão ainda durante o serviço ativo, desde que haja cumulativamente: 1) exame positivo de conveniência e oportunidade pelo administrador no ato de sua conversão; 2) interesse público prévia e devidamente fundamentado de forma individual para cada um dos casos; 3) disponibilidade orçamentária e financeira.

Já no âmbito do Poder Executivo Federal, por falta de previsão legal, com base nas Notas Técnicas nº 90/2009/Denop/SRH/MP, de 18/11/2009, e nº 971/2010/CGNOR/Denop/SRH/MP, de 8/11/2010, nega-se administrativamente esse suposto direito a conversão em pecúnia de

licença-prêmio não gozada nem contada em dobro para aposentadoria. Então para que um aposentado do Executivo venha a receber qualquer valor a título de indenização decorrente do não aproveitamento da licença-prêmio é preciso que haja um processo judicial, e obediência estrita à ordem de precatórios na hipótese (provável) de condenação (indevida) do poder público.

Explica-se: para a Administração Pública, por força de mandamento constitucional literal e vigente, a legalidade tem especial relevância. Consagrada explicitamente no *caput* do artigo 37 da Constituição, a legalidade não é apenas uma proteção do cidadão contra atos do Estado que não estejam previamente embasados numa deliberação democrática (lei ou emenda constitucional, por exemplo). A legalidade protege também o próprio Estado contra pretensões de cidadãos que não guardam amparo numa deliberação democrática, muito embora essa faceta do princípio seja pouco explorada no meio jurídico.

Com efeito, juristas experimentados não se cansam de repetir máximas do tipo "*a Administração só pode fazer o que está autorizada por lei*", mas, consideradas bem circunstâncias concretas, esperam que a Administração faça o que não está contido na lei nem indiretamente. Ou basta dizer que a postura x da Administração não é proibida expressamente pela lei. Esse é um dos grandes males do nosso ambiente jurídico. Não raramente, postulam que a Administração tenha uma postura estritamente legalista quando em debate uma posição de vantagem dela frente ao particular, mas quando em questão certas posições de vantagem dos particulares contra a Administração, abrem mão do legalismo e apelam para argumentos morais, políticos ou econômicos para contornar disposições legais ou para suprir supostas omissões legislativas. Esse é o caso da conversão em pecúnia de licença-prêmio.

Se é certo que a Administração só pode fazer o que a lei determina, é bem evidente que ela está proibida não somente de fazer o que a lei veda expressamente, mas também o que a lei não ordena. Não fosse assim, bastaria invocar o argumento de que determinado benefício não foi proibido pela lei ou pela Constituição para que a Administração passe a conceder benesses a seus servidores e a terceiras pessoas. Nesse contexto, o princípio da legalidade e o nada equivaler-se-iam.

A solução da conversão em pecúnia da licença-prêmio só foi prevista pelo legislador para o caso de falecimento precoce de seu titular porque, em razão da morte, obviamente o servidor já não pode mais exercer a escolha entre o usufruto do direito sob forma de afastamento ou sua contagem em dobro para efeito de aposentadoria. Não se trata aqui de má técnica legislativa ou de esquecimento. Mesmo podendo ampliar as hipótese de conversão em pecúnia, o legislador houve por bem circunscrevê-la à situação de falecimento. A morte tolhe a escolha do servidor e, em consequência disso, a solução legislativa foi a de estipular a conversão do direito à licença-prêmio em pecúnia, a ser concedida aos sucessores.

Então, de acordo com a lei, o servidor ou membro do MPU que faz jus a licença-prêmio deve pedir, durante o exercício do cargo, o afastamento ou a contagem do tempo em dobro para a aposentadoria. Não há outras opções. Não pode deixar para receber a licença-prêmio em "dinheiro". Caso a Administração negue ou obstaculize o usufruto ou a contagem do tempo em dobro, o interessado pode acionar o Judiciário para obter uma dessas duas vantagens previstas

legalmente e negadas no âmbito administrativo.

O entendimento do STJ que veio a inspirar a Portaria PGR/MPU nº 143, de 2017, não se sustenta no ordenamento jurídico brasileiro. Para além da grave atecnia de lançar mão, em sede de recurso especial, de regras constitucionais e de princípios genéricos como o da "vedação ao enriquecimento ilícito", o tribunal desconsidera a regra básica do direito das obrigações segundo a qual as obrigações de fazer só se convertem em perdas e danos se houver culpa do devedor (artigos 247 e 248 do Código Civil-CC). Tornando-se impossível a prestação do fato, e não havendo culpa do devedor, diz o CC: "*Resolver-se-á a obrigação*".

Além da desconsideração de regras do direito das obrigações, o entendimento do STJ e da Portaria PGR/MPU nº 143, de 2017, não leva em conta a regra da excepcionalidade da pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa, segundo a qual "*não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido*" (artigo 886 do CC). Assim, se a Administração resiste à concessão da licença-prêmio em função da clássica "*necessidade do serviço*", resta ao interessado um meio legal para se ressarcir dessa postura lesiva, que é a contagem em dobro para fins de aposentadoria. A Lei nº 8112, de 1991, e a LC nº 75, de 1993, já previram o "*outro meio*" de que trata o artigo 886 do CC, de modo que não é criar um "*terceiro meio*" a reboque do argumento retórico da "*vedação ao enriquecimento ilícito*" sem vulnerar o Código Civil nesse particular.

Então se o interessado não se anima a pedir o usufruto da licença-prêmio, nem a contagem em dobro do prazo para aposentadoria — quando podia ter pedido —, a consequência jurídica que se pode extrair é que o direito à licença-prêmio "*resolveu-se*" (CC, artigo 248) ou caducou em decorrência desse comportamento omissivo seu em fazer valer no tempo adequado as vantagens que esse direito lhe proporcionava. A Administração nesse quadro não tem nenhuma culpa, não tendo pertinência para o caso a regra da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º, da Constituição, a qual é restrita a contextos de prestação de serviços públicos.

A caducidade não é uma invencione ou um despropósito que conflita com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. A caducidade é observada rotineiramente no mundo jurídico-social como modalidade de aniquilação de direitos e de posições de vantagem que se prolongam no tempo. Diz-se, por exemplo, que "*o contrato de locação caducou pela decurso de prazo de validade*", que "*o mandato caducou pela morte do mandante*" ou que "*a obrigação de fazer resolveu-se porque a prestação se tornou impossível*". Assim, de modo semelhante, pode-se dizer que o direito à licença-prêmio é extinto (resolve-se), por caducidade, quando da conclusão do vínculo ativo do servidor, seja pela aposentadoria, seja por demissão ou por exoneração. Deixa de existir porque não mais prevalecem condições concretas para sua satisfação. Em consequência, a licença-prêmio não gera administrativamente mais nenhum efeito por força do ato da aposentadoria. E não deveria gerar também no âmbito judicial.

Podem existir muitos motivos morais, econômicos e políticos legítimos para a positivação legal do benefício, mas definitivamente não há norma legal vigente capaz de dar razão à jurisprudência do STJ ou à Portaria PGR/MPU nº 143, de 2017. Referidos motivos decerto podem ser invocados perante o Congresso Nacional para viabilizar alterações na Lei nº 8.112, de 1990, e na LC nº 75, de 1993, seguindo-se o primado do contraditório democrático por



excelência, mas no meio judicial e Administrativo não deveriam ser manejados.

O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa não é nem deveria ser uma muleta retórica mágica a ser manejada para o fim de reavivar direitos já regularmente extintos, ainda mais se isso significa dar causa a vultosos contracheques como aqueles mencionados na matéria da *Folha*, arrebatando com o princípio da legalidade da Administração. Muitos dizem e dirão: "Ah, mas não acho isso justo!". Porém, se fizesse sentido esse argumento, outros institutos aniquiladores de direitos, como a prescrição e a decadência, também poderiam ser completamente esvaziados na base de apelos simplistas ao "princípio da vedação do enriquecimento sem causa". Deixou a pretensão prescrever? Não tem problema! Vá a juízo e argumente em torno do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa e satisfaça o seu direito que estava já extinto....

É preciso levar a legalidade a sério. É preciso, fundamentalmente, entender que nem sempre é o legislador o responsável direto por pagamentos vultosos a servidores públicos como aqueles indicados na matéria da *Folha*. Há pagamentos que decorrem diretamente da jurisprudência dos tribunais, e não da lei. Não é justo nem transparente que gestores públicos, quando questionados por órgãos de imprensa, digam invariavelmente que o pagamento x ou y tem "previsão legal". Deveriam, sim, dizer que o pagamento não tem previsão legal, mas que seu pagamento decorre de entendimento dos tribunais. Assim, poupariam a lei e o legislador de um injusto desgaste público para o qual não deram nenhum motivo.

[1] Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/beneficios-a-procuradores-e-juizes-avancam-e-somam-r-543-milhoes-na-pandemia.shtml>.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-mar-30/pablo-luciano-levando-legalidade-serio/>