

**LICENÇA ESPECIAL E FÉRIAS NÃO FRUÍDAS.
INTELIGÊNCIA DA NORMA INSERIDA NO ART.
77 XVII DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

**CURADORIA DA FAZENDA PÚBLICA
PROCESSO Nº 3.539/92**

Licença especial e férias não fruídas. Direito de opção, pelo interessado, entre as faculdades de, em atividade, fruir os períodos respectivos ou deles dispor para duplo cômputo na aposentação, ou, após esta, receber compensação indenizatória. Inteligência da norma inserida, a respeito, no art. 77, XVII, da Constituição Estadual vigente. Sua aplicabilidade incondicionada e imediata.

PARECER

1. Em ação ordinária, o ilustre Procurador de Justiça MAURO JOSÉ FERRAZ LOPES, recentemente aposentado, postula, com fundamento no art. 77 da Constituição Estadual vigente, e copiosa jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, extraconstitucional, indenização compensatória por períodos de férias e licenças especiais não fruídos na atividade.

2. Sucinta pesquisa feita por esta Curadoria não revelou antecedentes decisões deste E. Tribunal, para confronto com a orientação de seu congêneres paulista, que, como se observa dos diferentes arestos trazidos à colocação pelo A., tem decidido a questão ao fundamento reiterado e indissidente da teoria do locupletamento ilícito, que não admite enriqueça o Estado sem causa e em detrimento dos administrados. Proclamam os acórdãos invocados, em síntese, que, se o funcionário não teve oportunidade de desfrutar da licença-prêmio em atividade, o advento da aposentadoria leva a que a obrigação legal se resolva em perdas e danos, “pois, deixando de conceber a licença em tempo oportuno, a administração descumpriu a lei, enriquecendo-se a custa do patrimônio do funcionário.”

Eloqüentes em si mesmos os arestos ao acentuarem que, “a partir do momento em que completou o tempo necessário à aposentadoria voluntária, a autora tinha a faculdade de passar imediatamente para a inatividade, não estando obrigada a adiar indefinidamente a aposentadoria, até que a Administração resolvesse cumprir a lei que lhe assegurava a licença” e que “a necessidade do serviço público pode, eventualmente, justificar o adiamento do gozo da licença. Mas, em nenhuma hipótese, a Administração pode deixar de conceder o gozo da licença, antes da aposentadoria, pois isso equivale à eliminação do direito assegurado por lei.”

“As férias e a licença-prêmio constituem direito do funcionário por preceito constitucional”... “justo que sejam elas convertidas em pecúnia quando o funcionário

passa para a inatividade já sem a menor possibilidade de usufruí-las”... “Inegável o direito”... “não se trata, aqui, de ilícito administrativo.” “Mas, ainda assim, deve caber reparação, como compensação pelo trabalho prestado nos períodos que deveriam ser reservados ao descanso. Certo, de todo modo, que, aproveitando ao ente público, o serviço não pode ser havido como gratuito, demandando retribuição. O direito, aí, tem natureza indenizatória. E encontra fundamento em princípio jurídico do mais elevado plano, assim o que veda o enriquecimento sem causa, estabelecido à custa do trabalho de outrem”. “A presunção é a de que o funcionário público não gozou a licença-prêmio por dificuldade ou conveniência do serviço. Não se há de entender que o servidor tenha desistido ou renunciado ao prêmio que obteve.” “Descabendo imaginar, em razão do especial feitiço da relação estatutária, que pudesse ter sido devida à omissão do servidor a falta de concessão de férias e licenças, no devido tempo.”

São afirmações que se contêm nos acórdãos do E. Tribunal paulista, nas Apelações 60.012-1, 9.5.85; 50.638.1, 20.9.84; 68.155.1, 12.12.85; e 50.613.1, 30.9.84. E mais (Ap. 61.370.1, 13.6.85, e 38.162.1, 4.5.84):

“O direito às férias é preceito de ordem pública, como acontece com todos os preceitos da legislação social, tornando-se irrenunciável. O exercício de sua fruição, bem como o da licença-prêmio, depende de ato da Administração Pública, que pode negá-lo em nome da conveniência do serviço, vale dizer, no interesse do serviço público. Assim, não gozados esses direitos na atividade, pela imperiosa conveniência do serviço público, devem seus valores ser convertidos em dinheiro.”

“Tendo sido as férias e licença-prêmio indeferidas, na esfera administrativa, por absoluta necessidade de serviço, tem direito o servidor aposentado a seu recebimento em pecúnia.”

“É iterativa a jurisprudência reconhecendo o direito dos funcionários aposentados ao recebimento em pecúnia dos períodos correspondentes a férias e licença-prêmio não gozados, a título de justa indenização.”

3. Forçoso reconhecer, assim, que, em verdade, é irrelevante, para o deslinde da questão, que haja lei específica, para o pretoriano reconhecimento do direito à compensação indenizatória ora postulada, pelo fundamento de que, previsto como direito social do servidor, adquire foros de ordem pública, bastando a aplicação do aforismo segundo o qual *locupletario nemo debet cum alterius jactura*.

4. Não cabe, assim, ao ver desta Curadoria, questionar, como quer a defesa, em sua argumentação, se houve culpa do postulante por não se haver cumprido a obrigação imposta ao Estado de conceder férias e licença-prêmio. A presunção é a de que, ante a natureza do vínculo estatutário, prevaleceu a conveniência da Administração na permanência do servidor em atividade, quando deveria estar usufruindo o descanso que conquistou pelo decurso do prazo legal de trabalho para o termo aquisitivo. O proveito auferido, em dano do interessado, gera a obrigação indenizatória.

4.1 Não tem a matéria conotação com a responsabilidade civil, ou responsabilidade administrativa, que quer vislumbrar a defesa, para discuti-la à procura da culpa do servidor. Foi exatamente da natureza potestativa das funções estatais que o princípio da legalidade da administração pública (CF, art. 37, *caput*), surgiu como imposição do Estado moderno. Tal princípio tem íntima relação com a questão em

foco, sobretudo se se considerar que, por preceitos legais (Dec. Est. n.º 2.479/79, art. 130, LC n.º 28/82, art. 149, § 3º - o A. integra o MP), o interesse da Administração quanto à conveniência e oportunidade da concessão da licença-prêmio está de tal modo preservado que seu direito “não terá prazo fixado para ser exercitado”, ou seja, a autoridade poderá deferir-lo a qualquer tempo. A contrapartida disto, obviamente, será a conversão em pecúnia, quando aposentado o servidor, porquanto “o lapso prescricional das férias e licenças-prêmio não gozadas flui a partir da aposentadoria, e não das datas do indeferimento”, como acentua r. acórdão proferido na Ap. TJSP n.º 30.957-1, até porque, até a aposentação, os períodos não usufruídos poderão ser convertidos em tempo de serviço em dobro (hipótese que, se concretizada, evidentemente elimina o direito à compensação indenizatória), o que não ocorreu no caso vertente, ensejando a reparação.

4.2 Cifrando a questão, assim, a seus exatos termos, tem-se que o direito às férias e licença-prêmio é: um direito social, irrenunciável, de ordem pública, exercitável sob três modalidades (fruição do repouso, duplo cômputo dos períodos não gozados para efeito da formação do período aquisitivo da aposentadoria ou pecuniariamente indenizável após a aposentação), condicionado, na primeira modalidade de exercício, à discricção da Administração e, acaso concedida por esta a fruição, conversível, em opção do interessado, em contagem dobrada; e, realizada a passagem do titular para a inatividade, indenizável como reparação por locupletamento ilícito do Estado, pelo indevido uso do trabalho do servidor em período destinado legalmente ao repouso.

4.3 Exatamente por tal conteúdo de direito social, um dos acórdãos acima registrados (Ap. 50.638.1-TJSP) rememora em oportuna advertência:

“Ora, se o Estado (*lato sensu*) impõe aos particulares a concessão de férias e os obriga, inclusive, a pagá-las em dinheiro quando não gozadas e sem mais possibilidade de o ser, não se mostra lógico que a própria Administração fosse se furtar dessa obrigação.”

4.4 Não tem tal direito qualquer ligação com a questão da responsabilidade inerente à teoria da culpa administrativa ou à teoria objetiva do risco administrativo, adotada pelos textos constitucionais do país desde 1946 (CF, art. 194), não havendo, assim, necessidade de se perquirir se houve falta do serviço, inerente à primeira, ou fato do serviço, alusivo à segunda e que, na lição de Hely L. Meirelles (*Dir. Adm. Bras.*, 3ª. ed., p. 589), “obriga a indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes.”

4.5 E não tem ligação, porque a natureza do dano a reparar diverge daquele próprio da responsabilidade objetiva, que pressupõe, de toda sorte, ato ilícito comissivo ou omissivo dos agentes do Estado. Não, a natureza aqui é de caráter estatutário; nasce da relação jurídica mantida pelo Estado com o funcionário, que a doutrina, no passado, considerava, em boa parte dos autores, de caráter contratual, mas hoje entende predominantemente uma relação especial, *sui generis*, denominada simplesmente estatutária, caracterizada, é certo, pela unilateralidade, hoje já bem mais branda e que não pode ofender “o mínimo de garantias que a Constituição lhes assegura”, como relembra o citado H. L. Meirelles (*op. cit.*, p. 368).

4.6 Se a lei (e hoje algumas constituições estaduais, como a fluminense atual e, pelo menos, a paulista anterior a 1988) atribui ao servidor a garantia do direito a férias e a licença-prêmio, imbricou na relação estatutária uma obrigação que o Estado tem a cumprir. Não seria sequer necessário que a norma instituidora estabelecesse a sanção para o descumprimento, pois o poder pretoriano, atribuído pela Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º), está munido da faculdade de, aplicando os princípios gerais de direito cabíveis, determinar a reparação.

4.7 Foi este exatamente o trabalho integrador desempenhado pelo E. Tribunal de Justiça paulista, na jurisprudência remansosa já aqui comentada: à falta de preceito, utilizou-se o da teoria do locupletamento ilícito, para determinar a reparação.

4.8 Nesta função integradora, os eminentes desembargadores seguiram a melhor tradição da Magistratura brasileira na função hermenêutica pregada pela denominada escola evolutiva, ou histórico-evolutiva, em que a exegese se apresenta construtora, “fecundando a letra da lei, na sua imobilidade, de maneira que se torne esta expressão real da vida do Direito” (Jandoli) e perseguindo o vetusto conselho de Paulo de que *noex regula jus sumatur, sed es jure, quod est, regula fiat* - da regra não se extraia o Direito; ao contrário, com o Direito, tal qual na essência ele é, construa-se a regra. (Digesto Justiniano, lv. 50, tít. 17 - *De Regulis Juris Antiqui*, frag. 1.)

4.9 Certamente, inspirou-os ainda outra tradição do gênero, a de, como tanto se tem feito em diversos outros ramos do Direito pátrio, como na questão da correção monetária de débitos - em que o legislador somente veio à iniciativa legiferante muito tempo após estar a jurisprudência muito à frente -, decidir *praeter legem*, levando, por necessidade social, a lei vigente adiante do ponto em que a vislumbrou o legislador. Referimo-nos ao fato de que, desde 1968 (Lei nº 10.261/68, art. 209), conforme nos informa H. L. Meirelles (*op. cit.*, p. 447, NR 111) dispunha a legislação paulista do instituto da licença-prêmio conversível em pecúnia, para os funcionários efetivos com mais de 15 anos de serviço, fato que permitiu ao emérito e saudoso Mestre examinar a matéria em breve capítulo de seu festejado manual (3ª. ed., pp. 446/7), manifestando suas reservas e algumas observações, não sem acentuar:

“Transcorrido o tempo e satisfeitas as condições de trabalho exigidas em lei, erige-se a licença-prêmio em direito subjetivo do servidor à percepção do montante equivalente aos vencimentos correspondentes ao período em que poderia ficar afastado do cargo.”

4.10 Com isto, depreende-se que o Mestre, a despeito de suas reservas à conversão, como posição doutrinária, atribui declarada condição de direito subjetivo. E a entronização do tema em seu livro, já desde 1975, dá a dimensão de quanto não é a matéria já inusitada em nosso Direito.

4.11 De tudo se conclui que, para solução da postulação formulada neste feito, nem seria necessário existisse preceito peremptório na Constituição Estadual; a simples construção integrativa supra-examinada, palmilhada pelo E. Tribunal de Justiça paulista, a resolveria, pois, neste Estado, os direitos às férias e à licença-prêmio são assegurados estatutariamente e, no caso do A., na própria Lei Orgânica do Ministério Público Estadual. Não tendo o A., como dão conta os autos, feito computar o tempo das

férias e das licenças-prêmio em causa e tendo provado que não as usufruiu, resolvida está, à luz do mandamento integrador da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º). A invocação, que faz, do preceito constitucional é, ao ver desta Curadoria, despicienda, *data venia*. Assim como despicienda é a prova que fez, em audiência, de que não fruiu tais períodos, em atividade, por necessidade de serviço, como era praxe no órgão em que atuava. Também não seria necessário invocar seu brilhante currículo funcional, como invocou, para provar que, no interesse do Ministério Público estadual, esteve anos a fio à disposição de outros órgãos, no exercício de relevantes funções de chefia e assessoramento, para que ficassem com isso provados o interesse e a conveniência, para a Instituição, de sua permanência em serviço.

E nada disto seria relevante, pela simples razão de que, como analisado, corre a seu favor a presunção de que, se não lhe concedeu a fruição dos direitos em causa, do tempo de trabalho correspondente se aproveitou o Estado, cabendo-lhe indenizar compensatoriamente o proveito de que se locupletou, por interesse de serviço, como, aliás, restou provado em audiência.

5. Diante, porém, da relevância da questão e do fato de que os pareceres segundo os quais se deu o indeferimento do pleito, na órbita administrativa, da lavra de ilustríssimos membros do MP, dos autores invocados em tais pareceres e das razões, no mesmo sentido, oferecidas pelo Estado na impugnação do pedido, vê-se esta Curadoria na contingência desalentadora, ante o renome dos colegas que se manifestaram, de, num esforço além da modesta bagagem do oficiante, ousar discordar, *concessa venia*, para sustentar que, ainda em face da norma constitucional, bom e poderoso é o direito do A.

6. Como se viu (item 4.2), os direitos às férias e licenças-prêmio têm cunho social, daqueles que as constituições modernas erigem à sua sede, por considerarem, como acentua Maurice Duverger, citado pelo Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS, Eduardo K. M. Carrion (*in* "A Dimensão Prospectiva das Constituições", Rev. OAB, nº 49/80), que as constituições-programa estão destinadas a "dar aparência de liberal e democrática a regimes de natureza completamente diferente", após lembrar o ilustre mestre gaúcho advertência de Eros Roberto Grau ("A Constituinte e a Constituição que teremos"), que considera um dos mais competentes e autorizados intérpretes, no Brasil, da importância das normas constitucionais programáticas, em repúdio ao "profundo equívoco político da crítica à importância" dessas normas, quando assevera que:

"A Constituição, para que não seja uma mentira e possa ser respeitada e acatada, há de contemplar tão-somente direitos que possam ser imediata e prontamente fruídos pela sociedade" e nela constituintes não deverão incluir meros "acenos para o de que, socialmente, estejam as forças dominantes dispostas a abrir mão."

6.1 Longo seria o exame do assunto, a aprofundar o que sejam direitos sociais, na concepção moderna e ante a sociedade de final de milênio, sobretudo em países em desenvolvimento. Basta assentar-se que a nova ordem constitucional brasileira avançou, como é notório, em proporções nunca vistas, em matéria de declaração de direitos sociais, dentre os quais, evidentemente, não poderia omitir os alusivos ao

funcionalismo estatal. No campo dos direitos sociais, a Constituição de 1988 não se contentou com uma aparência liberal e democrática, nem mesmo em sua parte programática. Seguindo-a, a Constituição Estadual de 1989, dentro da competência de que dispunha, também não incluiu meros acenos, mas abriu mão, no possível, do rigor contra os agentes administrativos, melhor correspondendo à justiça social que lhes é devida e, nesta tônica, preocupou-se em contemplar direitos que possam ser imediata e prontamente fruídos.

6.2 O inciso XVII do art. 77 é um bom exemplo desta ótica do constituinte, que erigiu à condição de direito social do servidor estadual a faculdade de, à sua opção, contar em dobro, para aposentadoria, os períodos de férias e licenças-prêmio ou de tê-los convertidos em pecúnia indenizatória, nestes termos:

“XVII - o servidor público estadual, civil ou militar, poderá gozar licença especial e férias na forma da lei ou de ambas dispor, sob a forma de direito de contagem em dobro para efeito de aposentadoria ou tê-las transformadas em pecúnia indenizatória, segundo sua opção.”

7. O primeiro tópico discutido pelos pareceristas e pela defesa do Estado é o de que o dispositivo seria inexecutável, à falta de regulamentação, por não ser *self-executing*, pode conter a cláusula “na forma da lei”. Demais, a norma ali inserida, segundo a classificação de José Afonso da Silva, seria de *eficácia limitada*, dependendo de lei integradora.

7.1 Discorda esta Curadoria, *data venia*, como passa a demonstrar, a começar pela circunstância de que o dispositivo não contém apenas uma norma, porém duas, iniciando-se a segunda no trecho “ou de ambas dispor”. Assim, a cláusula condicionante de lei posterior vincula-se tão-somente à primeira norma, estando a segunda, que é objeto do mérito deste feito, imune a tal restrição.

7.2 A discordância reside no entendimento de que não há necessidade de lei integradora, ainda que a cláusula “na forma da lei” regesse a norma relacionada ao mérito. E o socorro a esta tese é encontrado no próprio já clássico “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, RT, 1982, de José Afonso da Silva, onde se observa que (pp. 66 e 202) o *princípio é o da incidência das normas constitucionais* e que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma” (*op. cit.*, p. 66).

7.3 Este novo conceito resulta da visão moderna de que “a classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando fala em regras “sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei” (*op. cit.*, 65).

7.4 Propõe então o autor nova classificação, em três categorias, de que faz parte a classe das normas de eficácia limitada, subdivididas em normas de *princípio*

programático e de *princípio institutivo*, estas definidas como aquelas “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou *institutos* (grifamos), para que o legislador ordinário as estruture, em definitivo, mediante lei”. De notar que, na definição, o termo *instituto* não deve ser entendido como referente a um ente, uma pessoa jurídica, mas na acepção ampla corrente em ciência jurídica, como está na definição de De Plácido e Silva no *Vocabulário Jurídico*, Forense, 4ª ed., 1975, vol. II, p. 841, segundo a qual, “na terminologia jurídica, é a expressão usada para designar o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem certas entidades ou certas situações de direito. E com esta compreensão dizemos: instituto cambial, instituto da falência, instituto da hipoteca, instituto da servidão, instituto da tutela, etc.”

7.5 Assim, conquanto em limitada escala, no caso em exame, se há de entender que o inciso XVII do art. 77 da Constituição Estadual vigente dispõe sobre uma parte da *instituição* dos direitos sociais do funcionalismo público.

7.6 Ao exemplificar, esclarecendo-lhes os contornos, normas dessa natureza na CF/69, José Afonso da Silva acentua que elas têm por característica fundamental “o fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação”. “umas, adverte, deixam larga margem ao poder discricionário do legislador, como a do art. 3º de nossa Constituição” (refere-se à CF/69); outras condicionam a ação legislativa futura, como a do art. 19, § 2º; outras já indicam o conteúdo da lei, como a do art. 14 ou do parágrafo único do art. 88. Outras deixam para o legislador ordinário apenas aspectos secundários, como a do art. 23, § 10 (redação da Emenda Constitucional 17/80).

7.7 Apresenta, então, o renomado mestre, com este último exemplo, o atributo mais relevante das normas de princípio institutivo, ao asseverar:

“Em hipóteses como esta última, podem-se perceber duas normas: uma principal, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que, por si, já outorga o direito ou a vantagem nela configurada; e outra secundária, dependente de lei que vem apenas aperfeiçoar a eficácia da principal e indicar os meios mais expeditos e adequados para sua aplicabilidade.” (CF., sobre os tópicos 7.4 a 7.7, *op. cit.*, pp. 112 e 114.)

7.8 O dispositivo que serve de base a tal asserção (CF/69, art. 23, § 10) estabelecia duas normas: na primeira, destinava 50% da arrecadação tributária do ITBI aos Estados e outra metade aos Municípios onde se localizassem os imóveis; na segunda, determinava que as parcelas pertencentes aos municípios fossem creditadas em contas especiais abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, “na forma e nos prazos estabelecidos em lei federal”.

7.9 “Esta primeira norma do dispositivo é plenamente eficaz e de imediata aplicabilidade em relação à situação de vantagem que consagra em favor dos municípios”, adverte o constitucionalista, para a seguir completar que, no momento da arrecadação, as parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais abertas em estabelecimentos oficiais de crédito; “neste momento, essa lei ainda não existe, mas isto não influi no direito dos municípios, outorgado na primeira

parte do texto, porquanto a norma contida neste não tem sua eficácia dependente da lei referida na norma contida na segunda parte.” E, adiante, remata: “... no caso, o direito configurado eficazmente no texto constitucional não pode ficar paralisado na dependência de providência de caráter secundário e de simples trâmite burocrático” (*op. cit.*, p. 123).

7.10 Atingimos, assim, a pedra de toque da *vexata quaestio* trazida aos autos: por analogia ao exemplo, que se encaixa como luva ao caso em análise, tem-se que, por conter duas normas, o disposto na segunda parte do inciso XVII do art. 77 da Constituição Estadual vigente não depende, em sua aplicabilidade, de lei integrativa, pois:

1ª norma - “o servidor público estadual, civil ou militar, poderá gozar licença-prêmio especial e férias, na forma da lei”, e

2ª norma - “ou (*poderá*, oculto por elipse) de licença especial e férias (“delas”) dispor, sob a forma de direito de contagem em dobro para efeito de aposentadoria ou tê-las transformadas em pecúnia indenizatória, segundo sua opção.”

7.11 Como se vê, o constituinte decidiu regular diretamente a questão da opção do servidor entre contar as férias e licenças em dobro, para aposentadoria, e receber pecúnia indenizatória. Já o direito de gozar qualquer das duas vantagens, o legislador ordinário regulará. Não tendo havido lei nova a respeito, entende-se que permanecem vigentes as disposições legais alusivas ao gozo desses direitos, ante o instituto da recepção da lei anterior pela nova constituição (cf. a respeito, *op. cit.*, pp. 205/208).

7.12 Finalmente, quanto a este tópico, resta relembrar as importantes advertências de J. Afonso da Silva (*op. cit.*, pp. 111 e 126), de que as normas desta natureza não são “destituídas de aplicabilidade, como querem aqueles que as chamam de normas de eficácia ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada significam, enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem”. “Pelo que deixamos exposto, podemos asseverar que elas são aplicáveis independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham.” “As normas constitucionais em tela são de aplicabilidade imediata, no que tange à legislação anterior, inclusive em relação a normas constitucionais preexistentes”...

7.13 Para concluir, nesta matéria, há que considerar seu cunho de direito relacionado com as garantias sociais, à ordem pública, valendo que se atente para as lições de Nagib Slaibi Filho, in *Anotações à Constituição de 1988*, Forense, 1ª ed., 1989, pp. 74 e 198:

“A legitimidade da Constituição, a aceitação e aplicabilidade de suas disposições, é matéria que não se esgota nos estudos jurídicos - é questão política e como tal deve ser analisada, pois não está submetida a regras objetivas, mas à realidade individual e coletiva.”

“A final, caberá sempre ao juiz a aplicação constitucional da declaração de direitos fundamentais e não poderá o magistrado esquecer, ainda que inexista norma infraconstitucional

específica, que tais direitos são fundamentais, exercitáveis não só perante o Estado mas perante toda a sociedade.”

8. Outra questão suscitada pelos eminentes pareceristas e pela defesa diz respeito à sua alegação de que a matéria encerrada no inciso XVII do art. 77 da Constituição Estadual é reservada à iniciativa do Poder Executivo, não podendo o constituinte invadi-la. A alegação encontra sua melhor resposta no mesmo trabalho do ínclito Prof. Nagib S. Filho, quando (pp. 180/181) admoesta que “a Constituição Estadual deverá obedecer aos princípios da Constituição Federal. Quais seriam esses princípios? São aqueles do art. 25, que diz que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal. Os princípios a serem observados são aqueles do art. 34, VII, e os que dão aos Estados uma faixa própria de atuação: não poderá o Estado-membro, por exemplo, exercer uma competência local, outorgada, pela Constituição Federal, ao Município”.

8.1 Nem no art. 25, nem no 34, VII se encontra qualquer óbice a que o constituinte estadual fizesse inserir na Carta local dispositivos alusivos aos direitos sociais do funcionalismo público. Demais, são essência das constituições modernas, como acentua N. Slaibi Filho (*op. cit.*, p. 194), os direitos “novos” ou sociais, “isto é, direitos públicos subjetivos”, como os de previdência social e outros que “cada vez mais ascendem do mero nível de norma infraconstitucional, ao sabor das paixões momentâneas, interesses eventuais e tendências emocionais de assembleias legislativas temporárias, para o patamar de norma constitucional formal, de decisões políticas fundamentais, proclamadas solenemente em linguagem altissonante, tangíveis somente às maiorias qualificadas, em longos processos de mutação constitucional formal”.

8.2 Aliás, foi exatamente considerando esta tendência que a própria Constituição Federal de 1988, a par de também resguardar, como curial, a reserva de iniciativa ao Presidente da República, no art. 61, § 1º, erigiu ao *status* constitucional direitos sociais ao servidor público federal estabelecendo, assim, modelo não censurado pelo prurido da reserva de competência.

8.3 Restaria, neste particular, questionar se, diante do texto constitucional vigente, haveria alguma vedação a que a constituição estadual avançasse, em direitos sociais, além das lindes estabelecidas pela congênere federal. A questão teve relevância na vigência da CF/69, graças à má redação de seu art. 13 e inc. V, que levou o STF (R.E. nº 71581) a reformular o anterior entendimento de que era lícito aos Estados ampliar os direitos outorgados ao funcionalismo (cf. a respeito H. L. Meirelles, *op. cit.*, pp. 383/391, e Caio Tácito, *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, pp. 312/319). Hoje, porém, em face da nova feição constitucional federal, conforme já analisado, não faz mais qualquer sentido pretender vedar com obscurantismos a atuação constitucional estadual, no particular, sobretudo em assunto de tão estrita abrangência. De todo sem utilidade, assim, *data venia*, a invocação, feita nestes autos, do acórdão proferido pelo STF na Representação nº 1.318 (RDA 169/60), porque se refere à ordem constitucional de 1969.

9. Outro ponto ferido pela defesa diz respeito à alegação de que o pleito do A. não teria a abrangência pretérita pretendida, porque as verbas solicitadas aludem a períodos aquisitivos anteriores à vigência da atual Constituição Estadual. Improcede,

perdoe-se, a afirmativa, porque, como já apreciado, o termo inicial do lapso prescricional flui a partir da aposentadoria (item 4.1).

10. Por fim, a dúvida restante, levantada pelos pareceristas, alude ao que se haverá de entender por “pecúnia indenizatória”, quando o texto constitucional dá ao servidor o direito à opção por ter transformadas as férias e licença-prêmio em pecúnia indenizatória.

10.1 Ao ver desta Curadoria, a matéria não é de difícil solução, considerando-se a teoria do locupletamento ilícito. Parece plenamente compreensível que a chave do deslinde reside exatamente na palavra indenizatória, a demonstrar que o valor em espécie (pecúnia, em qualquer dicionário, é dinheiro) será o correspondente àquele que o servidor perceberia no período do repouso, o que determina a legislação vigente, recepcionada pela Constituição. Isto nada mais será do que estipendiá-lo com os valores que ele receberia trabalhando, uma vez que é este o valor que lhe cabe quando fruindo o repouso, com a adução dos acréscimos legais e demais consecutórios, conforme o pedido e a sábia apreciação do Magistrado.

10.2 Oportunos aqui os sábios ensinamentos da extraordinária autoridade de Carlos Maximiliano: “As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia” (*Hermen.*, 7a. ed., 1961, p. 276).

10.3 As normas constitucionais ora em exame têm evidente objetivo de resguardo do equilíbrio social. Nem mesmo seria necessária a reclamada legislação integradora, a que se reportam, como condicionante, os pareceristas que as analisaram. Sobretudo porque, em verdade, o locupletamento injusto, como sabido, não se resolve, a rigor, por indenização, mas sim pela restituição. Ao empregar, por sinônimo, o termo indenização, o legislador constituinte não pretendia que férias e licenças-prêmio fossem convertidas em algo além do estipêndio devido ao servidor, se trabalhando estivesse, pois, do contrário, estaria invertendo o ônus, fazendo um enriquecimento sem causa contra o Estado. Por outro lado, se a reparação ao servidor fosse estabelecida em reposição inferior ao que lhe é devido pelo trabalho habitual, estar-se-ia adotando regra contra os princípios da Moral. “Cumprer, adverte Maximiliano (*op. cit.*, p. 205), dilatar ou restringir o sentido do texto, a fim de que este não contravenha os princípios da Moral” (cf., ainda, íntegra deste texto sobre Moral).

10.4 Ora, se a restituição há de ser nem mais, nem menos do que o valor dos vencimentos correspondentes ao período reclamado, despicienda a regulamentação reclamada.

10.5 Voltando a Maximiliano (*op. cit.*, pp. 142, 310 e 385), há que ter em mente que as palavras “não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se de acordo com o objetivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade”. “Cada palavra pode ter mais de um sentido; e acontece

também o inverso - vários vocábulos se apresentam com o mesmo significado; por isso da interpretação puramente verbal resulta ora mais, ora menos do que se pretendeu exprimir. Contorna-se, em parte, o escolho referido, como examinar não só o vocábulo em si, mas também em conjunto, em conexão com outros”.

10.6 “Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade”, aconselha velho brocardo, lembrado pelo notável jurista.

10.7 A conclusão é que se deve entender como restituição o vocábulo indenização, do texto constitucional, para efeito de aplicar à solução da hipótese o enriquecimento injusto. Isto porque, não codificada diretamente entre nós, a matéria tem sido tratada, pela jurisprudência, pela via de dois institutos assemelhados - a gestão de negócios e o pagamento indevido -, codificados no repositório civil (arts. 946/971 e 1331/1345), o que ensejou Pontes de Miranda, ao comentar o art. 946, que o “enriquecimento injustificado não se dá somente pelo pagamento indevido. O conteúdo do Código Civil apanha qualquer locupletamento sem causa”.

10.8 A. Lindbbergh C. Monteiro (*Ressarcimento de Danos*, 1982) observa que, como quer que seja, o Direito sempre condenou o locupletamento indevido em todas as suas formas e situações. “A sanção outra não poderia ser que a restituição daquele *plus* injustamente recolhido”, conclui, em consonância ao fato de a disciplina codificada usar invariavelmente o termo restituição. E bem esclarece a diferenciação entre os institutos: “no enriquecimento sem causa, a indenização se processa em bases comedidas. Aqui, busca-se compensar o desequilíbrio entre dois patrimônios, na medida em que um deles realmente se beneficiou à custa do outro. Por isso, a restauração do *status quo ante*, postulado básico da teoria da indenização do dano, dificilmente é atingida. Falta-lhe aquela equivalência entre o dano e o ressarcimento, objetivo quase sempre alcançável nas ações de responsabilidade por ato ilícito.”

10.9 Reparar, no caso vertente, portanto, será estritamente restituir ao servidor, em pecúnia, o trabalho que desenvolveu a mais. Mais do que isto, será injusto; menos, comparando-se o que disse Clóvis Beviláqua, sobre o indébito que se repete ao Fisco, será *extorsão* (o particular de quem se exige imposto indevido, para o Mestre, sofre uma extorsão).

Não se faz necessário, portanto, esperar legislação complementar para identificar o *quantum* a restituir, ou, na expressão imprópria da carta estadual, indenizar.

10.10 Relevante caso análogo está contido no trabalho de N. Slaibi Filho (*op. cit.*, pp. 400/406), em que o ilustre jurista analisa, proclamando-a, a auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da CF/88, que fixa os juros de 12% a/a, considerando que o próprio texto constitucional já deu à questão toda a abrangência necessária. Após examinar tal abrangência, indaga: “O que mais poderia fazer a lei complementar?”, para concluir, em seguida, que não há “como buscar novos conceitos que nada mais significariam que meios de fraude à Constituição, como a idéia de juros líquidos ou juros brutos,” advertindo:

“Em qualquer sistema de direito, a interpretação é a averiguação do conteúdo das proposições jurídicas e, na realidade, a interpretação não é um processo que se separe da aplicação da norma a determinada situação de fato.”

11. Pretender, pelas mesmas razões, frustrar aplicação ao preceito constitucional em que se esteia o A. será laborar contra a motivação que levou as constituições modernas a fazer inserir em seu texto matérias, como relembra o mencionado autor, no mesmo texto, “não estritamente políticas, de forma a fazê-las escapar das alterações que possam ser feitas por maiorias eventuais nos parlamentos temporários”.

12. Isto posto, opina esta Curadoria pela procedência do pedido, ressalvando que a questão aqui examinada comporta futuro estudo - mas a tanto não leva a lide em seus exatos termos - sobre a aplicabilidade do dispositivo constitucional focalizado em relação aos servidores em atividade e não simplesmente aos aposentados, porquanto tal restrição não é clara no conteúdo das normas em apreço, nada impedindo, salvo melhor exame, tal extensão, à luz do sistema jurídico.

Em 22 de outubro de 1992.

DÁRIO GADÊLHA
2ª Curador de Fazenda Pública