8 - Licença especial. Distinção entre aquisição e exercício de direito. Princípio constitucional da eficiência como limite ao fracionamento excessivo de períodos de gozo. Novo entendimento com aplicação restrita a requerimentos futuros: princípio da confiança legítima.[1]

I

1. Trata a espécie de pedido administrativo, apresentado pela servidora **Vânia Maria Xavier Holanda**, ocupante do cargo de Técnico de Controle Externo, Ref. 16, em petição dirigida ao Conselheiro Presidente, solicitando a concessão de 02 (dois) dias de licença especial a que alegadamente faz jus em decorrência do período aquisitivo situado no quinquênio 10/11/1992 a 10/11/1997. O usufruto do referido direito aconteceria no período de 19 e 20 do mês corrente.

2. Documentos constantes nos autos:
- Requerimento da servidora (f. 01);
- Despacho da Secretaria de Administração à Gerência de Atos Funcionais para providências (f. 02);
- Resolução nº 2929/97 que apura o tempo de serviço da servidora e reconhece o direito à concessão de licença especial (f. 03);
- Informação nº 103/2016 da Gerência de Atos Funcionais (f. 04);
- Despachos do Gabinete da Presidência à Procuradoria Jurídica (f. 05).

É o breve relatório.

1 Parecer 699/2016 (Processo 09463/2016-1)

II

Passo a opinar.

II.1. Do direito à licença-especial

3. A Informação de nº 103/2016, da Gerência de Atos Funcionais, esclarece que o pedido expresso na peça preambular tem "amparo legal nos art. 105, § 3º, e art. 107, Lei nº 9.826/1974 (Estatuto dos Funcionários Públicos e Civis), em vigor à época em que a peticionante adquiriu o direito à licença especial em tela". Cita, outrossim, trecho do normativo citado:

> "Art. 105 - Ao funcionário público que contar 5 (cinco) anos de serviço ininterruptos será concedida licença especial de 3 (três) meses com vencimentos integrais, assistindo-lhe, no caso de desistência, o direito de contar em dobro o tempo respectivo para os efeitos de aposentadoria, disponibilidade e progressão horizontal.
> (...)
> § 3º – A licença especial poderá ser gozada, a pedido do funcionário, de uma só vez, ou parceladamente, atendidas as conveniências do requerente e do Sistema Administrativo.
>
> Art. 107 – O direito de requerer licença especial não está sujeito a caducidade."

4. Dessa forma, é bem de ver que a Gerência de Atos Funcionais entende que a requerente adquiriu o direito a licença especial à época em que se encontrava em vigor a norma legal, por mais que os pressupostos de direito da licença em tela tenham sido revogados pela Lei nº 12.913, de 17 de junho de 1999, D.O.E de 18.06.1999.

5. Esta Procuradoria Jurídica atesta a correção jurídica do posicionamento do Setor Demandante, porquanto cônsono à Consti-

tuição Federal. Com efeito, a superveniência de lei posterior que importa na revogação da norma jurídica em tela não atinge a aquisição do direito, afinal, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta de 1988 é claro ao pontificar que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

6. O caso é de incidência da garantia do direito adquirido, instituto cujos contornos foram magistralmente delineados pelo eminente Celso Bastos[2]:

> "(...) Entretanto, se em princípio não há o direito adquirido em virtude de estar-se diante de uma relação estatutária, há dois aspectos nesta relação que gera direito adquirido. Primeiramente, há o direito adquirido com relação àquelas situações jurídicas consolidadas em favor do funcionário, em razão de ter ele implementado as condições previstas na hipótese legal para sua concessão. Assim, se por exemplo, a lei determinar que todo aquele que preste serviço durante um ano tem direito a 30 dias de férias, aquele que cumprir o prazo estipulado tem direito ao gozo dessas férias, mesmo que, posteriormente, lei nova elimine essa vantagem. **O funcionário já houvera adquirido o direito pela concretização, a seu favor, da hipótese legal. Trata-se, agora, de simples exercício do direito. A lei nova não pode abolir situações consolidadas em favor do funcionário, visto ter ele implementado as condições legais para sua concessão."** (destacamos).

7. Tais linhas mostram-se inteiramente em harmonia com o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que diferencia a **aquisição de direito do exercício de direito**. Efetivamente, a primeira redação da Súmula 359 do STF assim rezava:

> "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos

2 BASTOS, Celso. "O Funcionário público natureza estatutária do seu regime". In: *Revista de Direito Público*. Vol. 5, n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 155-156.

> da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária."

8. Posteriormente – mas no já distante ano de 1973 – o STF conferiu nova redação ao enunciado, suprimindo a expressão final "inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária":

> "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários".

9. Tal modificação no enunciado 359 consagrou tese jurídica de notável consequência: **uma coisa é a aquisição de um direito, que se dá pelo preenchimento, no mundo dos fatos, dos requisitos postos na hipótese normativa pertinente, outra coisa é o momento em que aquele que adquiriu o direito decide exercê-lo**. Posicionamento que tem sido exaustivamente repetido pelo Supremo Tribunal Federal em casos que versam sobre a aplicabilidade da garantia do direito adquirido em face de mudança legislativa superveniente, senão vejamos:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA EM TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98.
> I. - Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço: direito adquirido na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a conversão. Precedentes do STF.
> II. - Agravo não provido"
> (Supremo Tribunal Federal, RE 394.661/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 14/10/05).

10. Em atenção aos posicionamentos doutrinário e jurispruden-

cial pertinentes ao tema, acima declinados, devemos convir que as situações jurídicas que preencheram os requisitos demarcados pelo art. 105, § 3º, e art. 107, Lei nº 9.826/1974, antes de sua modificação em junho de 1999, estão perfeitas e acabadas, passando a figurar no patrimônio jurídico da servidora e sendo de possível usufruto no corrente ano.

II.2. Sobre o exercício do direito de usufruir dias de licença-especial fracionadamente

11. Observa-se o que aduz a Gerência de Atos Funcionais em sua Informação nº 103/2016, que com o fito de preservar a atuação administrativa desta Corte de Contas tem recomendado aos servidores que requeiram licença especial parceladamente a fazê-lo por um período mínimo de 05 (cinco) dias. Tal orientação, esclarece a Gerência, é uma praxe informal adotada pelo setor que, até então, sanou todas as diligências nesse sentido de forma satisfatória a todos os solicitantes.

12. Com efeito, o art. 105, §3º do Estatuto do Servidor é claro ao colocar que a situação pode ser concedida alinhando a conveniência entre a Administração Pública e o servidor, tendo em vista suas obrigações funcionais, podendo ser concedida de forma fracionada ou de uma só vez. A praxe da Gerência de Atos Funcionais em recomendar ao servidor que solicite a licença a partir de 05 (cinco) dias refletiria, assim, um zelo por parte da Administração visando a economicidade processual, contudo, a mesma Gerência reafirma a informalidade da orientação frente a legislação pertinente (ff. 04-05).

13. A fim de sanar o impasse administrativo que ora é apresentado a esta Procuradoria Jurídica, a Gerência de Atos Funcionais propugna por uma orientação que, se ratificada pela Presidência, tornar-se-á referência para as situações similares subsequentes (f. 05).

14. Como ponto de partida, assumimos a ausência de regra

jurídica positivada para tratar o tema. Nem o Estatuto do Servidor, nem as resoluções deste Tribunal de Contas, regulamentam de que modo o exercício do direito à licença especial deve se compatibilizar com o princípio da continuidade do serviço público.

15. Tem-se um caso de lacuna no ordenamento jurídico. Poder-se-ia cogitar que o mais indicado seria se valer de métodos de autointegração do ordenamento jurídico, como a analogia, costumes e princípios gerais do direito (art. 4º, LINDB). Contudo, dado o princípio da legalidade estrita que caracteriza o regime jurídico administrativo, revela-se fundamental que o princípio da continuidade do serviço público possa ser garantido por meio de ato administrativo de caráter regulamentar que normatize de que modo possa ocorrer o fracionamento.

16. O fato de os arts. 105 e ss. da Lei 9.826/74 não ter disciplinado o assunto, diretamente, não é óbice para isso; não comove o argumento de que não poderia o regulamento limitar o exercício de "um direito" ali onde a lei não limitou. Isso porque se, de um lado, o Estatuto do Servidor garante o direito à licença especial, por outro lado tal normativo também valorou a continuidade do serviço público como um bem jurídico a ser tutelado. Nessa seara, clama que situações como as que são narradas na Informação nº 103/2016 – de fracionamentos com uso de 5 (cinco) dias! – possam ser evitadas, eis que claramente se contrapõem ao princípio constitucional da eficiência, à racionalidade administrativa e à continuidade do serviço público. Basta realizar o simples exercício de imaginar que a aquisição de 90 (noventa) dias de licença poderá render 18 (dezoito) períodos de gozo. Ou seja: por 18 vezes a máquina administrativa é movida para se instruir um processo e deferir a licença, com consequente publicação no DOE-TCE.

17. Um exame de como a questão é vivenciada em outros entes federais mostra que, na conveniência da Administração, é sim possível editar ato administrativo disciplinando o exercício da licença especial (ou licença-prêmio).

18. Testemunha, nesse sentido, o **Estado do Rio de Janeiro**. Efetivamente, o Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/1975) prevê o benefício "licença-prêmio", em tudo igual à nossa licença especial, mas em nenhum momento demarca limites ao seu exercício. Semelhante tarefa coube ao poder regulamentar: o art. 135 do Decreto 2.479/79 diz que a licença pode ser usufruída integralmente ou em períodos de no mínimo 1 (um) e no máximo 2 (dois) meses.

19. Também na **União Federal** a licença-prêmio (ou especial) não era um direito absoluto do servidor, de modo a ser usufruído como bem queira. Na redação original da Lei 8.112/1990 havia enunciação no sentido de que "Após cada qüinqüênio ininterrupto de exercício, o servidor fará jus a 3 (três) meses de licença, a título de prêmio por assiduidade, com a remuneração do cargo efetivo." (art. 87). Havia até previsão de que o benefício não seria concedido caso ocorressem hipóteses como afastamento por licença por motivo de doença ou se em desfavor do servidor fosse imputada penalidade disciplinar de suspensão (art. 88, Lei 8.112/90).

20. Como se sabe, a licença-prêmio não mais vige no âmbito da União. A Lei 9.527/1997 revogou os dispositivos acima mencionados da Lei 8.112/90. O fundamental, para nossos fins, é perceber que, no âmbito federal, não havia limitações quanto à fruição do gozo da licença-prêmio na Lei 8.112/90: era o poder regulamentar do Executivo que o fazia.

21. Com efeito, a **Instrução Normativa nº 4/1994, da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República** – que à época detinha a competência para tratar de assuntos relativos ao pessoal civil do Poder Executivo da União – assim demarcava o modo como se dava a fruição do benefício em tela:

(...)

> 2.1 – A licença-prêmio deverá ser gozada **de uma só vez ou parceladamente, em dois ou três períodos, sendo que nenhum desses períodos poderá ser inferior a 30 (trinta) dias consecutivos.**
>
> 2.2 – O servidor deverá requerer a concessão da licença-prêmio junto à unidade de Recursos Humanos, indicando a forma em que deseja usufruí-la. O atendimento do pedido ficará subordinado aos interesses da administração. **(grifos nossos)**

22. Como elucidado, a forma de fruição da licença especial na esfera federal não está entregue a decisão unilateral do interessado, pelo contrário, visando a preservação da continuidade da prestação do serviço público, **a União delimitou em dois ou três períodos a concessão da licença, não podendo tal período ser inferior a trinta dias**.

23. Disciplina que guarda clara inspiração no princípio constitucional da eficiência, e que prestigia o princípio da continuidade do serviço público. Ora, a conveniência e oportunidade da Administração Pública consiste em aspecto que deve ser sempre valorado quando da concessão da licença. Tal poder é um instrumento que se dá em decorrência do ônus da Administração de prestar um serviço público de modo impessoal. Não pode a Administração ser contínua e impessoal e, a um só tempo, se submeter à agenda de seus servidores. **A gestão pressupõe planejamento**. Não é boa gestão – isso é indisputado – a concessão repentina de licenças, sem a menor previsibilidade.

24. Por todo o exposto, à guisa de colmatação da lacuna jurídica identificada, **recomendamos** ao Exmo. Sr. Presidente:

(i) que seja baixado ato normativo secundário disciplinando o exercício da licença-especial, para os servidores que tiveram tal benefício incorporado em seu patrimônio jurídico;

(ii) alternativamente, pode S. Exa. se valer, por analogia, do art. 9º da Resolução Administrativa 1418/2007, que normatiza

o gozo de férias no âmbito deste Tribunal de Contas do Estado, e que prevê a possibilidade de fracionamento nos seguintes termos:

> "Art. 9º – As férias poderão ser gozadas consecutiva ou parceladamente.
> (...)
> §2º – O parcelamento do período de férias de que trata este artigo poderá ocorrer, a critério do servidor, em:
> I- dois períodos de 15 (quinze) dias;
> II- um período de 12 (doze) dias e outro de 18 (dezoito) dias."

II.3. Da aplicação de tal entendimento para casos futuros

25. Na eventualidade de o posicionamento acima mencionado ser acolhido, pugna-se pela sua aplicação prospectivamente (*ex nunc*), forte no fundamento de que a Administração Pública não pode adotar interpretação retroativa:

> "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
> (...)
> XIII – **interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação**."
> (Lei Federal 9.784/99, de aplicação subsidiária)

26. Na doutrina, o tema foi inexcedivelmente trabalhado pelo Prof. J. J. Gomes Canotilho, ao abordar os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção da confiança legítima**:

> "Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexionada com elementos objectivos da

> ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. (...) Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial"[3]

27. Todos os poderes do Estado, e com este Tribunal não é diferente, têm a obrigação de respeitar a necessidade que o homem tem de conduzir e planificar a sua vida a partir das evidências que lhes são disponíveis. A consequência jurídica usualmente atribuída a um comportamento jurídico, quando modificada jurisprudencialmente, deve sempre ter aplicação *pro futuro*.

28. Esse cuidado orientou o STF, quando do recente julgamento da ADI 5127 (em 15.10.2015), no qual foi assentado que "É incompatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação". A despeito da tese, o Plenário do STF eximiu-se de declarar a inconstitucionalidade do artigo atacado. Doravante, entretanto, consignou que não mais aceitará, aquela Corte Superior, a inclusão de emenda parlamentar com objeto heterogêneo ao da Medida Provisória, ao seguinte argumento:

> "Em primeiro lugar, seria a primeira oportunidade de a Corte enfrentar o tema, e compreensão diversa subtrairia a possibilidade de diálogo entre os diversos ramos do Estado sobre a matéria. Em segundo lugar, essa prática alusiva à conversão de medidas provisórias estaria arraigada, a resultar em diversas normas produzidas de acordo com o procedimento.

3 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

> Assim, a decisão da Corte não poderia provocar insegurança jurídica, de modo que estariam preservadas as leis fruto de conversão de medida provisória, no que diz respeito à inconstitucionalidade formal."[4]

29. Entendimento que, muito antes de encerrar qualquer singularidade nacional, encontra suporte no direito comparado. Seja no direito alemão, cristalizado pelo princípio da "proibição da decisão surpresa" (*Überraschungsentscheidung*)[5]. Seja, recentemente, no âmbito do Direito Comunitário, porquanto em 21.10.2013 a Corte de Estrasburgo proclamou a tese de que a aplicação retroativa de novo entendimento jurisprudencial viola o princípio da segurança jurídica[6].

II.4. Do encaminhamento do caso dos autos.

30. Exatamente em razão da aplicação apenas *pro futuro* do novo entendimento aqui preconizado é que opinamos no sentido de que a Interessada, a Sra. Vânia Maria Xavier Holanda, tenha por deferido o seu requerimento. Ora, a Interessada peticionou ao Excelentíssimo Senhor Conselheiro Presidente rogando pela concessão de sua licença especial, tendo em vista a legalidade e a possibilidade jurídica do pedido, respaldado pela anuência de sua chefia imediata, a Diretora Administrativa e Financeira Sra. Silvânia De Oliveira Chaves Brilhante, atendendo ao que se pede no art. 105, §3º da Lei nº 9.826/1974.

31. Confiou-se legitimamente, a Interessada, assim, no entendimento do setor administrativo deste Tribunal de que a licença-especial pode ser gozada parceladamente, pelo que opinamos pelo

4 Supremo Tribunal Federal, ADI 5127/DF, Rel. designado Min. Edson Fachin, Decisão de 15 de outubro de 2015.

5 NERY JR., Nélson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, pp. 231-233

6 Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso "Del Río Prada v. Spain" (*Application* 42750/09), julgado em 21.10.2013 (Grande Câmara).

deferimento.

III

32. Ante todo o exposto, esta Procuradoria Jurídica é de parecer que:

> **a)** o gozo de licença-especial, no âmbito deste Tribunal de Contas, necessita de regulamentação, em benefício do princípio da continuidade do serviço público, pelo que **recomendamos**:
>
> > **(i)** que seja baixado ato normativo secundário disciplinando o exercício da licença-especial, para os servidores que tiveram tal benefício incorporado em seu patrimônio jurídico; ou que
> >
> > **(ii) alternativamente**, para que a Presidência determine a aplicação, por analogia, do art. 9º da Resolução Administrativa 1.418/2007, que normatiza o gozo de férias no âmbito deste Tribunal de Contas do Estado, e que dispõe de que modo pode ocorrer o fracionamento de férias;
>
> **b)** que em decorrência do princípio da confiança legítima, o entendimento a ser adotado pelo Exmo. Sr. Presidente tenha aplicação tão somente prospectiva, *pro futuro*;
>
> c) pelo **deferimento** do pedido de licença especial da Interessada, que se confiou legitimamente na prática de parcelaridade plena de licença especial, adotada pela Administração deste Tribunal.

33. Autos encaminhados ao Exmo. Sr. Presidente inobstante

versar sobre licença-especial, forte no fundamento que as delegações previstas na **Portaria 163/2016** se dão sob a **cláusula de reserva de poderes**.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

DESPACHO

1. Aprovo o Parecer 699/2016.

2. Defiro o pedido de licença especial de 2 (dois) dias à servidora Vânia Maria Xavier Holanda.

3. Prepare-se a portaria, para concessão da licença, nos termos do § 3º do art. 105 da Lei Estadual nº 9.826/1974, para aposição de assinatura.

4. Acolho a recomendação posta no Parecer 699/2016: que para os casos futuros seja aplicado, por analogia, o art. 9º da Resolução Administrativa 1.418/2016.

Expedientes necessários.

Fortaleza, de dezembro de 2016.

Conselheiro **Edilberto Carlos Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

DIREITO DE PESSOAL

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ
Rua Sena Madureira, 1047 - Centro
Fortaleza - Ceará | CEP: 60-055-080