GRATIFICAÇÕES "EX-FACTO TEMPORIS" NA FUNÇÃO PÚBLICA

FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA
Procurador da Prefeitura de
São Paulo

SUMÁRIO: — *Definição* — *Declaração unilateral de vontade* — *Gratificações em gênero* — *Gratificações adicionais* — *Promoção* — *Licenças-prêmios* — *Direitos e Vantagens* — *Conclusões.*

I

1. Gratifício ou gratificação é palavra correspondente ao ato de gratificar. Êste verbo, ideològicamente considerado, ora exprime retribuição decorrente de mera liberalidade de quem a dá, ora retribuição obrigatória. Num e noutro caso, o que o caracteriza é a preexistência de um fato que, presumível ou declaradamente, aproveite ao gratificante.

Se uma pessoa, por algum modo declara recompensar, de futuro, outra de quem lhe possa vir benefício, então a gratificação que se verifique, já não pode ser entendida como emanada da liberalidade. Com maior razão, deve ficar firmado tal princípio, se a declaração de recompensa é feita por algum meio formal.

2. Uma das aplicações mais comuns do que foi dito há pouco está, sem dúvida alguma, na teoria das declarações unilaterais da vontade, a que a lei brasileira dá agasalho.[1] Com efeito, se alguma pessoa declara, solene e formalmente, que dará a outra certa recompensa em virtude de fato que repute suscetível de lhe trazer proveito, fica obrigada e não poderá, jamais, dar à recompensa o caráter facultativo, que, noutras circunstâncias, isto é, se não fôsse precedida de promessa formal, ela poderia conservar. Dever-se-á, aí, compreender que a retribuição, em virtude de auto-imposição do gratificante, passa à categoria de prêmio e, como tal, ganha o sentido de uma prestação protegida jurìdicamente e revestida de tôda a circunspeção negocial.

Ora, parece dispensável ajuntar aqui que a teoria das declarações unilaterais da vontade se aplica a tôdas as pessoas capazes e, portanto, também ao Estado e às pessoas jurídicas de direito público a êle equiparadas. No Estado de Direito não se aceitaria efetivamente que êle não se submetesse, como as demais pessoas,

1 Código Civil, arts. 1.521/1.515.

ao próprio direito que declara através de suas leis. Seria de aberrante injustiça, pois, dar às promessas formais do Estado o sentido de mera aventura. Eis por que, forçoso é concluir, sempre que o Poder Público realize, através dos meios de expressão que lhe sejam dados, uma promessa como as de que aqui se fala, deve cumpri-la.

3. Sabe-se que, entre os meios formais de declaração da vontade do Estado, é a lei o de maior relevância. Ainda que ela, por seu caráter de generalidade, não possa, pois, individuar as hipóteses em que cabe gratificar, basta que haja estabelecido em seu texto as condições em que cumpre dar gratificações, a fim de que, como conseqüência, fique o Estado obrigado perante aquêles que as preencham. Há aí, indubitàvelmente, uma declaração unilateral da vontade, da qual surge, de um lado, um dever jurídico, e, de outro, um direito.

4. A introdução ora feita nos leva necessàriamente a concluir que as gratificações plenamente motivadas, na função pública, devem ser tidas e reconhecidas por todos como as advindas de negócios jurídicos, isto é, tão sérios como quaisquer, não podendo, assim, os administradores deixar de dá-las pelo prevalecimento de que o Estado foge à regra. É tudo isto que procuraremos aplicar ao tema que nos ocupará.

II

5. No que diz respeito à função pública, nossas leis e estatutos de funcionários prevêem diferentes modalidades de gratificações. Por suas características, classificamo-las em:

a) gratificações *ex-facto officii*;

b) gratificações *ex-facto temporis*.

São gratificações *ex-facto officii* as que se prendem à função pública, considerada puramente em seu caráter objetivo, isto é, no que ela se conecta com o serviço público; de revés, as gratificações *ex-facto temporis*, tendo caráter mais pronunciadamente subjetivo em relação ao funcionário, prendem-se ao fator tempo, quando não exclusivamente, ao menos com uma associação que mostraremos oportunamente neste trabalho.

6. Referentemente às gratificações *ex-facto officii*, podemos extrair dos textos legais em vigor as seguintes modalidades:

I) gratificações de deslocamento, pagas, ou pagáveis a funcionários por terem êstes exercício de função pública em zonas, ou locais que plenamente as justifiquem;

II) gratificações preventivas da infortunística, pagas, ou pagáveis a funcionários por exercerem êstes função pública que importe risco de vida, ou da saúde;

III) gratificações *pro-labore*, pagas, ou pagáveis, quando o funcionário realize serviço extraordinário, assim entendido o que excede da jornada funcional, por antecipação, ou prorrogação desta;

IV) gratificação por serviço excedente, de caráter sempre técnico e de que a Administração pública tire real proveito, desde que produzido pora do horário normal do serviço público e nenhuma relação direta mantenha com os encargos do funcionário a ser gratificado;

V) gratificação pelo exercício de função pública em comissão, quando a lei de expresso a permita;

VI) gratificações a título de representação;

VII) gratificações em virtude do exercício de um suplemento de encargos a que a lei, atentas razões de conveniência, não imprime de expresso o caráter de cargo (função gratificada);

VIII) gratificações por substituições em cargos, quando a lei permite sejam assim transitòriamente providos.

7. As gratificações *ex-facto temporis* dividem-se em: 1.º) Puras; 2.º) Modais. Dizem-se Puras, as que se ligam única e exclusivamente ao fator tempo de serviço público, chamadas Gratificações Adicionais, ora sob a forma de percentagens progressivas até 20%, ora sob a forma de "4.ª parte", mas sempre baseadas no tempo de serviço do funcionário público.

As Modais divergem um pouco das Puras, pois, embora também ligadas ao fator tempo, se prendem, ainda, a outras exigências complementares. Estão na espécie as Licenças-Prêmios.

III

8. O presente estudo é consagrado às gratificações *ex-facto temporis*. De onde, impor-se-nos excluir tôdas as espécies acima lembradas e, finalmente, fixar idéias respeitantes apenas a elas. Daí os seguintes capítulos se quadrarem bem à contemplação das gratificações adicionais e das licenças-prêmios.

IV

9. Segundo já o fizemos sentir, as gratificações adicionais têm relação exclusiva com o fator tempo. Consistem em aumentos de paga devidos ao funcionário (à base de 5% a 20% ou simplesmente da 4.ª parte depois de 20 anos de serviço público) pelo fato de êle contar certo têrmo de serviço público que a lei estabelece como essencial aos ditos aumentos.

Se, como vimos, a gratificação adicional determina aumento de vencimentos, não há como negar-se-lhe efeito patrimonial. Assim, requerida a contagem de seu tempo de serviço e formalizado o título que lhe confira direito ao aumento, o funcionário entra numa fase de novo sentido econômico bem nítido. Há, todavia, uma diferença grande entre a gratificação adicional e as espécies *ex-facto officii* acima mencionadas. É que, embora como estas, também seja de conseqüências econômicas, tem caráter permanente.

10. A gratificação adicional incorpora-se permanentemente ao vencimento. É, portanto, parcela imanente. Daí, ainda, o seu nome, isto é, Adicional. De revés, as gratificações *ex-facto officii*, pôsto possam ter alguma razoável duração nalguns casos, cessam, sempre que insubsistentes as razões de lei que as justificaram.

Ora, se a gratificação adicional se incorpora ao vencimento, por modo que sirva de base até ao cálculo da aposentadoria e seu aspecto de imanência se opõe ao de contingência das gratificações *ex-facto officii*,[2] fácil é concluir que, depois da incorporação, ela se identifica ao vencimento, de que passa a ser parte inseparável, adquirindo o sentido de verdadeira promoção econômica,[3] e, que, por-

2 Cf. Tito Prates da Fonseca, *Direito Administrativo*, n.º 95, págs. 294/296.

3 O caráter imanente da Adicional foi reconhecido já por vários estudiosos do assunto (cf. Araripe Júnior, *Pareceres na Consultoria Geral da República*, I, pág. 144;

tanto, desnatura, em certo aspecto (o patrimonial), o padrão originário do cargo, embora com o seu destino rigorosamente pessoal. Não deixa, assim, ela de ser uma espécie do gênero promoções, como procuraremos demonstrar adiante.

11. Nenhuma discrepância há de apontar-se nas idéias de que a gratificação adicional: 1.º) é promoção; 2.º) desnatura o padrão originário. É o que demonstraremos a seguir.

Acreditamos que podemos, mais uma vez, começar aqui pela etimologia. Atendo-nos à acepção que o étimo da palavra já nos oferece, promoção é ação de promover e promover (*pro* + *movere*) exprime, como tôda gente sabe, ação de "pôr para a frente".

Ora, movimento para a frente é progresso e progresso não é, apenas, entendido na ordem moral, intelectual, ou física, mas também na ordem econômica. Eis por que, se é verdade e é de notícia inconteste que, na doutrina e na linguagem adotada por nossos estatutos, a palavra "promoção" é reservada para significar o acesso na carreira, convém notar bem que, na essência, a gratificação adicional, pelo seu efeito econômico, não deixa de ser uma promoção.

Por outro lado, se, na noção de *carreiras* funcionais, entra a de hierarquia, que produz efeito moral não apontável na gratificação adicional, é conveniente não esquecer que nelas, os cargos são grupados em padrões, para efeito econômico também e, que, por isso, todo *vencimento adicionado* sai do padrão originário, embora o titular do cargo a êle correspondente nêle permaneça para os efeitos de hierarquia e poder disciplinar.

12. Um funcionário, quando adicionado, já que a palavra *adição* não pode induzir o contrário, para efeito econômico, sai do padrão ulterior. Permanece para êle um *padrão real originário* só quanto à hierarquia; quanto ao patrimônio, todavia, tal padrão passa a virtual. Tal observação, como é bem de ver, nos leva a mais longe, com segurança; ela nos leva a concluir que, nos sistemas em que há a gratificação adicional, *promoção*, significando, na linguagem diuturna, ascensão na carreira com aumento de percepção, também pode ser entendida como gratificação adicional, que contém apenas o aumento de percepção pecuniária. Aquela primeira espécie se aplica ùnicamente a cargos de carreira; a última diz respeito a todos os funcionários, ainda que ocupantes de cargos singulares, ou isolados.[4]

Rodrigo Otávio, *Pareceres na Consultoria Geral da República*, IX, pág. 189). Já na sentença no recurso extraordinário n.º 7.385, o Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que a gratificação adicional é intangível até mesmo quando o funcionário já aposentado (v. *Revista de Direito Administrativo*, III, pág. 281), modificando-se, dessarte, orientação anterior do Tribunal de Contas, da União (cf. Curio de Carvalho, *O Montepio Civil*, págs. 150/151, e Aviso do Ministério da Guerra, de 27 de maio de 1912).

4 Dir-se-ia, em face do argumento, que, pela lógica, melhor seria fôsse a gratificação adicional pagável apenas ao funcionário impromovível, isto é, ocupante de cargo isolado, ou singular. O argumento, entretanto, não colhe, pois: 1.º) a função pública é instituída no interêsse do serviço e não no de quem a exerce; 2.º) o ocupante de cargo isolado, ao ocupá-lo, sabe que, por natureza, não pode esperar em promoções, mas em reajustamentos, reestruturações ou adicionais; 3.º) a promoção, embora possível aos ocupantes de cargos de carreira, não é *certa*, nem fatal; 4.º) a possibilidade de promoção não é certeza de vir a ser promovido. Estas respostas reforçam e não prejudicam a sustentação de que, embora a lei não a confunda com a promoção, a gratificação adicional não deixa de ser tal. Cremos que é dispensável mais demorada nota a respeito dêsse ponto.

Em princípio, promoção, no sentido restrito e corrente, além de aproveitar ao promovido, constitui um estímulo ao funcionário, refletindo, destarte, no serviço público. Mas é atingida à base do critério concorrencial, e nisto difere da gratificação adicional, promoção em que não milita qualquer idéia de emulação ou cotejo de valores. De onde a necessidade de concluir-se, em suma, que a promoção é promoção dinâmica, pois significa não só ascensão econômica, mas também moral, ao passo que a gratificação adicional o é estática, pois, contém, ùnicamente, efeito vantajoso para o funcionário, baseado no fator tempo de serviço. Em última análise, a primeira se vincula à dinâmica do serviço público; a última já não. Já houve então quem sugerisse que a melhoria decorrente de uma é vertical e a de outra é horizontal, mas aqui estaríamos jogando com palavras.

13. Promoção em sentido restrito e gratificação adicional são, sem dúvida, formas de agradecimento. Mas, como vimos, gratificar, nem sempre supõe liberalidade e sobretudo quando oriunda de declaração formal, que se enquadre na teoria da declaração unilateral da vontade. Se, portanto, a gratificação é prevista em lei, passa à categoria de compensação obrigatória e *não de mero favor, ou liberalidade.* Eis por que não é lícito fazer cessar o seu pagamento àquele que esteja nas condições legais de percebê-la.

14. Promoção estática, a gratificação adicional, pela amplitude que as circunstâncias lhe podem imprimir, constitui finalmente, como medida de política legislativa, uma providência de equilíbrio. Assim é que enseja a todos os funcionários, promovíveis ou não promovíveis, melhorias que, nas legislações que não a adotam, seriam possíveis sòmente a poder de promoções na carreira que, sôbre não serem freqüentes, dependem desgraçada e irrecorrìvelmente da justiça dos humanos que não raro teima em ser canhota.

V

15. As licenças-prêmios são gratificações *ex-facto temporis,* mas se dizem modais, porque não têm, como pressuposto único, o fato de o funcionário haver completado, no serviço público, tempo que a lei fixa como bastante para que sejam dadas. É o que será objeto especial dêste capítulo.

A licença-prêmio consiste na ausência legal ao serviço público, autorizada ao funcionário que, dentro de certo lapso de tempo fixado na lei, não haja sofrido penas disciplinares. Se é, pois, ela ausência legal, durante o tempo em que ocorre, não perde o funcionário um real de seu vencimento, nem o tempo de serviço correspondente.

Portanto, é a licença-prêmio também uma gratificação *ex-facto temporis.* Com efeito, vincula-se à idéia de têrmo. Mas, como esta circunstância não é o único pressuposto exigível daquele que a possa ter, ela se diz, ainda, *ex-facto temporis* modal.

16. O fim da licença-prêmio é o de estimular o funcionário que haja revelado comportamento moral exemplar em ofício e em razão de ofício. Assim entendida, não pode ela deixar de ser olhada senão como uma gratificação e de fato o é. Cumpre, apenas, observar que ela não é imanente como a gratificação adicional.

Assim, todo aquêle que haja exaurido os resultados benéficos que ela proporciona, não pode, por definição, voltar a aproveitá-los antes de novamente passar a reunir as condições que, para tanto, a lei exija.

Considerada como um estímulo, e (daí o seu nome: Prêmio) constitui a licença-prêmio a antítese da pena disciplinar. Ao funcionário faltoso no exercício de seus deveres tem a Administração pública a faculdade de aplicar penas disciplinares. Ora, enquanto se presuma que a generalidade de funcionários deve ser escorreita, a realidade também mostra que isto seria o desejável e não o que, na prática, se verifica. Natural é, pois, que o poder disciplinar da Administração pública sôbre os funcionários atue, para que não pereça o ideal de continuidade, segurança e confiança em que ela deve razoàvelmente embasar-se. Mas, de revés, é justificável que aos funcionários de ilibado procedimento se destine um prêmio, não porque não lhes seja obrigatória a decência nos atos de ofício, e sim, porque é êsse um meio de educar. Daí, pois, a licença-prêmio.[5] Existe, assim, uma indiscutível polaridade entre a pena disciplinar e a licença-prêmio, tal como a há entre o castigo e o prêmio.

Prêmio e pena, sendo idéias opostas, não há como fazê-las coincidir, sem absurdo. Por esta razão, parece claro que, nas legislações que prevêem a licença-prêmio, sempre que um funcionário seja contemplado, não se compreende que o privem de haurir-lhe os benefícios porque, então, converteriam em uma expressão única o bem e o mal. É um ponto que nos prenderá a atenção linhas abaixo.

17. As licenças-prêmios classificam-se em face de nossas leis em: *a*) razão dos requisitos legais previstos para a sua obtenção; *b*) razão dos critérios por que podem vir a entrar na esfera patrimonial do funcionário público.

Em razão dos requisitos legais, verificamos duas espécies: I) a licença-prêmio que se segue de um têrmo interrompível; II) a que se segue de um têrmo que se suspende.

A lei, por exemplo, declara que o funcionário que, no prazo de cinco anos não houver sofrido qualquer pena administrativa, tem direito a, passado êle, obter três meses de licença-prêmio. Nada mais dizendo, tal lei sugere, apenas, que, sempre que, no decurso dêsse prazo, houver uma falta disciplinar do funcionário, êste perde a parte anterior do tempo e o prazo começa a correr novamente a partir do dia posterior ao cumprimento da pena disciplinar. Há aí, então, interrupção. Se, ao converso, a lei declara, por algum modo, que a falta suspende o escoamento do prazo de maneira que se não despreze o tempo anterior a ela, basta que a êste se some o posterior, a fim de se perfazerem os cinco ou dez anos exigidos. É um exemplo de suspensão.

---

5 Tem-se objetado, quanto à licença-prêmio, que ela não é defensável, porque se é dever genérico dos homens ser honestos, não se compreende que os premiem quando o sejam. O argumento impressiona, tanto mais que sòmente na função pública é que há tal forma de gratificação. Porém, se é certo que o "preço das ações boas é serem elas boas", não se pode negar que nas AA. PP. em formação seria sempre injusto castigar os maus sòmente. Na realidade, a dignidade tem o preço que lhe é próprio: o ser ela. Mas, se tal argumento pesa e com maior razão se deveria aplicar ao Poder Público, ao menos naqueles países, como o Brasil, em que as AA. PP. formam seu pessoal à base de critérios empíricos e não raro enxovalhados pelos mal chamados "políticos", seria penoso esquecer os bons e castigar os maus apenas.

Em síntese, no 1.º exemplo o fato superveniente à fluência do prazo não ilide a contagem de tempo e apenas exclui o tempo de duração da pena disciplinar; no 2.º, de revés, a ilide.

Quanto aos critérios por que costumam as licenças-prêmios ir ao patrimônio do funcionário, em face de nossas leis, podem elas ser assim divididas:

I) *licenças-prêmios primárias* — as em que o funcionário esgota por inteiro o direito de ausência;

II) *licenças-prêmios fictas* — as em que o funcionário requer não a ausência legal ao serviço público, mas que o tempo a ela correspondente lhe seja creditado, em fôlha de serviço, em dôbro;

III) *licenças-prêmios mistas* — as que resultam da combinação dos dois critérios anteriores;

IV) *licenças-prêmios metade em dinheiro e metade em ausência.*

18. Estudaremos, agora, os precedentes que a lei estabelece quanto ao exercício do direito em que importa a licença-prêmio, ponto que, aliás, reputamos de suma importância no assunto.

Há de entender-se, preliminarmente, que qualquer que seja a apresentação do texto legal, para que o funcionário exerça o direito em que importa a licença-prêmio, basta que:

a) requerida essa licença, seja provado reunir êle as condições legais para obtê-la, isto é, não ter faltas disciplinares regularmente processadas; e,

b) tenha obtido despacho de deferimento ao seu petitório.

No momento em que se verificam os dois precedentes acima apontados, é reconhecido o direito que nasceu para o funcionário na data em que êle preencheu os requisitos legais previstos quanto à licença-prêmio. Pouco importa, então, saber se o exercício dêsse direito vai, como a lei lho faculta, verificar-se logo após ao despacho, ou muito depois. [6]

19. O gôzo da licença-prêmio começa de existir na data de formalização do direito, através do despacho de deferimento. O exercício do direito em que ela importa ("gôzo efetivo", segundo o calô oficial) é que pode ser imediato ao despacho, ou posterior.

20. As formas do exercício do direito em que a licença-prêmio importa, segundo as leis, podem ser:

a) pela ausência legal durante todo o tempo, conferido ao funcionário a título de prêmio;

b) pela contagem de todo o tempo em dôbro, em troca da renúncia à ausência legal em que se traduziria a licença-prêmio primária; [7]

---

6 Conquanto não padeça dúvida que a A. P. se deve reger pelo Direito Administrativo Positivo e êste se deve orientar pelo que a ciência proporciona, a função pública no Brasil, entregue nas mais das vêzes a jejunos de conhecimentos das ciências jurídicas, adota têrmos imprecisos, ou inadequados, que se consagram na compreensão comum. A propósito de licença-prêmio, lembramos a expressão "gôzo efetivo", de que se tem farto exemplário nos jornais oficiais, a qual é tècnicamente incorreta. Jurìdicamente, "gôzo" é apenas a aptidão legal para utilizar vantagens que a lei reconhece (cf. Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 82). Logo, "gôzo efetivo" é o *exercício* de um *direito* preexistente e é um contra-senso, pois, o gôzo da licença-prêmio nasce com o formal reconhecimento, por despacho, das condições necessárias para a licença-prêmio. O *exercício* é pois, o que chamam: *gôzo efetivo*. Mas, esta linguagem imprópria é utilizada para significar que o funcionario não mandou contar tempo em dôbro.

7 Nestas duas modalidades (*a* e *b*) vemos formas de pagamento indireto (cf.

c) pela combinação dos dois tipos acima apontados;

d) pela ausência legal em parte e o restante em dinheiro. [8]

21. Tècnicamente, a utilização da licença-prêmio não é seu gôzo, mas exercício de um direito de que o gôzo é precedente. Como, todavia, quanto às licenças de outra espécie e às férias, a expressão "gozar" é a usada porque estendida à licença-prêmio, através da lei do menor esfôrço.

22. Oferece-se-nos, agora, o ensejo de saber ao que pode ficar condicionada a autorização para que o funcionário passe do gôzo ao exercício do direito em que importa a licença-prêmio.

Preliminarmente, é necessário que o interessado requeira a autorização, depois de achar-se no gôzo reconhecido dêsse direito. Essa autorização pode ser retardada? Sendo retardada deliberadamente, tal retardamento é legítimo? São as questões que serão examinadas a seguir.

Os textos de estatutos de funcionários condicionam a passagem do gôzo ao exercício do direito em tela, *ùnicamente* ao *interêsse do serviço*. Que se entenderá, porém, por tal? É o *interêsse do serviço* aquêle que diz respeito ao serviço especìficamente considerado (isto é, à unidade de serviço público em que o funcionário esteja lotado) ou, mais genèricamente, tôda a entidade de que participa o aparelhamento administrativo em que êle se acha lotado? Propendemos a admitir a primeira das soluções. "Serviço", a que a lei se refere, é apenas a unidade de lotação do requerente. Se o chefe informar, pois, que tal ou qual subordinado seu, desejando retirar-se em licença-prêmio, pode fazê-lo sem prejuízo sequer ocasional para a unidade de serviço, a licença-prêmio deve ser autorizada e, não o sendo, há abuso de poder.

Por outro lado, não é lícito a qualquer chefe adiar interminantemente a informação favorável à autorização, nem ser esta contemporizada por quem deva dá-la. Mas, será permissível dilatar o prazo dos despachos de autorização, por mero capricho ainda que motivado em excesso de zêlo pela causa pública?

Na realidade, a calamidade pública entra no rol das causas justas por via da doutrina e até mesmo do bom-senso. Natural, pois, que, a propósito de autorizar licenças-prêmios, não seja preciso mencioná-las na lei. Conseqüentemente, é óbvio que a licença-prêmio pode ser obstada e até interrompida, por determinação da Administração pública em caso de calamidade pública. O difícil é caracterizar fora de casos manifestos de conhecimento clássico, (terremotos, guerras, revoluções, epidemias, maremotos) outros que, ao exclusivo juízo subjetivo da Administração pública, equivalham à calamidade pública.

Indaga-se, afinal, diante de todo o exposto, se é lícito à Administração pública deixar de autorizar licenças-prêmios, como medida de compressão econômica. Em resposta, dizemos que se tal medida evita ou se destina a evitar que a Administração pública chegue a estado comparável à insolvabilidade, ela

---

Lacerda de Almeida, *Obrigações*, § 73), apresentando-se como remuneração por agradecimento, isto é, gratificações.

8 Esta forma é mais rara em nossas leis. Foi sugerida, porém, pela experiência. É que, tal como se apresenta, permite ela ao funcionário obter numerário para entrar em licença-prêmio contando com meios econômicos não pertencentes ao seu orçamento mensal e, assim, poder, se o quiser, viajar ou passear, sem preocupações econômicas. O recebimento de dinheiro correspondente à licença-prêmio é uma *conversão* patrimonial. Mas, não constitui, como se diz na linguagem vulgar, uma "venda de licença-prêmio". Ninguém vende o que permanece em patrimônio.

se justifica como medida transitória e fugaz e jamais como forma de tirar compensação financeira dessa atitude compressiva. Ainda assim, para que a medida se legitime, necessário é que: I) nenhuma exceção se faça; II) se trate de medida interna, de política administrativa; III) não provenha de ato administrativo formal público, salvo lei. Demonstraremos abaixo os fundamentos de nosso pensar.

23. Quando, apesar de não proceder à argüição do estado de calamidade pública, se dá o caso de a Administração pública se sentir forçada a negar autorizações, ou mesmo cessar o deferimento de contagens de tempo de serviço tendentes a reconhecer o direito em que importa a licença-prêmio, a medida deve ser passageira e não admitir qualquer exceção. De qualquer modo, é preciso que, se absolutamente indispensável, a compressão econômica que abrange tal medida seja de causa nìtidamente demonstrada. Não basta, portanto, o afã de concertar finanças públicas, como motivo; nem, outrossim, a alegação de que, em assuntos de direitos de funcionários, sacrifícios dêstes devem preceder a outros, como medida de exemplo. Outrossim, se ficar provado que a medida é realmente de salvação pública (o que é questão subjetiva ou, pelo menos, sujeita à influência de critério subjetivo) não pode ela perdurar.

A medida deve ser interna — dissemos. Em verdade, retardar em despachos administrativos (que não é invento dos modernos administradores) tem sido invariàvelmente, desde priscas eras, o meio de que se serve o Poder Executivo para protrair o exercício de direitos que lhe cumpre, também, respeitar. Tolera-se que, como comportamento normativo peculiar aos atentos zeladores da coisa pública, tal atitude surta seu efeito até onde não redunde pura e simplesmente na mais incontestável forma de abuso de poder por omissão. Mas, fazer disso sistema e proclamá-lo é transformar concepção pessoal de administrador em regra moral. Bem se compreende, assim, que, mesmo como medida interna a bem da economia, não é legítimo, embora justo possa ser, em relação aos fins, retardar os despachos relativos a direitos, quaisquer que sejam os seus titulares.[9]

E que isto se aplica, também, a direitos de funcionários, não há duvidar.

Portanto, a medida transitória e de procedimento interno que faça cessar o processamento de licenças-prêmios, se duradouro, ainda que inspirada em propósitos iniludìvelmente nobres, fica sujeita a apreciação judiciária que pode declará-la violência.

Por fim, ocorre a oportunidade de apreciar a questão do *modus faciendi*. Já vimos acima que, ainda quando inconcussamente inspirada em boníssimos propósitos, a cessação transitória das autorizações referentes ao exercício do direito em que importa a licença-prêmio, só pode provir de ato ou procedimento interno. Vale dizer que a omissão deliberada, no caso, podendo atuar apenas em curto lapso de tempo, tem uma defesa: os seus fins. Mas, por isso que os meios são insólitos, porque importam em descumprir texto de lei, não pode a medida ser pùblicamente divulgada, a menos que se queira, então, fazer sentir que um ato administrativo hieràrquicamente inferior à lei possa passar por cima desta. O contrário é consagrar a omissão, acima e apesar da lei, o que, como é ocioso, não é defensável sequer em face dos fins nobres que se tenham em mira.

---

9 Cf. nosso trabalho, *Um caso em que o silêncio gera carência de ação* (1944).

24. Importante é repetir, aqui, que a licença-prêmio não é um favor, mas uma gratificação vinculada, isto é, uma forma de agradecimento a que o gratificante se comprometeu através de um texto de lei, e que, portanto, enquanto vigente a lei, perdura e deve perdurar intangível como quaisquer manifestações unilaterais da vontade do Estado de Direito.

O argumento de que o prêmio é liberalidade sòmente existe no campo da moral. No campo do direito, quando um prêmio é sacramentado na promessa em seu sentido jurídico, dá-lo a quem lhe fêz jus é dever jurídico. Desde que, pois, o funcionário tem despachada a posição de gaudente do direito em que importa a licença-prêmio, nasce a faculdade exclusiva sua, de escolher a época de exercitar tal direito, salvo a objeção da conveniência do serviço ou fôrça maior comprovada, como impedimento transitório da atuação daquela faculdade.

Um derradeiro argumento é de ser lembrado aqui. Trata-se, porém, de contribuição da doutrina, a qual, em nosso modo de entender, não se aplica ao tema em ventilação.

Como se sabe, na gama das manifestações da tutela jurídica não há, apenas, o direito subjetivo em oposição ao simples interêsse, mas, em verdade, expressões intermediárias. Entre estas, está o direito condicionado, ou mitigado, também chamado interêsse legítimo. Êle, como interêsse individual que é, sòmente subsiste com a proteção jurídica que lhe é destinada, se e enquanto rigorosamente adequado às exigências do interêsse coletivo, que o superestrutura e do qual, aliás, é um reflexo.[10]

Rememorando tal lição, poder-se-á dizer, como tão comumente sucede: direitos de funcionários não são direitos subjetivos no sentido que originàriamente se deu a esta expressão; são, todavia, direitos condicionados, ou reflexos, porque dotados de proteção jurídica, se e enquanto atuam na esfera do interêsse coletivo que, por definição, os sobrepuja. Diga-se, também, que a observação é exata, não apresenta novidade e, no entanto, sòmente deve ser aceita, quando aplicada com oportunidade e equilíbrio.

Quando a doutrina afirma que o interêsse individual não pode colidir com o coletivo, de que, aliás, tira sua proteção reflexa, evidentemente não confere à Administração pública ampla liberdade para entrever *ad-libitum* colisões quando, onde e como queira.

Ora, aplicada a observação ao tema da licença-prêmio, não se entenderia, jamais, que forjada qualquer colisão entre ela e o interêsse coletivo, o direito se transformasse sùbitamente em favor ou mercê e pudesse a vinculação transformar-se em discrição, por obra e graça de interpretação incabível. Assim, nenhuma resistência mental pode oferecer-se à circunstância de, como medida de salvação pública manifesta, cessar pagamento de vencimentos a seus funcionários, pois, aí, é conhecido o móbil da medida, a duração aproximada da deliberação e dos efeitos que gera e a cota de sacrifício cabente a cada titular do direito condicionado ao interêsse coletivo, diante do qual nos achamos. Se, de revés, a medida é parcial e atinge parte do patrimônio dos titulares dêsse direito condicionado que é, no caso, a licença-prêmio, ainda que o seu fito seja nobre, difícil

---

10 Cfr. G. Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, I (2.ª ed.), 1939, págs. 217/239; Ranelletti, *Le guarantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, págs. 161/172; Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I págs. 155/160.

é defender a tese de que não redunde em violência e arbítrio, se é tomada com publicidade, como sistema e com duração.

Com efeito, sem dúvida, a fôrça maior tem que ser respeitada como escusa de inadimplência temporária. É, porém, preciso que a razão específica que a consubstancia seja conhecida de todos, inclusive dos que a argüem como sua determinante. Tal razão específica não pode ser a de que, porque interêsse legítimo se defende até onde não colida com o coletivo, medida isolada de compressão se legitima sem que tal colisão seja antes verificada e posta em foco.

25. Enquanto conste de lei, licença-prêmio não é favor. Se dizemos que ela não é favor, é precisamente porque é gratificação que não deflui da liberalidade, por isso que se lhe dá o nome de *prêmio*, expressão que, no campo do direito, não foge à teoria das declarações unilaterais da vontade e contém idéia com que não se pode harmonizar a inadimplência, sem uma justa causa plenamente demonstrada e posta ao inteiro alcance do conhecimento público.

Desde o instante em que ao funcionário é reconhecido reunir êle os requisitos para o gôzo do direito em que importa a licença-prêmio, o dever jurídico de autorizar-lhe o exercício dêsse direito aparece e não pode ser retardado, se o interêsse do serviço em que se ache êle lotado não o exige, ou a fôrça maior não é plenamente demonstrada.

26. Compreender-se-ia que, realmente, se pudesse encarar a questão por outro prisma, se, porventura, a licença-prêmio fôsse como algumas licenças, isto é, favores, ou mercês que, apesar de o serviço público não ter sido instituído no interêsse dos ocupantes de cargos, a humanização do trabalho concorreu para que fôssem insertas na lei, mitigando o rigor do princípio em benefício dos funcionários, até onde e quando possível. Mas, o instituto da licença-prêmio nada tem de comum com as demais licenças a não ser que também supõe, originàriamente, ausência legal, não danosa ao direito disciplinar ou ao direito penal. Afora isso, é ela apenas uma gratificação *ex-facto temporis* modal e *gratificação comprometida*, isto é, solenizada em texto de lei, como forma de vontade do Estado, expressa unilateralmente para valer no campo do direito, segundo os princípios esposados nos arts. 1.512 a 1.515 do Código Civil.

27. Fixada acima uma noção relacional acêrca da licença-prêmio e sugerida, mais de uma vez, a natureza jurídica da instituição, como sendo a de uma gratificação *ex-facto temporis* modal, surge a questão fundamental suscitada pela linguagem dos estatutos de funcionários públicos, qual seja a diferença entre *direitos* e *vantagens*. É o que prenderá nossa atenção abaixo.

28. Já se ouviu dizer que a licença-prêmio é uma vantagem. Com isto se pretende fazer sentir que não é um direito e que, portanto, é concedível ao sabor das ocasiões e do critério eventual de quem possa apreciar o pedido que a menciona.

Êste argumento é calcado na linguagem que os estatutos adotam, a qual estabelece uma diferença sutil entre direitos e vantagens dos funcionários. Assim é que, *v. g.*, no Estatuto dos Funcionários Municipais do Estado de S. Paulo, no título II, se inscreve: "Direitos e Vantagens". Mas, se o assunto é ali tratado em tais têrmos, nenhuma outra extremação entre direito e vantagem se colhe do texto em foco e, ainda que se colhesse, não serviria de base para violentar ideològicamente a língua portuguêsa, poder que, aliás, nenhum legislador tem.

Vantagem é tudo quanto se acrescenta ao patrimônio de alguém, a qualquer título, ainda que violento, ou clandestino. Portanto, bem se entende que a idéia

de vantagem diz respeito ao *efeito*, podendo nascer não só do direito substantivo, como também da apropriação indevida, ou de resultado da liberalidade. Alinhar "direitos e vantagens" num só título não é, pois, traçar diferença, porque não tem sentido confundir efeitos (vantagens) com causa (direito) que não é a única determinante dêles. De onde concluir-se que dizer que certos pagamentos feitos a funcionários não são conseqüência de direitos, porém, de vantagens, é jogar com palavras.

Vantagem tem o ladrão, a quem não assiste o direito sôbre a coisa de que se apossa; vantagem tem o mendigo, quando recebe a esmola que a liberalidade de alguém faz chegar até êle; vantagem pode ter, finalmente, quem, por direito, recebe a paga de seu trabalho. Logo, pode haver direito, sem vantagem, e vantagem, sem direito, o que pròpriamente não significa que essas palavras ("direito" e "vantagem") sejam antinômicas e antitéticas.

Em conclusão: a linguagem corrente em repartição pública pode estabelecer diferenças entre uma palavra que é causa (direito) e outra que pode ser, mas nem sempre é, efeito (vantagem) do direito.

Ora, é ocioso dizer que tal linguagem pode convir ao cômodo da burocracia; o que não logra fazer é alterar a essência das palavras.

Com a observação que aqui fica, não há meios para traçar confusões e consagrá-las como novidade. Assim, é óbvio que a licença-prêmio traz vantagem e vantagem legítima; mas não é uma "vantagem" e sim um direito em que esta se aclima. Dizer, pois, que a licença-prêmio é uma vantagem e não um direito é dispautério, porque não se diz aí coisa com coisa.

Quid? Mas não serão vantagens certas possibilidades que o funcionário público tem e o empregado de emprêsas particulares não logrou obter através das leis, isto é, o que os estatutos costumam chamar "concessões"? Efetivamente, no capítulo VIII do título II do Decreto-lei estadual n.º 13.030, de 28 de outubro de 1942, sob o impróprio designativo de *concessões*, figuram certas licenças (por exemplo, a destinada a tratamento de saúde) que dependem de despachos facultativos. São elas, efetivamente, favores, ou mercês, já que discricionário é assentir nelas ou não o fazer. Ainda assim, não se podem ver como *vantagens*, senão como favores oriundos da discrição dos órgãos despachantes, suscetíveis de gerar *vantagens*.

29. Cingida que está a área da discussão do nosso tema, segue-se que aquilo a que a linguagem estatutária exclui do rol dos direitos não constitui "vantagens", embora possa trazer *vantagem*.

Ora, como não só as mal chamadas "concessões" podem surtir um tal efeito, mas também os direitos, daí se dessume que não é deduzível fundamentar diferença entre "direitos" e "vantagens", ainda quando se considere que os favores previstos nos arts. 174 a 182 do Decreto-lei n.º 13.030 não são *direitos*. Vale dizer que a expressão "vantagens", no texto estatutário, induz apenas o que deflui de ato *discricionário* e, como tal, não é *direito*, embora nada tenha de contraponível a êste, a não ser quanto a se apresentar como interêsse simples.

Eis por que não procede dizer que a licença-prêmio é *vantagem* e não é direito e, portanto, se dá quando e como se queira. Ela é um direito e só isto. Se, porventura, quiséssemos semelhá-la à licença para tratar de saúde, então, em face do art. 174 do Estatuto do Funcionário Municipal a equipararíamos ao que dimana do discricionário. Mas, parece clara a impossibilidade de forçar tal com-

paração: 1.º) porque os Estatutos, de até 1946, desconheceram o instituto da licença-prêmio e o expungiram das leis anteriores; 2.º) porque não se pode apontar, como concessão, o que a lei assim não define; 3.º) porque a lei define o instituto como gerador de um direito e não do que sutilmente se pretende chamar: "vantagem".

VI

30. Não é possível exagerar um princípio que não é novo e que, no entanto, persistem em apresentá-lo como uma conquista recente. O princípio a que nos referimos e que tantas e tão vadias perlengas tem suscitado é o de que o que extrema as relações de direito público é se prenderem elas ao interêsse coletivo ou geral que sobrepuja o particular e o individual. À base de tal princípio, ou melhor, improcedentemente argüido tal princípio, muitas absurdidades se têm dito, ou cometido, entre as quais culmina a de que, no campo do direito público, a supremacia dêste sôbre o privado autoriza inadimplementos aberrantes. Mas, o certo é que não há direito contra direito, tanto na ordem objetiva quanto na subjetiva. Portanto, urge não exagerar na aplicação do princípio a que nos referimos.

Preliminarmente, a gradação de idéias convenientes ao assunto é a de que as divisões do direito e, portanto, a própria dicotomia têm por mira o *objeto*, destinando-se à divisão do trabalho didático. No que concerne ao *objeto*, o que se apresenta como diferença específica entre direito público e direito privado não é a anterioridade e superioridade do primeiro sôbre o último; é, contudo, a predominância do interêsse geral sôbre o individual no primeiro e, de revés, a igualdade de interêsses individuais no último.

Não há, pois, preferência para qualquer direito do Estado por ser êle quem é, pois isto se apresentaria contrário à teoria do Estado de Direito; há-a, entretanto, para aquêles direitos do Estado que realmente reflitam a precedência do geral sôbre o individual. Do contrário, seria direito público tudo quanto os administradores o quisessem como tal, ainda que, em verdade, não o fôsse.

Por outro lado, as últimas conseqüências do errôneo raciocínio dos que assim se orientam é o de que, por causa daquela estapafúrdia "supremacia", não há bem direitos subjetivos no campo do direito público. Daí mesmo o procurar-se, por vêzes, na Administração pública, estabelecer sutilezas entre direitos subjetivos de funcionários e direitos subjetivos de particulares.

31. A questão deve ser posta verdadeiramente nos seguintes têrmos: relações de direito público e de direito privado, na estrutura e essência, são relações de direito apenas, diferençando-se ùnicamente em que, porque nas primeiras se defrontam interêsses individuais ou grupais e, nas últimas, gerais ou coletivos, êstes têm preempção. Claro está que esta preempção sòmente pode valer quando *procede fazê-la* valer, o que evidentemente não pode depender da paixão dos administradores, nem emergir da falsa noção de que, pelo *ius publicum*, o Estado pode colocar suas relações jurídicas sempre acima dos indivíduos pela simples razão de que êle é o Estado.

32. Aplicando-se o observado a direitos de funcionários, ainda que êstes sejam condicionados, não ficam expostos à violação ou ao arbítrio da Administração pública pelo só argumento de que são *condicionados*. O direito condicionado (*affievolito*) sòmente perde a sua exata posição de direito subjetivo igual a

qualquer, quando a colisão de interêsse individual e geral se apresenta. Essa colisão não pode ser profetisada ou prognosticada e, portanto, o despojamento da ação sòmente se pode dar ao depois de ela verificar-se.

Como corolário do exposto, o direito condicionado perde e recobra o seu atributo de direito subjetivo em razão da colisão e depois que ela é posta em foco. Prevê-la, como medida de prudência, é lícito a todo tempo; passar dessa previsão à afirmativa de que, por isso, passou a interêsse reflexo é que não tem logicidade, nem juridicidade.

33. Particularizado tudo e aplicado, em especial, à licença-prêmio, pode-se, afinal, concluir que também, aí, estamos diante de um interêsse jurìdicamente protegido por ação até o momento em que venha a colidir inegàvelmente com o interêsse coletivo, o que não pode argüir-se *a priori*, mas *a posteriori*, conforme parece que o demonstramos.

Tal é o que temos como esteio teórico da licença-prêmio.