

Resposta à consulta n° ____/2010

Consulente: Sindicato Nacional dos Servidores das Agências Nacionais de
Regulação - Sinagências

Ementa:

Indenização pelas férias e licença-prêmio não gozadas pelo servidor em razão de aposentadoria ou falecimento; possibilidade.

Consulta-nos a entidade sindical acerca da situação jurídica em que se encontram servidores que adquiriram o direito ao gozo de **férias** e/ou de **licença-prêmio**, em decorrência do preenchimento dos requisitos legais e, todavia, em razão de aposentadoria (voluntária ou por motivo de invalidez permanente), passaram à inatividade sem usufruir de fato tal direito. Igualmente, podem ser enquadrados nesta situação alguns servidores que já haviam adquirido o direito aos benefícios e vieram a falecer sem exercê-lo.

A consulta tem por finalidade esclarecer se a não fruição destes direitos que lhes foram reconhecidos (férias e licença-prêmio) deve ser indenizada em pecúnia, no intuito de se recompor o patrimônio jurídico desses.

Assinalamos, desde já, a necessidade de que a Administração alcance a estes servidores a referida indenização, em razão dos motivos que se passa à análise.

1. DA PREVISÃO LEGAL

A figura jurídica das férias, enquanto benefício estendido aos trabalhadores em geral, objetiva a preservação física e mental desses.

A extensão do benefício, também, em qualquer instância profissional, deriva da própria necessidade de se manter a qualidade do serviço que está sendo prestado, mediante descanso daquele que trabalha. O ensino apresentado por Yvelise de Cássia Druziani denota os motivos da concessão das férias:

O direito a férias somente foi reconhecido, aos trabalhadores em geral, neste século. O Brasil foi o segundo país, no mundo, a reconhecê-lo, em relação aos servidores públicos, e o sexto a estendê-lo aos trabalhadores comuns. O fundamento da concessão do direito é de ordem física e mental, revelando uma preocupação com a saúde, o descanso e o lazer dos trabalhadores em geral¹.

O direito do servidor público ao gozo de férias encontra-se previsto no artigo 39, parágrafo 3º da Constituição Federal, em redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20, de 04 de junho de 1998, que traz:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

(...)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

A disposição legal citada faz remissão ao artigo 7º, inciso XVII, da Carta Constitucional segundo o qual:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Assim, cristalino que o gozo de férias anuais remuneradas é direito constitucional assegurado aos servidores públicos. E mais, houve preocupação especial do legislador constituinte em relação ao instituto jurídico das férias, procurando-se salvaguardar ao mesmo o máximo de garantias.

Já no âmbito infraconstitucional, reza o artigo 77 da Lei nº. 8.112/90:

¹ Druziani, Yvelise de Cássia. *O Servidor Público e a Nova Administração Pública Brasileira*. Campinas: Copola Livros, 1996, p. 224.

Art. 77. O servidor fará jus a trinta dias de férias, que podem ser acumuladas, até o máximo de dois períodos, no caso de necessidade do serviço, ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica. (Redação dada pela Lei nº 9.525, de 10.12.97)
(...)

A legislação, interpretada em seu conjunto, não deixa dúvidas sobre a finalidade das férias. Elas são, em verdade, consequência e extensão natural das atividades profissionais, em relação íntima com a saúde mental do trabalhador, para que este possa continuar desempenhando bem suas atribuições laborais.

De outra banda, a Licença-Prêmio por Assiduidade constituía um direito previsto no inciso V do artigo 81 e no artigo 87 da Lei nº8.112/90 (ambos revogados). Visava premiar aqueles servidores que se destacavam por seu comportamento profissional. Veja-se o teor dos dispositivos:

Art. 81. Conceder-se-á ao servidor licença:

(...)

V – prêmio por assiduidade; (redação vigente de 12.12.90 a 04.05.97).

(...)

Art. 87. Após cada quinquênio 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. (redação vigente de 12.12.90 a 13.10.96).

§ 1.º (vetado)

§ 2.º Os períodos de licença-prêmio já adquiridos e não gozados pelo servidor que vier a falecer serão convertidos em pecúnia, em favor de seus beneficiários da pensão. (redação vigente de 14.04.91 a 13.10.96).

Tal benefício foi extinto em face da nova redação dada ao Artigo 87 da Lei nº. 8.112/90, pela Medida Provisória nº1.522 de 11/10/96, transformando-o em Licença para Capacitação.

Restou assegurada, entretanto, pela Instrução Normativa nº12 e por força do direito adquirido, a concessão da licença relativamente aos quinquênios já completados até 15/10/96 para efeito de gozo, contagem em dobro para fins de aposentadoria ou conversão em pecúnia no caso específico de falecimento do servidor, observando a legislação anteriormente vigente.

Neste contexto, se o servidor, em razão de aposentadoria ou falecimento, não usufruiu o benefício das férias ou da licença-prêmio a que tinha direito, necessário é o ressarcimento em pecúnia com relação aos períodos não gozados.

2. DO DIREITO À INDENIZAÇÃO PELAS FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDAS

Como dito, nos termos da legislação vigente, após doze meses de efetivo exercício o servidor adquire direito ao gozo de trinta dias de férias remuneradas. Então, cumprido esse período aquisitivo, o direito incorpora-se ao patrimônio jurídico do titular. O mesmo ocorria com o direito à licença-prêmio, após o respectivo período de aquisição.

Caso as férias ou a licença não sejam gozadas no momento oportuno e sobrevier aposentadoria ou morte do servidor, deve ser paga indenização em virtude do direito não usufruído.

Isso porque surge a necessidade de se recompor o patrimônio jurídico pertencente ao servidor, o qual foi lesado pela não fruição (e, conseqüentemente, pela perda) de um direito já adquirido, que é aquele período de descanso legalmente assegurado.

Verificada a lesão ao patrimônio jurídico do servidor, deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, advinda do funcionamento do serviço público, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, o dano reputa-se conseqüência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo servidor e a atuação estatal.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles bem elucida o tema em questão:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injustos causado à

vítima para Administração. **Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.** Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço.

Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive, o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946.²

Com amparo nesses conceitos, analisa-se a situação fática dos servidores: eles preencheram os requisitos legais para a concessão do direito a férias ou licença-prêmio. Não as usufruíram em face da aposentadoria voluntária ou por invalidez, bem como pelo evento morte.

Por seu turno, a Administração, em não pagando aos servidores/pensionistas qualquer compensação pelo não exercício do direito, impõe a estes um dano. Já o nexo de causalidade está diretamente ligado a uma circunstância fática que, retirada da equação que causou o dano (independente de sua natureza), faz com que o evento (dano) resultante não ocorra.

Nesse sentido, perfazendo-se uma análise de causa e efeito constata-se que, se a Administração converter, no momento da aposentadoria/instituição da pensão, as férias e a licença-prêmio no valor monetário correspondente, o dano material não existirá. Ou seja, não haverá direito a ser vindicado.

Não obstante, salienta-se haver entendimento firmado na Administração Pública Federal, no sentido de não se efetuar a conversão no momento

² Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª edição. Malheiros Editores. São Paulo, 1995, p. 557.
Santa Maria – Belo Horizonte – Bento Gonçalves – Brasília – Curitiba – Florianópolis – Goiânia – João Pessoa – Macapá
Maceió – Pelotas – Porto Alegre – Porto Velho – Rio de Janeiro – Salvador – São Luiz – São Paulo – Vitória

da aposentadoria/instituição da pensão, o que não ilide a responsabilidade. Como demonstrado acima, na estrutura causadora do dano material está contido o nexo de causalidade, representado pelo não pagamento.

Por outro ângulo, impossível de se argumentar que a Administração, ao não pagar a referida indenização, estaria agindo sob a égide do princípio da legalidade, pois enriquecer a partir do trabalho dos servidores, que estão sob a sua tutela, não encontra respaldo em nenhuma norma que compõe o ordenamento jurídico pátrio. Assim, o pagamento da indenização aos servidores prescinde de expressa previsão legal.

Nesse diapasão, deve-se destacar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão da obrigação de o Estado indenizar o servidor pelas férias ou licenças não gozadas:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO AO ART. 459 DO CPC. LEGITIMIDADE PARA A ARGÜIÇÃO DA NULIDADE. AUTOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O RÉU. CONVERSÃO EM PECÚNIA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. DIREITO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DA SUPREMA CORTE.

1. O julgador pode remeter os autos à liquidação, em face do princípio do livre convencimento, na hipótese de pedido de indenização de férias ou licença-prêmio não gozadas, sem que tal procedimento implique ofensa ao art. 459 do Código de Processo Civil, sendo certo que a legitimidade para se argüir a sua violação é apenas do Autor.

2. **A conversão em pecúnia das licenças-prêmios não gozadas, em razão do interesse público, independe de previsão legal, uma vez que esse direito está calcado na responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e não no art. 159 do Código Civil, que prevê a responsabilidade subjetiva.** Precedentes do STF.

3. É cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.
(sem grifos no original) ³

³ REsp 631.858/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15.03.2007, DJ 23.04.2007 p. 291.
Santa Maria – Belo Horizonte – Bento Gonçalves – Brasília – Curitiba – Florianópolis – Goiânia – João Pessoa – Macapá
Maceió – Pelotas – Porto Alegre – Porto Velho – Rio de Janeiro – Salvador – São Luís – São Paulo – Vitória

RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO.
APOSENTADORIA. FÉRIAS NÃO GOZADAS.
PAGAMENTO.

Dever ser pago a servidor público aposentado o valor correspondente às férias não gozadas quando na ativa, sob pena de locupletamento ilícito. Precedentes.
Recurso provido.
(sem grifos no original) ⁴

Assinale-se que a indenização em pecúnia das férias e licença-prêmio não gozadas independe do motivo pelo qual o benefício não fora usufruído. Ainda que a permanência do servidor no trabalho não decorra de imposição da autoridade administrativa, subsiste o dever de indenizar, pois a não interrupção das atividades sempre reverte em benefício da Administração.

Portanto, calcados no pressuposto da responsabilidade objetiva do Estado, concluímos que a Administração tem o dever de indenizar os servidores pelos danos advindos da não fruição do direito de férias ou de licença-prêmio.

2.1. Da violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa

Outro aspecto relevante na análise do direito destes servidores à indenização sob análise, diz respeito ao princípio que veda o enriquecimento ilícito ou sem causa.

Com efeito, a não conversão do direito de férias e de licenças em pecúnia conduz ao injusto enriquecimento ilícito da Administração. Esta se locupleta com valores que deveriam ser repassados aos servidores, oriundos da incidência do suporte fático que garantiu o benefício férias ou licença-prêmio em decorrência do trabalho prestado.

Para casos tais, o legislador pátrio teve por bem inserir no atual Código Civil artigo específico sobre a matéria. Este traz a determinação de obrigatoriedade de restituição dos valores indevidamente auferidos, nos seguintes termos:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. (...).

O conteúdo do princípio que veda o enriquecimento sem

⁴ REsp 609.330/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25.05.2004, DJ 02.08.2004 p. 543.

causa, cujos parâmetros podem ser aplicados na visão do caso em debate, está na lição de Orlando Gomes:

Há *enriquecimento ilícito* quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem *causa*, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior. São necessários os seguintes elementos: a) o *enriquecimento* de alguém; b) o *empobrecimento* de outrem; c) o *nexo de causalidade* entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a *falta de causa* ou *causa injusta*⁵

Muito embora o conceito geral do instituto advenha de lições do direito privado, não existem dúvidas quanto à sua aplicação no âmbito do direito Administrativo. Nesse contexto, Celso Antonio Bandeira de Mello, citando Guido Landi e Giuseppe Potenza, expõe:

(...) igualmente ensinam que se alguém se enriquece sem uma causa jurídica em prejuízo de outra pessoa cabe a ação em prol desta última para indenizar-se da correlativa diminuição patrimonial dentro dos limites do enriquecimento produzido. Anotam seu cabimento contra a Administração quando esta reconheça, seja explícita, seja implicitamente – pelo desfrute da atividade ou pela incorporação do produto dela, ou por havê-la utilizado nos próprios fins, a utilidade do trabalho ou da obra efetuada por outrem, com seu sacrifício em prol dela. Indica que são freqüentes as aplicações de enriquecimento sem causa e, traz como exemplo, não só, mas também, o de obra demandada a um particular sem obediência às formas prescritas (...)⁶ (sem grifos no original).

Em casos idênticos ao presente, analisando a necessidade de aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa em relação à Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. DIREITO A INDENIZAÇÃO POR FÉRIAS NÃO GOZADAS EM ATIVIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso

⁵ O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 1997, pg. 29.

⁶ O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 1997, pg. 29.

extraordinário. Súmula n. 279 do STF. 2. O **servidor público aposentado tem direito à indenização por férias e licença-prêmio não gozadas, com fundamento na vedação do enriquecimento sem causa da Administração** e na responsabilidade civil do Estado. Agravo regimental a que se nega provimento. (sem grifos no original)⁷

Extraordinário. Inadmissibilidade. Servidor público. **Aposentadoria. Férias e licença-prêmio não gozadas na atividade. Indenização. Direito reconhecido. Vedação do enriquecimento sem causa e responsabilidade civil do Estado. Fundamentos autônomos infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição.** Agravo regimental não provido. Precedentes. A questão de indenização, na aposentadoria de servidor público, por férias e licença-prêmio não gozadas na atividade, fundada na proibição do enriquecimento sem causa da Administração e na responsabilidade civil do Estado, é matéria infraconstitucional, insuscetível de conhecimento em recurso extraordinário. (sem grifos no original)⁸

Em virtude disso, sob pena de violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, deve ser determinado o pagamento, em favor de servidores nesta situação jurídica, de indenização correspondente aos períodos de férias e licença-prêmio não gozadas.

2.2. Da ofensa ao princípio da moralidade administrativa

A Administração, diante de um posicionamento já firmado em suas esferas, deixa de pagar aos servidores nesta situação jurídica a compensação pecuniária pela não fruição do direito de férias e licença-prêmio. Assim, obtém em seu favor um enriquecimento indevido, resultante da negativa de efetivação do direito dos servidores.

Esse procedimento afronta o princípio da moralidade administrativa, inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o qual reza:

Art. 37. A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, **moralidade**, publicidade e

⁷ AI-AgR 594001 / RJ, Rel. Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 10/10/2006, DJ 06-11-2006 p. 042.

⁸ RE n. 239.552-AgR, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ de 17.9.2004.

eficiência. (...)

Hely Lopes Meirelles traz os seguintes ensinamentos a respeito do tema:

Moralidade - A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração". (...); a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

(...) À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem reservada a outras funções, **ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado a sua guarda**. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as **funções**, ou, **embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum**. (sem grifos no original) ⁹

Verificada a existência de burla ao preceito constitucional, impõe-se a correção da situação.

Nesse sentido, o ensinamento de Pontes de Miranda:

2. INCIDÊNCIA INFALÍVEL DAS REGRAS JURÍDICAS. - A incidência das regras jurídicas é infalível. Não se dá o mesmo com a sua aplicação. A regra jurídica somente se realiza quando, além da coloração, que resulta da incidência, os fatos ficam efetivamente subordinados a ela. (...) A violação da regra jurídica pode ser direta ou indireta. Se alguém vende ao filho sem o assentimento dos outros filhos, viola regra jurídica, para cuja violação a sanção é a nulidade do contrato de compra-e-venda. Pode ser que A não venda ao filho, mas venda a estranho, que doe ao filho ou venda ao filho. É a violação indireta. É a *fraus legis*. Não se trata de simulação, mas de fraude à lei. Não há por

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 86-87.

onde se procurar o *intuitus*; basta a infração mesma. Não é preciso que o intuito de violar haja existido; a infração da lei verifica-se objetivamente (...). **Desde que, por algum meio, se obtém o que a lei veda, ou se afasta o que a lei impõe, há *fraus legis*.** Havendo a fraude à lei, a sanção, que a lei estabeleceu, apanha qualquer infração direta ou indireta. "É preciso (...), **que a sanção chegue ao mesmo resultado, positivo ou negativo, que seria o da lei, se fosse observada;** portanto, deve haver equípólencia entre a sanção à violação indireta e a sanção à violação direta. (sem grifos no original).¹⁰

Portanto, a sanção a ser aplicada para restauração da moralidade, de forma a garantir o mesmo resultado a que se teria chegado se tivesse sido observada a Constituição Federal, consiste em alcançar aos servidores a devida compensação pecuniária pela não fruição do direito de férias ou de licença.

3. CONCLUSÃO

Conclui-se, por tudo que foi visto, que é dever da Administração, em respeito aos princípios da legalidade, da vedação ao enriquecimento sem causa e da moralidade, pagar aos servidores públicos ou aos respectivos pensionistas, indenização correspondente às férias e licença-prêmio não gozadas, no momento da aposentadoria ou por ocasião do falecimento.

Em razão destes elementos, esta assessoria jurídica se coloca à disposição da entidade e seus filiados para que sejam tomadas as medidas necessárias, observando-se, por óbvio, as particularidades de cada caso concreto.

S.m.j., era o que tínhamos a considerar.

Brasília, 11 de janeiro de 2010.

Felipe Carlos Schwingel
OAB/DF 24.046

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. III. pp. 384-385.