

PARECER Nº 17.323/18

Procuradoria de Pessoal

EMENTA:

Decretos nº 52.397/15 e 53.144/16. Conversão em pecúnia de licença-prêmio e férias não usufruídas.

a) Retorno do servidor por decisão administrativa. Dispensa de restituição. Retorno por decisão judicial. Restituição ao erário, observado o contraditório e a ampla defesa.

b) Servidor afastado sem remuneração. Indenização calculada com base na remuneração do cargo no momento em que se operou o rompimento do vínculo.

c) Praça licenciado do serviço ativo (artigo 128 da LC nº 10.990/97). Direito à percepção das indenizações.

d) Servidor com nomeação declarada sem efeito em cumprimento de decisão judicial. Inexistência do direito à indenização de licença-prêmio e férias.

e) Abono de permanência, Natureza jurídica. Revisão parcial dos Pareceres nº 14.129/04, 16.402/14, 16.461/15, 16.789/16, 16.825/16 e Informações nº 006/12/PP e 016/16/PP. Inclusão na base de cálculo das indenizações. Não incidência do teto remuneratório.

f) Gratificação de Permanência. Exclusão da base de cálculo da indenização da licença-prêmio. Inclusão na base de cálculo da indenização de férias.

AUTORA: ADRIANA MARIA NEUMANN

Aprovado em 25 de junho de 2018.

A Divisão de Pagamento de Pessoal do Tesouro do Estado abriu expediente administrativo com a finalidade de obter esclarecimentos sobre o procedimento a ser adotado no pagamento da indenização decorrente da conversão de licença-prêmio em pecúnia nas hipóteses de aposentadoria que venha a ser tornada sem efeito, com o retorno do servidor à atividade (estorno dos valores ou quitação da obrigação) e quando o servidor se encontrava afastado sem remuneração antes da exoneração (valor base da indenização).

A Assessoria de Orientação e Normatização – ASSON/TE apresentou sugestões para o equacionamento das dúvidas, mas, diante da ausência de previsão expressa no Decreto nº 52.397/15 e considerando o risco de afetar direitos individuais, sugeriu encaminhamento à assessoria jurídica da pasta fazendária para posterior encaminhamento à Procuradoria-Geral do Estado.

A assessoria jurídica solicitou, preliminarmente, informações sobre os casos concretos que ensejaram as dúvidas e, depois, consignou existirem ainda outros aspectos a serem esclarecidos, razão pela qual sugeriu encaminhamento a esta Procuradoria-Geral para análise dos seguintes questionamentos:

1) No caso de o rompimento do vínculo funcional com o Estado, decorrente de aposentadoria, exoneração ou demissão, vir a ser declarado ou tornado sem efeito, com retorno do servidor às atividades por decisão administrativa ou judicial:

a) o valor pago a título de indenização deve ser estornado, procedendo-se à reposição ao erário do montante já integralizado?

a.1) nessa hipótese, se observado o art. 82 da LC nº 10.098/94, o contraditório poderia ser dispensado, na medida em que este se instaurou, administrativa ou judicialmente, quando da apuração dos fatos que ensejaram a anulação do rompimento do vínculo funcional?

b) considera-se a obrigação de indenizar quitada, fazendo o seu registro no RHE?

b.1) nessa hipótese, se na data do retorno do servidor às atividades ainda houver parcelas pendentes de pagamento, elas podem ser mantidas até a integralização total da indenização ou o pagamento deve ser interrompido procedendo-se ao registro no RHE, “pro rata die”, tanto do período já indenizado quanto daquele disponível para fruição?

2) Se o servidor estiver afastado do exercício do cargo, sem remuneração, e ocorrer o rompimento do vínculo funcional com o Estado:

a) a base de cálculo do valor da indenização será a remuneração do servidor percebida no último mês do efetivo exercício, independentemente do tempo transcorrido e das atualizações remuneratórias da sua carreira?

b) a base de cálculo deve ser atualizada, mediante simulação da remuneração que o servidor estaria percebendo na data do evento (rompimento do vínculo), se tivesse reassumido o cargo público?

3) A vedação contida no art. 128 da LC nº 10.990/97, de o militar licenciado do serviço ativo perceber qualquer remuneração, também se estende às indenizações de licença especial e de férias?

4) Quando a nomeação de servidor ou a inclusão de militar na BM for anulada ou tornada/declarada sem efeito e o tempo de exercício do cargo for suficiente para a aquisição do direito a um ou mais períodos de férias ou de licenças prêmio ou especial, o pagamento dessas indenizações é devido?

5) O Abono de Permanência previsto na Constituição Federal deve integrar a base de cálculo para apurar o valor das indenizações em tela? Tanto para as licenças prêmio e especial quanto para as férias?

6) A Gratificação de Permanência em Serviço, prevista nas leis estaduais, pode integrar a base para apurar o valor das indenizações em tela? Tanto para as licenças prêmio e especial quanto para as férias?

7) Na hipótese de o Abono Constitucional e/ou a Gratificação de Permanência integrarem a base de cálculo das indenizações, ambas ficam sujeitas ao limite remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF? Ou apenas uma (no caso, qual)?

Sugeri, ainda, para não incorrer em pagamentos indevidos ou indeferir equivocadamente pedidos de indenização, o sobrestamento dos expedientes sobre os quais pairam dúvidas lançadas no expediente.

A sugestão foi acolhida pelo Secretário da Fazenda Adjunto, que, em face do sobrestamento dos pedidos administrativos, solicitou celeridade na apreciação da consulta.

No âmbito da PGE, pelos critérios regimentais, foi a mim distribuído o expediente eletrônico em caráter de urgência.

É o relatório.

Para o equacionamento da consulta, impende ter presente, por primeiro, os termos dos Decretos nº 52.397/15 e 53.144/16, que regulamentam, respectivamente, a fruição e a conversão em pecúnia da licença-prêmio e das férias aos servidores estaduais:

Decreto nº 52.397/15

Art. 1º Fica regulamentada a fruição da Licença-Prêmio de que tratam a Lei nº 9.075, de 22 de maio de 1990, a Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, e as Leis Complementares nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, nº 13.451, de 26 de abril de 2010, nº 13.452, de 26 de abril de 2010, e nº 13.453, de 26 de abril de 2010, no âmbito do Poder Executivo.

Art. 2º A licença-prêmio será preferencialmente usufruída no quinquênio subsequente ao da sua aquisição, no todo ou em parcelas não inferiores a um mês, mediante requerimento do interessado dirigido à chefia imediata, que deverá deferir ou não o pedido em até quinze dias.

§ 1º Antes que se complete novo período aquisitivo sem que tenha havido o gozo ou a conversão em tempo de serviço da licença-prêmio já adquirida, a Administração Pública Estadual notificará, quando cabível, o(a) servidor(a) para optar entre a fruição ou a conversão em tempo de serviço para avanços e adicionais.

§ 2º Por justificada necessidade do serviço, poderá o(a) servidor(a) ser convocado(a), pela Administração Superior do seu órgão, a interromper o gozo da licença-prêmio, sendo facultada a fruição do período remanescente em momento posterior, hipótese em que o gozo poderá ser em período inferior a trinta dias.

§ 3º A fruição do todo ou da última parcela ou do período remanescente de que trata o § 2º deste artigo, conforme o caso, deverá ser iniciada até o último dia útil do quinquênio ao qual se refere o “caput” deste artigo, exceto nas hipóteses de indeferimento do pedido previstas neste Decreto.

§ 4º O membro do Magistério em regência de classe e os servidores em exercício nas escolas estaduais deverão usufruir preferencialmente da licença-prêmio no mês de julho, exceto se houver justificada autorização diversa da chefia imediata.

§ 5º Os Coordenadores Regionais e os Diretores de Escola deverão programar os afastamentos dos professores e servidores para fruição de licença-prêmio para que não haja prejuízo à continuidade do serviço.

§ 6º O(a) servidor(a) que, até a data da publicação do presente Decreto, possua licenças-prêmio adquiridas e não gozadas nem convertidas em tempo de serviço, deverá optar, quando for o caso, por convertê-las em tempo de serviço ou usufruí-las no decênio subsequente à publicação deste Decreto, preferencialmente um mês por ano, conforme autorização da chefia imediata.

Art. 3º A chefia imediata poderá, conforme justificativa em expediente administrativo próprio, indeferir o pedido de fruição da licença-prêmio por necessidade do serviço ou em razão do disposto no art. 153 da Lei Complementar nº 10.098/1994.

Art. 4º A conversão em pecúnia da licença-prêmio e da licença especial de que trata a Lei Complementar nº 10.990, de 18 de agosto de 1997, já adquirida e não usufruída nem convertida em tempo de serviço, fica autorizada para as situações de rompimento do vínculo funcional decorrentes de aposentadoria civil ou militar, exoneração, demissão ou falecimento. (redação conferida pelo Decreto nº 52.992/16)

§ 1º O(a) interessado(a) terá o prazo de cinco anos para requerer a conversão em pecúnia prevista no “caput” deste artigo a contar do ato de aposentadoria, da exoneração ou do falecimento, após o que se considerará prescrito o pedido com base no art. 1º do Decreto Federal nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

§ 2º O protocolo do pedido será efetuado junto ao órgão de origem do(a) servidor(a), que o autuará em expediente administrativo próprio e verificará o preenchimento dos requisitos para a concessão da indenização.

§ 3º Concluindo-se pelo deferimento do pedido, o expediente administrativo será encaminhado à Procuradoria-Geral do Estado, que, em quinze dias úteis, informará acerca da existência de ação judicial referente à conversão em pecúnia de licença-prêmio ou licença especial não gozada.

§ 4º Em não havendo ação judicial movida pelo(a) requerente, segundo o informado pela Procuradoria-Geral do Estado, ou em sendo comprovada por certidão judicial a homologação da desistência da ação de conhecimento ou da renúncia ao título executivo, o órgão de origem encaminhará o expediente administrativo para pagamento junto à Secretaria da Fazenda.

§ 5º A indenização de que trata este artigo corresponderá ao total dos meses de licença não usufruídos e será calculada com base na última remuneração integral do(a) servidor(a) em atividade, excluídas as parcelas de caráter transitório ou eventual, sendo o montante atualizado pela Taxa Referencial até o efetivo pagamento, que ocorrerá em:

I – seis parcelas mensais para os valores até R\$ 6.000,00 (seis mil reais);

II – doze parcelas mensais, para as quantias de R\$ 6.000,01 (seis mil reais e um centavo) a R\$ 12.000,00 (doze mil reais);

III – dezoito parcelas mensais, para as quantias de R\$ 12.000,01 (doze mil reais e um centavo) a R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais);

IV – trinta e seis parcelas mensais para os valores de R\$ 32.000,01 (trinta e dois mil reais e um centavo) a R\$ 95.000,00 (noventa e cinco mil reais); e

V – sessenta parcelas mensais para as quantias acima de R\$ 95.000,01 (noventa e cinco mil reais e um centavo).

§ 6º Não haverá incidência de contribuição previdenciária, da contribuição ao IPE-SAÚDE nem imposto de renda sobre os valores pagos.

§ 7º O pagamento da indenização de que trata este artigo constará do sistema Recursos Humanos no Estado do RS - RHE, registrando-se nos assentamentos funcionais referentes às licenças-prêmio ou às licenças especiais a informação da conversão em pecúnia.

§ 8º Em não fazendo o(a) servidor(a) jus à conversão em pecúnia, inclusive pela prescrição ou em razão da existência de ação judicial, exceto se comprovada por certidão judicial a homologação da desistência do processo de conhecimento ou da renúncia ao título executivo, o pedido será indeferido, dando o órgão de origem ciência ao interessado.

§ 9º A conversão em pecúnia de que trata este artigo, nos casos de exoneração, demissão e de falecimento de servidor, será paga em uma única parcela. (parágrafo acrescido pelo Decreto nº 52.992/16)

§ 10. A conversão em pecúnia da Licença-Prêmio será devida independente de requerimento para os rompimentos de vínculo que ocorrerem a partir de 1º de agosto de 2016. (parágrafo inserido pelo Decreto nº 53.144/16 e redação alterada pelo Decreto nº 53.295/16)

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Decreto nº 53.144/16

Art. 1º Fica regulamentada a fruição e a conversão em pecúnia das férias para os servidores públicos regidos pelas Leis Complementares nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, nº 10.990, de 18 de agosto de 1997, nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, nº 13.451, de 26 de abril de 2010, nº 13.452, de 26 de abril de 2010, e nº 13.453, de 26 de abril de 2010, bem como as Leis nº 6.672, de 22 de abril de 1974 e nº 7.366, de 29 de março de 1980, no âmbito do Poder Executivo.

Art. 2º As férias deverão ser usufruídas anualmente, exigindo-se 12 (doze) meses de exercício para o primeiro período aquisitivo.

§ 1º É facultado o gozo de férias em dois períodos, não inferiores a 10 (dez) dias.

§ 2º Por absoluta necessidade de serviço previamente justificada pelo gestor ou nas situações do § 8º deste artigo e ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica, as férias poderão ser acumuladas até o máximo de 2 (dois) períodos anuais.

§ 3º Após o acúmulo de 2 (dois) períodos de férias vencidas, exceto nas hipóteses do § 8º deste artigo, a Administração Pública Estadual notificará o servidor para agendar a fruição no prazo de 10 (dez) dias úteis e encerrado o prazo sem manifestação do servidor, a chefia imediata estabelecerá o período de gozo das férias vencidas.

§ 4º As férias somente poderão ser interrompidas por motivos de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral ou por superior interesse público.

§ 5º Somente em casos de interesse da segurança pública, de manutenção da ordem, de extrema necessidade do serviço, ou de transferência para a inatividade, os servidores militares terão interrompido ou deixarão de gozar, na época prevista, o período de férias a que tiverem direito, registrando-se o fato em seus assentamentos.

§ 6º As férias dos membros do Magistério Público Estadual em exercício de docência são obrigatórias e terão a duração de até 60 (sessenta) dias, após um ano de exercício profissional, assegurado um mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 7º Para o pessoal docente e especialista de educação em exercício nas unidades escolares do Sistema Estadual de Ensino, o período de férias será de 45 (quarenta e cinco) dias, durante as férias escolares, devendo ser fixado em calendário anual de forma a atender às necessidades didáticas e administrativas do estabelecimento.

§ 8º Quando a licença à gestante, ao adotante ou a licença paternidade coincidir com as férias escolares, o pessoal docente e especialista de educação não perderá o direito às férias, que serão gozadas no interesse da Administração Pública Estadual.

§ 9º Nos afastamentos em razão de licença para tratamento de saúde, de licença em razão de acidente em serviço, de licença por motivo de doença em pessoa da família, quando esta não ultrapasse a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, bem como, em se tratando de servidor militar, por motivo de “agregação”, não haverá a perda do direito ao gozo das férias, que serão usufruídas após o retorno ao trabalho.

§ 10. No afastamento em razão de licença para qualificação profissional por período superior a 12 (doze) meses, as férias deverão ser gozadas durante a licença, quando compatível com as atividades acadêmicas, e, em não sendo compatível, deverá o servidor informar à Administração Pública Estadual a impossibilidade de sua fruição, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo.

§ 11. Nas hipóteses de denegação do registro do ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas do Estado, ou de indeferimento do pedido de inativação precedido de afastamento

em licença especial, após o retorno ao trabalho, deverá o servidor ter exercício por doze meses para adquirir novamente o direito às férias.

§ 12. O servidor que tiver gozado mais de 30 (trinta) dias de licença para tratar de interesses particulares ou para acompanhar o cônjuge, somente após um ano de efetivo exercício contado da data da apresentação fará jus a férias.

§ 13. Fazem jus às férias anuais os Secretários de Estado, dirigentes de fundações de direito público e de autarquias regidos pela Lei Complementar nº 10.098/94.

§ 14. Fazem jus às férias anuais os servidores contratados emergencialmente por períodos superiores a 12 (doze) meses.

§ 15. Perderá o direito às férias o servidor que, no ano antecedente àquele em que deveria gozá-las, tiver mais de 30 (trinta) dias de faltas não justificadas ao serviço.

§ 16. No afastamento em razão de licença para exercício de mandato classista por período superior a 12 (doze) meses, as férias deverão ser gozadas durante a licença, aplicando-se, quando cabível, o disposto no § 3º deste artigo.

§ 17. O laudo de aposentadoria por invalidez emitido pelo órgão oficial de perícia interrompe o período aquisitivo de férias.

§ 18. Considerar-se-á prescrito o direito à fruição após cinco anos do início do ano civil subsequente ao ano a que se referem as férias.

Art. 3º A conversão em pecúnia das férias, incluído o abono constitucional, já adquiridas e não usufruídas e nem prescritas na forma do § 18 do art. 2º deste Decreto, bem como das férias proporcionais, será paga nas situações de rompimento do vínculo funcional decorrentes de aposentadoria civil ou militar, de exoneração, de demissão ou de falecimento, bem como nos casos de afastamentos legais sem remuneração por períodos superiores a 30 (trinta) dias.

§ 1º Considerar-se-á prescrito o direito à conversão em pecúnia, com base no art. 1º do Decreto Federal nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, após cinco anos a contar do rompimento do vínculo funcional ou do afastamento legal sem remuneração.

§ 2º Não faz jus à conversão em pecúnia o servidor que exerceu o cargo público por período inferior a um ano.

§ 3º Não fará jus à conversão em pecúnia de que trata o “caput” deste artigo o servidor que assumir outro cargo público na esfera estadual sem solução de continuidade.

§ 4º Na reintegração decorrente de decisão administrativa ou judicial, o servidor fará jus somente à indenização do terço de férias relativo ao período entre a demissão e a reintegração, não sendo devido o gozo.

§ 5º A indenização das férias proporcionais corresponderá aos meses de efetivo exercício contados do início do último período aquisitivo.

§ 6º Os dias de férias usufruídos antecipadamente com base no princípio da anualidade deverão ser descontados do valor a ser indenizado.

§ 7º A indenização de que trata este artigo corresponderá ao total dos dias de férias vencidas e proporcionais não usufruídas e será calculada com base na última remuneração integral do servidor em atividade, incluídas as parcelas de natureza remuneratória e excluídas as de caráter indenizatório, acrescidas do terço constitucional, sendo o montante atualizado pela Taxa Referencial mensal a partir do rompimento do vínculo funcional ou do afastamento sem remuneração até o pagamento, que ocorrerá em:

I – seis parcelas mensais para os valores até R\$ 12.000,00 (doze mil reais);

II – doze parcelas mensais, para as quantias de R\$ 12.000,01 (doze mil reais e um centavo) a R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais);

III – dezoito parcelas mensais, para as quantias de R\$ 32.000,01 (trinta e dois mil reais e um centavo) a R\$ 95.000,00 (noventa e cinco mil reais); e

IV – trinta e seis parcelas mensais para as quantias acima de R\$ 95.000,01 (noventa e cinco mil reais e um centavo).

§ 8º A conversão em pecúnia de que trata este artigo, nos casos de exoneração, de demissão, de afastamento sem remuneração e de falecimento de servidor, será paga em uma única parcela.

§ 9º Não haverá incidência de contribuição previdenciária, da contribuição ao IPE-SAÚDE nem imposto de renda sobre os valores pagos.

§ 10. O pagamento da indenização de que trata este artigo constará do sistema Recursos Humanos no Estado do RS - RHE, registrando-se nos assentamentos funcionais referentes às férias a informação da conversão em pecúnia.

Art. 4º A conversão em pecúnia na forma prevista no art. 3º será devida para os rompimentos de vínculo e de afastamentos legais sem remuneração por períodos superiores a 30 dias que ocorrerem a partir da publicação do presente Decreto, independente de requerimento.

Art. 5º A conversão em pecúnia de que trata o art. 3º poderá ser requerida nas hipóteses de aposentadoria civil ou militar, de exoneração, de demissão ou de falecimento, bem como nos casos de afastamentos legais sem remuneração por períodos superiores a 30 (trinta) dias que tenham ocorrido antes da publicação deste Decreto e que não esteja prescrita na forma do § 1º do art. 3º deste Decreto.

§ 1º O protocolo do pedido será efetuado junto ao órgão de origem do servidor, que o autuará em expediente administrativo próprio e verificará o preenchimento dos requisitos para a conversão em pecúnia.

§ 2º Concluindo-se pelo deferimento do pedido, o expediente administrativo será encaminhado à Procuradoria-Geral do Estado, que, em 15 (quinze dias) úteis, informará acerca da existência de ação judicial referente à conversão em pecúnia de férias não usufruídas, inclusive as proporcionais.

§ 3º Em não havendo ação judicial movida pelo requerente, segundo o informado pela Procuradoria-Geral do Estado, ou em sendo comprovada por certidão judicial a homologação da desistência da ação de conhecimento ou da renúncia ao título executivo, o órgão de origem encaminhará o expediente administrativo para pagamento junto à Secretaria da Fazenda na forma prevista no art. 3º deste Decreto.

§ 4º Em se tratando de servidor falecido, o requerimento deverá ser feito por quem comprovar a condição de inventariante ou de representante do espólio.

O primeiro questionamento da Pasta Fazendária diz com o tratamento a ser conferido ao pagamento da indenização na hipótese do rompimento do vínculo funcional decorrente de aposentadoria, exoneração ou demissão vir a ser declarado ou tornado sem efeito, com retorno do servidor à atividade por decisão administrativa ou judicial.

Mas no ponto impende distinguir precisamente se o ato foi desconstituído em decorrência de decisão judicial ou se a Administração agiu no exercício de seu dever de zelar pela legalidade dos atos administrativos.

Assim, na hipótese fática ventilada no expediente (militar de Identidade Funcional nº 2225018, transferido para a reserva em 03/07/2015), o ato de transferência para reserva foi desconstituído *“visto não ter tempo de serviço suficiente, nos termos da Lei Complementar 10.990/97, para ser transferido para a reserva, face contagem incorreta de averbação do tempo público militar, constatado após sua inativação”* (conforme registro no RHE).

Portanto, a própria Administração, verificando que incorrera em equívoco, tomou a iniciativa de desconstituir o ato de transferência para a reserva. Mas esse equívoco administrativo, de contagem incorreta da averbação de tempo público militar, alimentou expectativa no militar de que sua inativação era legal e definitiva, elemento reconhecido como configurador da boa-fé objetiva, a desobrigar a restituição ao erário dos valores percebidos, de conformidade com a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO A MAIOR DE VERBA A SERVIDOR. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E DEFINITIVIDADE DO PAGAMENTO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE.

1. No julgamento do REsp 1.244.182/PB, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, ficou estabelecido o entendimento de que, nos casos em que o pagamento indevido foi efetivado em favor de servidor público, em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração, a verba não está sujeita à devolução, presumindo-se a boa-fé do servidor.

2. Na linha do julgado precitado, **o elemento configurador da boa-fé objetiva é a inequívoca compreensão, pelo beneficiado, do caráter legal e definitivo do pagamento.**

3. "Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012).

4. Descabe ao receptor da verba alegar que presumiu o caráter legal do pagamento em hipótese de patente cunho indevido, como, por exemplo, no recebimento de auxílio-natalidade (art. 196 da Lei 8.112/1990) por servidor público que não tenha filhos.

5. **In casu, todavia, o pagamento efetuado ao agravado decorreu de puro erro administrativo de cálculo, sobre o qual se imputa que ele tenha presumido, por ocasião do recebimento, a legalidade e a definitividade do pagamento, o que leva à conclusão de que os valores recebidos foram de boa-fé.**

6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1544476/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 16/11/2015)

ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO A MAIOR DE VERBA A SERVIDOR. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E DEFINITIVIDADE DO PAGAMENTO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE.

1. Trata-se de Mandado de Segurança contra o Presidente do STJ.

Alega a impetrante ser ré em processo administrativo que visa à reposição de juros de mora sobre reajuste pago indevidamente por erro na rotina de cálculos automáticos do Sistema de Administração de Recursos Humanos (SARH). Aduz que o pagamento a maior por

erro da administração não enseja devolução pelo servidor de boa-fé. Pede seja revogada a decisão que determinou a cobrança.

2. A Primeira Seção consolidou o entendimento de que, tanto para verbas recebidas por antecipação de tutela posteriormente revogada (REsp 1.384.418/SC, depois confirmado sob o rito do art. 543-C do CPC no REsp 1.401.560/MT, estando pendente de publicação), quanto para verbas recebidas administrativamente pelo servidor público (REsp 1.244.182/PB), o beneficiário deve comprovar a sua patente boa-fé objetiva no recebimento das parcelas.

3. Na linha dos julgados precitados, o elemento configurador da boa-fé objetiva é a inequívoca compreensão, pelo beneficiado, do caráter legal e definitivo do pagamento.

4. "Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012).

5. Descabe ao receptor da verba alegar que presumiu o caráter legal do pagamento em hipótese de patente cunho indevido, como, por exemplo, no recebimento de auxílio-natalidade (art. 196 da Lei 8.112/1990) por servidor público que não tenha filhos.

6. Na hipótese de pagamento por força de provimentos judiciais liminares, conforme os mencionados REsp 1.384.418/SC e REsp 1.401.560/MT (submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008), não pode o servidor alegar boa-fé para não devolver os valores recebidos, em razão da própria precariedade da medida concessiva, e, por conseguinte, da impossibilidade de presumir a definitividade do pagamento.

7. In casu, todavia, o pagamento efetuado à impetrante decorreu de puro erro administrativo de cálculo, sobre o qual se imputa que ela tenha presumido, por ocasião do recebimento, a legalidade e a definitividade do pagamento, o que leva à conclusão de que os valores recebidos foram de boa-fé.

8. Segurança concedida. Agravo Regimental prejudicado.

(MS 19.260/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/09/2014, DJe 11/12/2014)

E ainda o seguinte julgamento, em recurso submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.

2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé.

3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.

4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012)

Portanto, na esteira da jurisprudência colacionada, reputa-se que, quando o desfazimento do ato se der por iniciativa da Administração (sem determinação judicial), como reparo de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei, não evidenciada má-fé do servidor, os valores já pagos a título de indenização de licença-prêmio ou férias não deverão ser estornados pela Administração, restando quitada a obrigação em relação aos períodos já adimplidos e inviabilizado seu gozo.

Contudo, resta afastado o dever de restituição somente em relação aos valores já adimplidos, de modo que, havendo ainda parcelas pendentes, em razão do parcelamento previsto nos decretos, o pagamento deverá ser interrompido quando do retorno do servidor à atividade, procedendo-se aos devidos registros funcionais "*pro rata die*" tanto do período já indenizado quanto daquele ainda disponível para fruição.

De outra senda, na hipótese de que o retorno do servidor decorra de decisão judicial, isto é, se o afastamento do servidor decorreu de uma decisão judicial provisória, posteriormente cassada, encontra-se consolidado o entendimento de que a responsabilidade daquele que postula a medida judicial é objetiva, uma vez que não pode o servidor alegar boa-fé para não devolver os valores recebidos, em razão da própria precariedade da medida concessiva, e, por conseguinte, da impossibilidade de presumir a definitividade do pagamento. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. RECEBIMENTO DE VALORES POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA POSTERIORMENTE CASSADA. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE.

O entendimento desta Corte de que, "tendo a servidora recebido os referidos valores amparada por uma decisão judicial precária, não há como se admitir a existência de boa-fé, pois a Administração em momento nenhum gerou-lhe uma falsa expectativa de definitividade quanto ao direito pleiteado" (REsp 1.335.962/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 2/8/2013).

2. Não pode o servidor alegar boa-fé para não devolver valores recebidos por meio de liminar, em razão da própria precariedade da medida concessiva e, por conseguinte, da impossibilidade de presumir a definitividade do pagamento.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no REsp 1211305/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 19/04/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA, POSTERIORMENTE REFORMADA. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, "tendo a servidora recebido os referidos valores amparada por uma decisão judicial precária, não há como se

admitir a existência de boa-fé, pois a Administração em momento nenhum gerou-lhe uma falsa expectativa de definitividade quanto ao direito pleiteado. A adoção de entendimento diverso importaria, dessa forma, no desvirtuamento do próprio instituto da antecipação dos efeitos da tutela, haja vista que um dos requisitos legais para sua concessão reside justamente na inexistência de perigo de irreversibilidade, a teor do art. 273, §§ 2º e 4º, do CPC" (STJ, REsp 1.335.962/RS, Rel.Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/08/2013).

No mesmo sentido: STJ, EDcl no REsp 1.387.306/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2015; AgRg no REsp 1.474.964/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2014; AgRg no REsp 1263480/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 09/09/2011.

II. A previsão da devolução dos valores recebidos em decorrência de decisão judicial de natureza precária ou não definitiva, no § 3º do art. 46 da Lei 8.112/90, veio tão somente explicitar, no âmbito do Regime Jurídico Único, tal hipótese, bem como consignar, expressamente, a necessidade de sua devida atualização monetária.

III. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 348.196/CE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016)

E em sede de recurso submetido à sistemática dos recursos repetitivos restou decidido:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO.

O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). **Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária.**

Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrario sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava.

Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1401560/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 13/10/2015)

Por conseguinte, quando a percepção da indenização de licença-prêmio e férias tiver origem em decisão judicial de natureza precária ou não definitiva, posteriormente reformada, o pagamento deverá ser suspenso por ocasião do retorno – se ainda houver parcelas pendentes – e deverão também ser restituídos ao erário os valores já percebidos. Em consequência, também deverão ser feitas as anotações correspondentes, restituindo-se ao servidor os períodos para fins de fruição.

Mas no que tange à dispensa do contraditório, porque este já se teria instaurado, administrativa ou judicialmente, quando da apuração dos fatos que ensejaram a anulação do rompimento do vínculo funcional, não se afigura viável visto que o pagamento da indenização da licença-prêmio constitui mera consequência do “rompimento” do vínculo funcional e, portanto, no mais das vezes, o contraditório que se terá instaurado não guarda relação com o pagamento da indenização e sim com as causas determinantes do retorno do servidor à atividade. A jurisprudência do STJ igualmente assinala a necessidade de que a restituição dos valores seja precedida do contraditório e da ampla defesa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA, POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1 - Esta Corte possui jurisprudência no sentido de que é obrigatória a devolução por servidor público de vantagem patrimonial paga pelo erário público, em face de cumprimento de decisão judicial precária, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. (AgRg no REsp 1.177.349/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJe 1º/08/2012) 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1337780/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 06/12/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. RECEBIMENTO DE VALOR POR FORÇA DE LIMINAR CONCEDIDA E POSTERIORMENTE CASSADA. OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

1. A 1ª Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.348.418/SC, consolidou entendimento de que é dever do titular do direito patrimonial - naquele caso, titular de benefício previdenciário - devolver valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela posteriormente revogada (STJ, REsp 1.384.418/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 30/08/2013).

2. Por outro lado, é firme neste Tribunal o entendimento de que a Administração Pública, a fim de proceder à restituição de valores pagos a servidor público, ainda que por força de liminar posteriormente cassada, deve observar, previamente, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (STJ, REsp1.384.418/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 30/08/2013).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 18.108/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015)

Desse modo, a devolução dos valores pagos a título de indenização de licença-prêmio ou férias deverá ser precedida de procedimento administrativo, no qual se assegure a ampla defesa e o contraditório.

Em relação a base de cálculo do valor da indenização, quando se tratar de servidor que se encontra afastado do exercício do cargo, sem remuneração, é necessário ter presente que a referência nos decretos à remuneração do servidor "*em atividade*" (§ 5º do art. 4º do Decreto nº 52.397/15 e § 7º do art. 3º do Decreto nº 53.144/16) leva em conta que o termo inicial do direito à conversão em pecúnia da licença-prêmio é a cessação da obrigação do servidor prestar o serviço, em decorrência de uma das causas admitidas no decreto (aposentadoria, exoneração, demissão ou falecimento). Ademais, a base de cálculo da licença-prêmio vem fixada no artigo 150 da LC nº 10.098/94, que prevê:

Art. 150 - O servidor que, por um quinquênio ininterrupto, não se houver afastado do exercício de suas funções terá direito à concessão automática de 3 (três) meses de licença-prêmio por assiduidade, com todas as vantagens do cargo, como se nele estivesse em exercício.

Logo, se a lei assegura ao servidor, durante o gozo da licença-prêmio, a percepção da remuneração "*com todas as vantagens do cargo, como se nele estivesse em exercício*", a base de cálculo da indenização da licença-prêmio há de ser a mesma, o que conforta a tese de que a expressão "*última remuneração integral do(a) servidor(a) em atividade*" contida nos decretos deve ser compreendida como a remuneração a que faria jus o servidor se no exercício do cargo estivesse (excluídas as vantagens transitórias e de caráter precário, cujo pagamento dependam da efetiva prestação do serviço), sendo irrelevante, para essa finalidade, que eventualmente antes do rompimento do vínculo funcional estivesse licenciado sem a percepção de remuneração.

Portanto, a base de cálculo da indenização há de ser sempre a remuneração do cargo no momento em que se operou o rompimento do vínculo, ainda que, eventualmente, o servidor estivesse licenciado sem remuneração.

Já para o equacionamento da indagação relativa ao alcance da vedação contida no parágrafo 3º do artigo 128 da LC nº 10.990/97, necessário verificar o teor do texto legal:

Art. 128 - O licenciamento do serviço ativo, aplicado somente às Praças, se efetua:

I - a pedido;

II - "ex-officio".

§ 1º - O licenciamento a pedido poderá ser concedido, desde que não haja prejuízo para o serviço, à Praça engajada ou reengajada que conte, no mínimo, a metade do tempo de serviço a que se obrigou.

§ 2º - O licenciamento "ex-officio" se dará:

I - por conclusão de tempo de serviço;

II - por conveniência do serviço;

III - a bem da disciplina.

§ 3º - O servidor militar licenciado não tem direito a qualquer remuneração e terá sua situação militar definida pela Lei do Serviço Militar.

§ 4º - O licenciado "ex-officio" a bem da disciplina receberá o Certificado de Isenção previsto na Lei do Serviço Militar.

§ 5º - Compete ao Governador do Estado o ato licenciamento das Praças. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 11.831/02)

O licenciamento das praças, a pedido ou *ex officio* constitui, portanto, uma modalidade de rompimento do vínculo funcional, típica dos militares, que gera o afastamento definitivo do militar de suas funções, somente podendo ingressar novamente pela via do concurso público, como já afirmado no PARECER nº 14.784/07. Mas o licenciamento se aproxima das figuras da exoneração e demissão dos servidores civis, por se tratar de modo de rompimento de vínculo em que não remanesce ao Estado obrigação de pagamento de proventos ou pensão, de modo que o § 3º do aludido artigo 128 da LC nº 10.990/97 tem, portanto, o escopo de explicitar que, em decorrência da condição de licenciado, nada mais será devido ao militar.

Isso, contudo, não exclui a percepção da indenização de licença especial ou férias não usufruídas, direitos que já se haviam incorporado ao patrimônio do servidor, tendo em vista o assentado pelo STF em sede de repercussão geral no julgamento do ARE 721001:

Recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. Servidor Público. 3. Conversão de férias não gozadas – bem como outros direitos de natureza remuneratória – em indenização pecuniária, por aqueles que não mais podem delas usufruir. Possibilidade. Vedação do enriquecimento sem causa da Administração. 4. Repercussão Geral reconhecida para reafirmar a jurisprudência desta Corte. (ARE 721001 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-044 DIVULG 06-03-2013 PUBLIC 07-03-2013)

E o Tribunal de Justiça gaúcho, apreciando pleito de servidor militar licenciado, aplicou idêntico entendimento:

Ementa: RECURSO INOMINADO. TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR MILITAR LICENCIADO POR CONVENIÊNCIA DO SERVIÇO. GRATIFICAÇÃO NATALINA - 13º PROPORCIONAL E CONVERSÃO DE FÉRIAS NÃO FRUÍDAS À ÉPOCA DO LICENCIAMENTO QUE ROMPEU O VÍNCULO, EM PECÚNIA. INDENIZAÇÕES DEVIDAS, FACE À VEDAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF E STJ. (...). À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O RECURSO INOMINADO, VENCIDO O VOGAL JOSÉ ANTÔNIO COITINHO NO TÓPICO DA (Recurso Cível Nº 71004987046, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 31/07/2014)

Por conseguinte, o licenciamento do militar na forma do artigo 128 da LC nº 10.990/97 não afasta o direito à eventual percepção de indenização de licença especial e férias, nos termos dos Decretos nº 52.397/15 e 53.144/16.

No que respeita a eventual obrigação de indenizar quando se tratar de servidor ou militar que vem a ter sua nomeação ou inclusão anulada ou declarada sem efeito em decorrência de decisão judicial, aplicável o mesmo entendimento antes exposto em relação ao

servidor que retorna ao serviço, ou seja, a responsabilidade daquele que postula a medida judicial é objetiva e, em razão da precariedade da medida concessiva, o direito à licença-prêmio ou férias não se incorporou em definitivo ao patrimônio do servidor/militar. Em consequência, não reconhecido em definitivo o direito do servidor/militar de permanecer integrado no serviço público, seu desligamento não rende ensejo ao pagamento de indenização de licença-prêmio e férias, pois a Administração em momento nenhum gerou falsa expectativa de definitividade quanto aos direitos decorrentes da titulação precária do cargo público.

E O Supremo Tribunal Federal não destoa desse entendimento, como se vê do julgamento do RE 608482, em sede de repercussão geral:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. “TEORIA DO FATO CONSUMADO”, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. **É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.** 3. Recurso extraordinário provido. (RE 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)4)

E em sua fundamentação, o relator Ministro Teori Zavascki retoma a distinção entre os atos de iniciativa da própria Administração, decorrente de erro na interpretação ou aplicação da lei, e aqueles que tem origem em decisão judicial:

“(...)É realmente difícil, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, justificar a manutenção da situação pretendida pela recorrida. Não se trata, sequer, de considerar o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado. Esse argumento é cabível quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor se vê alçado a determinada condição jurídica ou vê incorporada ao seu patrimônio funcional determinada vantagem, fazendo com que, por essas peculiares circunstâncias, provoque em seu íntimo uma natural e justificável convicção de que se trata de um status ou de uma vantagem legítima. Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse status ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do “fato consumado”, a manutenção do status quo, ou, pelo menos, a dispensa

de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.

É completamente diferente, entretanto, a situação dos autos, em que a vantagem obtida – ou seja, a nomeação e posse em cargo público – se deu, não por iniciativa da Administração, mas por provocação do próprio servidor e contra a vontade da Administração, que, embora manifestando permanente resistência no plano processual, outra alternativa não tinha senão a de cumprir a ordem judicial que deferiu o pedido. Ora, considerando o regime próprio da execução provisória das decisões judiciais - que, como se sabe, é fundada em títulos marcados pela precariedade e pela revogabilidade a qualquer tempo, operando, nesse último caso, por força de lei, automático retorno da situação jurídica ao status quo ante –, não faz sentido pretender invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima nos atos administrativos. Pelo contrário: o que se deve considerar é que o beneficiário da medida judicial de natureza precária não desconhecia, porque isso decorre de lei expressa, a natureza provisória e revogável dessa espécie de provimento, cuja execução se dá sob sua inteira responsabilidade e cuja revogação acarreta automático efeito *ex tunc*, sem aptidão alguma, conseqüentemente, para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.”

Desse modo, declarada sem efeito a nomeação ou inclusão em cumprimento de decisão judicial, não fará jus o servidor à percepção da indenização de licença-prêmio e férias; não estará obrigado a restituir os vencimentos já percebidos, uma vez que ao trabalho prestado corresponde o salário devido, mas esta garantia não alcança eventuais indenizações, que não guardam o caráter de contraprestação pelo serviço prestado. E exatamente por não guardar caráter de contraprestação pelo trabalho prestado, na eventual hipótese – menos comum – de que o ato seja declarado sem efeito por iniciativa da própria Administração, a indenização igualmente não será devida.

Adentrando na temática da inclusão do abono de permanência na base de cálculo da indenização da licença-prêmio e das férias, impende ter presente que a Emenda Constitucional nº 41/03 introduziu no ordenamento jurídico constitucional brasileiro o instituto do abono de permanência, estabelecendo três hipóteses para a sua concessão, conforme disposto no art. 40, § 19, da CF/88, e nos artigos 2º, § 5º e 3º, § 1º, da EC 41/03, como apresentados abaixo:

Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) (...)

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) (...)

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) (grifou-se).

Emenda Constitucional 41/03

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso. (...)

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. (grifou-se).

Além disso, como assentado no PARECER nº 15.518/11, o abono de permanência também constitui direito dos servidores públicos estaduais que preencham os requisitos de inativação do artigo 6º da EC 41/03 ou do artigo 3º da EC 47/05.

Nesse contexto, o abono de permanência é um incentivo pecuniário, no valor equivalente ao da contribuição previdenciária descontada do servidor, devido pelo ente empregador (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) aos servidores efetivos que já tenham reunido as condições para a aposentadoria voluntária, mas optam por continuar trabalhando no serviço público, e sua percepção perdura até que o servidor opte por se aposentar ou até que complete as exigências para aposentadoria compulsória. Tem por finalidade motivar o servidor a permanecer em atividade, gerando economia aos cofres públicos ao acarretar o adiamento do pagamento dos proventos de inativação cumulados com a remuneração do eventual substituto.

Contudo, muito se tem discutido acerca da natureza jurídica do abono de permanência, sendo que, no âmbito administrativo, o que se constata é que não há univocidade na orientação emanada desta Procuradoria-Geral, ainda que prevaleça o reconhecimento do caráter indenizatório.

Com efeito, no PARECER nº 14.129/04, de autoria do Procurador do Estado Euzébio Fernando Ruschel, ao exame da possibilidade de percepção cumulativa do abono de permanência e da gratificação de permanência, o abono restou caracterizado como prêmio, afastada a qualidade de acréscimo pecuniário:

“Assim, o abono de permanência constitucional exsurge como uma benesse de caráter obrigatório, sendo devido aos servidores que preencherem os requisitos para aposentadoria voluntária, enquanto permanecerem na ativa ou até a jubilação compulsória.

É um prêmio outorgado ao servidor que, reunindo as condições para se aposentar, escolhe permanecer disponibilizando seus conhecimentos e sua força de trabalho em prol do serviço público.

(...) Com efeito, o abono constitucional, conforme já expendido, pago no quantum correspondente à contribuição previdenciária do servidor apto a se aposentar, tem por finalidade compensar esse desconto previdenciário, justamente para incentivá-lo a permanecer em atividade.

Não se cuida, portanto, de acréscimo pecuniário, no estrito sentido da norma contida no inciso XIV do artigo 37 da Constituição Federal, mas de valor alcançado para anular um desconto, servindo como estímulo a evitar a aposentadoria prematura.”

Já no PARECER nº 14.262/05, de autoria da Procuradora do Estado Eliana Soledade Graeff Martins, expressamente foi reconhecida natureza remuneratória ao abono de permanência:

Com relação ao abono de permanência em si e a sua natureza jurídica, há de se considerar que o servidor que permanece em atividade continuará normalmente pagando a quota que lhe cabe pagar de contribuição previdenciária. Em outras palavras, a contribuição previdenciária continua a ser descontada mensalmente dos vencimentos do servidor.

O abono de permanência, a ser pago pelo ente público, é que tem seu valor estabelecido na Constituição como o equivalente à contribuição previdenciária recolhida pelo servidor.

A contribuição previdenciária que continua a ser paga pelo servidor apenas estabelece o quantum do abono de permanência devido pelo ente público àquele que já reuniu as condições de aposentadoria e optou por permanecer em atividade.

Evidencia-se, pois, que o abono de permanência não tem natureza previdenciária, mas remuneratória. Surge como um incentivo à permanência do servidor em atividade, mas um incentivo de caráter obrigatório.

Posteriormente, na Informação nº 006/12/PP, do Procurador do Estado Jose Luiz Bolzan de Moraes, em orientação depois repisada nos Pareceres nº 16.402/14, 16.461/15, 16.789/16, 16.825/16 e Informação nº 016/16/PP, foi afirmado:

Assim, **enquanto o abono tem caráter indenizatório - da contribuição previdenciária -, a gratificação de permanência incorpora perfil remuneratório**, uma vez tratar-se de contraprestação financeira paga pela prestação do trabalho após o cumprimento dos requisitos para a aposentadoria, sempre em face do interesse da Administração Pública.

De outra banda, a jurisprudência recente do STJ é pacífica no sentido de que o abono de permanência possui caráter remuneratório, ao fundamento de que confere acréscimo patrimonial ao beneficiário e constitui vantagem pecuniária de caráter permanente, pois o benefício cessa somente com o implemento da aposentadoria, e, portanto, passa a compor o patrimônio jurídico do servidor beneficiado, não tendo como característica a eventualidade:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA CONCEDIDA NO TÍTULO JUDICIAL. BASE DE CÁLCULO. REMUNERAÇÃO. INCLUSÃO DO ABONO DE PERMANÊNCIA. 1. Tendo o título executivo estabelecido que a conversão em espécie de licenças-prêmio não gozadas seria feito com base na remuneração do servidor, o abono de permanência deve integrar a base de cálculo.

2. O abono de permanência em serviço consiste em prestação pecuniária devida àqueles servidores que, mesmo reunidas as condições para aposentadoria, optam por continuar trabalhando, conforme arts. 40, § 19, da CF; 3º, § 1º, da EC 41/2003; e 7º da Lei 10.887/2004.

3. Segundo o art. 41 da Lei 8.112/1990, remuneração "é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei".

4. O abono de permanência é indubitavelmente vantagem pecuniária permanente, pois essa contraprestação se incorpora ao patrimônio jurídico do servidor de forma irreversível ao ocorrer a reunião das condições para a aposentadoria, associada à continuidade do labor.

Não é, portanto, possível atribuir eventualidade ao pagamento da citada vantagem, pois somente com o implemento da aposentadoria ela cessará.

5. O STJ, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, já se manifestou sobre a natureza jurídica do abono de permanência para fins tributários, de forma a assentar o seu caráter remuneratório. A propósito: EDcl no REsp 1.192.556/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17.11.2010.

6. "Por ser uma vantagem pecuniária não eventual e componente da remuneração do servidor, o abono de permanência deve compor a base de cálculo da licença-prêmio indenizada." (AgRg no REsp1.480.864/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe

21/09/2016). No mesmo sentido, REsp 1.607.588/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2016; REsp 1.479.938/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.12.2014; e REsp 1.491.286/RS, Rel. Ministro Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16.12.2014.

7. Recurso Especial não provido. (REsp 1640841/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 27/04/2017)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. INCLUSÃO DO ABONO DE PERMANÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - O abono de permanência insere-se no conceito de remuneração do cargo efetivo e é uma vantagem de caráter permanente, que se incorpora ao patrimônio jurídico do servidor de forma irreversível, vindo a cessar somente com o implemento da aposentadoria.

III - Inclusão do abono de permanência na base de cálculo da licença-prêmio não usufruída convertida em pecúnia.

IV - Recurso Especial improvido. (REsp 1514673/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ABONO DE PERMANÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 58/2003. MODIFICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DE REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. POLÍTICA DE SUBSÍDIOS. VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM REMUNERATÓRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. (...) **2. O abono de permanência, na esteira de julgados deste Superior Tribunal, possui natureza remuneratória** (cf. AgRg no REsp1271675/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 17/10/2011; REsp 1268154/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013). (...) (AgRg nos EDcl no RMS 40.490/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014). (grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ABONO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

1. Por inexistir fundamento constitucional suficiente, por si só, para manter o acórdão do Tribunal de origem quanto à questão impugnada no recurso especial, não há falar em incidência da Súmula 126/STJ.

2. Esta Seção manifestou-se sobre a natureza jurídica do abono de permanência, quando prestigiou, no acórdão embargado, o entendimento da Segunda Turma, que, ao julgar o REsp 1.105.814/SC, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins, reconheceu a incidência do imposto de renda sobre o aludido abono com base nas seguintes razões de decidir: "**O abono de permanência trata-se apenas de incentivo à escolha pela continuidade no trabalho em lugar do ócio remunerado. Com efeito, é facultado ao servidor continuar na ativa quando já houver completado as exigências para a aposentadoria voluntária. A permanência em atividade é opção que não denota supressão de direito ou vantagem do servidor e, via de consequência, não dá ensejo a qualquer reparação ou recomposição de seu patrimônio. O**

abono de permanência possui, pois, natureza remuneratória por conferir acréscimo patrimonial ao beneficiário e configura fato gerador do imposto de renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional." (grifou-se). Com efeito, o abono de permanência é produto do trabalho do servidor que segue na ativa, caracterizando inegável acréscimo patrimonial, o que enseja a incidência do imposto de renda. Não cabe a alegação de que o abono de permanência corresponderia a verba indenizatória, pois não se trata de ressarcimento por gastos realizados no exercício da função ou de reparação por supressão de direito.

3. Verificar se o acórdão embargado enseja contrariedade a normas e princípios positivados na Constituição é matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, alheia ao plano de competência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que para fins de prequestionamento, conforme entendimento da Corte Especial (EDcl nos EDcl nos REsp 579.833/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.10.2007).

4. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no REsp 1192556/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 17/11/2010)

E o mesmo Superior Tribunal de Justiça, decidiu, sob o rito dos recursos repetitivos, que essa verba tem natureza remuneratória e como tal sujeita-se à incidência de Imposto de Renda:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ABONO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. **1. Sujeitam-se incidência do Imposto de Renda os rendimentos recebidos a título de abono de permanência a que se referem o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003, e o art. 7º da Lei 10.887/2004. Não há lei que autorize considerar o abono de permanência como rendimento isento.** 2. Recurso especial provido. (REsp 1192556/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010)

Na mesma esteira, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado atribui natureza remuneratória ao abono de permanência:

Ementa: RECURSO INOMINADO. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INATIVO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. INDENIZAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ABONO PERMANÊNCIA, GRATIFICAÇÃO DE PERMANÊNCIA E ABONO FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. A base de cálculo adotada para fins de apuração do valor da indenização é o da última remuneração percebida pelo servidor antes de sua inativação, excluídas as vantagens transitórias e de caráter precário, cujo pagamento dependam da efetiva prestação do serviço, **o que não é o caso do abono permanência, gratificação de permanência e abono família, pois parcelas de caráter remuneratório.** RECURSO INOMINADO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71006776710, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em 29/06/2017)

Ementa: RECURSO INOMINADO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INATIVO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. BASE DE CÁLCULO. ABONO PERMANÊNCIA. 1) Trata-se de ação através da qual o autor, na condição de servidor público estadual inativo, objetiva a conversão em pecúnia de licença-prêmio não usufruída quando em atividade, julgada

procedente na origem. 2) A base de cálculo adotada para fins de apuração do valor da indenização atinente à Licença-Prêmio não usufruída deverá observar a última remuneração percebida pelo servidor antes de sua inativação, excluídas as vantagens transitórias e de caráter precário, cujo pagamento dependam da efetiva prestação do serviço, bem como as parcelas de cunho indenizatório. **3) Considerando que o Adicional de Abono Permanência e Abono família são parcelas de nítido caráter remuneratório, devem ser então, incluídas na base de cálculo da licença-prêmio.** 4) Sentença reformada no tópico. RECURSO INOMINADO PROVIDO (Recurso Cível Nº 71006813646, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 29/06/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO EM PECÚNIA. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da indenização deverá observar a remuneração que a parte autora auferia na data de sua aposentadoria, incluindo as vantagens permanentes do cargo e excluídas as transitórias e de caráter precário, que pressupõem o efetivo exercício do cargo. Inteligência do art. 150 da Lei Complementar nº 10.098/94. **No tocante ao abono permanência, conforme decidido pelo STJ no REsp 1607588/RS, "é indubitavelmente uma vantagem pecuniária permanente, pois essa contraprestação se incorpora ao patrimônio jurídico do servidor de forma irreversível ao ocorrer a reunião das condições para a aposentadoria, associada à continuidade do labor. Não é, portanto, possível atribuir eventualidade ao pagamento da citada vantagem, razão pela qual deverá integrar a base de cálculo".** Hipótese em que também o STJ, agora sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, manifestou-se "sobre a natureza jurídica do abono de permanência para fins tributários, de forma a assentar o seu caráter remuneratório". AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70072057235, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires... Ohlweiler, Julgado em 09/03/2017)... (Grifei)

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÕES CÍVEIS. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO EM PECÚNIA. INATIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. ABONO DE PERMANÊNCIA 1. Valor da indenização calculado com base na última remuneração percebida pelo servidor antes da inativação. 2. **Considerando que o abono de permanência é devido àqueles servidores que, embora reunidas as condições para aposentadoria, optam por continuar trabalhando, assumindo caráter permanente, deverá integrar a base de cálculo do valor da condenação.** Precedente do STJ. AGRAVO INTERNO JULGADO IMPROCEDENTE. INCIDÊNCIA DA MULTA DE 2% SOBRE O VALOR DA CAUSA, CONFORME ART. 1.021, § 4º, DO NCP. (Agravado Nº 70073160426, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 19/07/2017)

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INATIVIDADE. CONVERSÃO DA LICENÇA-PRÊMIO EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO. ABONO PERMANÊNCIA. 1. O servidor público faz jus, a cada quinquênio, ao gozo de três meses de licença-prêmio, conforme previsto no art. 33 da Constituição Estadual e art. 150 da Lei Complementar 10.098/94. 2. A impossibilidade de fruição da licença permite a incorporação deste direito ao patrimônio jurídico do servidor, tornando viável sua conversão em pecúnia na inatividade, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. **3. Considerando que o Adicional de Abono Permanência, é parcela de caráter remuneratório, deve ser então, incluída na base de cálculo da licença-prêmio.** 4. Desnecessidade de previsão legal ordinária, haja vista a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. O direito reconhecido não pode ser condicionado à prévia formulação de pedido administrativo. 6. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 7. Valor da indenização calculado com base na última remuneração

percebida pelo servidor antes da inativação. RECURSO INOMINADO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71006649859, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Volnei dos Santos Coelho, Julgado em 30/03/2017)

Além disso, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a discussão a respeito da natureza jurídica do abono de permanência situa-se no âmbito infraconstitucional, consoante se vê dos arestos que seguem:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. ABONO DE PERMANÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DA PARCELA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 688.001, Rel. Min. Teori Zavascki, concluiu pela ausência de repercussão geral da matéria relativa à natureza jurídica da parcela paga a título de abono permanência, para fins de incidência de Imposto de Renda, por se tratar de matéria infraconstitucional. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 603445 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 28-03-2014 PUBLIC 31-03-2014)

“EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO DE PERMANÊNCIA. DISCUSSÃO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 12.8.2011. A discussão travada nos autos não alcança status constitucional, porquanto solvida à luz da interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 733257 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 10-10-2013 PUBLIC 11-10-2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE ABONO DE PERMANÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 691857 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 18-09-2012 PUBLIC 19-09-2012).

Em face, portanto, do entendimento do STF de que a controvérsia se situa no âmbito infraconstitucional, a orientação jurisprudencial de última instância quanto à natureza jurídica do abono é a do STJ, que reconhece sua natureza remuneratória e permanente, determinante de sua inclusão na base de cálculo da licença-prêmio indenizada, sendo de difícil revisão esse entendimento, na medida que o STJ cancelou a afetação do tema *“incidência do abono de permanência em serviço na base de cálculo da licença-prêmio não gozada convertida em pecúnia”* por ausência de multiplicidade de demandas (REsp 1489267/RS e 1489930/RS).

Por conseguinte, recomendável a modificação da orientação administrativa para que se reconheça a natureza remuneratória e permanente do abono de permanência, com a revisão parcial, nesse ponto, dos Pareceres nº 14.129/04, 16.402/14, 16.461/15, 16.789/16, 16.825/16, e Informações nº 006/12/PP e 016/16/PP.

E reconhecida a natureza remuneratória e permanente do abono, exsurge como consequência lógica sua inclusão na base de cálculo das indenizações de licença-prêmio e

férias, na medida que ambas tem por base de cálculo todas as vantagens pecuniárias do servidor, como se em exercício estivesse (artigos 69 e 150 da LC nº 10.098/94).

No que tange à gratificação de permanência, vem ela assim disciplinada na LC nº 10.098/94, na redação que lhe foi conferida pela LC nº 13.925/12:

Art. 114 Ao servidor que adquirir direito à aposentadoria voluntária com proventos integrais e cuja permanência no desempenho de suas funções for julgada conveniente e oportuna para o serviço público estadual poderá ser deferida, por ato do Governador, uma gratificação de permanência em serviço de valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do seu vencimento básico. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 1º Fica assegurado o valor correspondente ao do vencimento básico do Padrão 16 do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado, proporcional à carga horária, quando a aplicação do disposto no “caput” deste artigo resultar em um valor de gratificação inferior ao desse vencimento básico. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 2º A gratificação de que trata este artigo tem natureza precária e transitória e não servirá de base de cálculo para nenhuma vantagem, nem será incorporada aos vencimentos ou proventos da inatividade. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 3º A gratificação de que trata este artigo será deferida por um período máximo de dois anos, sendo admitidas renovações por igual período, mediante iniciativa da chefia imediata do servidor, ratificada pelo Titular da Pasta a que estiver vinculado o órgão ou entidade, e juízo de conveniência e oportunidade do Governador. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 4º O servidor, a quem for deferida a gratificação de que trata o “caput” deste artigo, poderá ser chamado a prestar serviço em local diverso de sua lotação durante o período da concessão da gratificação de permanência em serviço. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

Aqui, portanto, muito embora a natureza precária e transitória da vantagem e a vedação à sua incorporação aos vencimentos ou aos proventos, constitui ela acréscimo pecuniário concedido de modo discricionário, com o objetivo de contraprestacionar de forma diferenciada os servidores cuja permanência no serviço for julgada conveniente e oportuna pelo Governador do Estado, razão pela qual esta Procuradoria-Geral já lhe reconheceu natureza remuneratória no PARECER nº 15.479/11, assentando inclusive sua inclusão na base de cálculo das férias e respectivo acréscimo constitucional de 1/3:

Não há dúvida - a idéia é mera decorrência do texto legal - que a gratificação de permanência é composta de um percentual calculado sobre o vencimento básico do cargo exercido pelo servidor e detém natureza precária e transitória; não permanente, portanto. É lógico que a percepção de tal verba não gera ao servidor qualquer direito à absorção na retribuição mensal.

Não há, todavia, como negar-se à verba, que corresponde a um plus sobre o vencimento básico do servidor, a condição de, enquanto percebida, constituir parcela integrativa do quantum remuneratório.

Quanto ao acréscimo de férias, o artigo 68 da Lei Complementar n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, estabelece a base de cálculo:

"Art. 68 - Será pago ao servidor, por ocasião das férias, independentemente de solicitação, o acréscimo constitucional de 1/3 (um terço) da remuneração do período de férias, pago antecipadamente."

E é também do Estatuto (LC n. 10.098/1994), o conceito de remuneração:

"Art. 79 - Remuneração é o vencimento do cargo acrescido das vantagens pecuniárias estabelecidas em lei."

Desse arcabouço jurídico, infere-se que o legislador diferenciou vencimento - aquele valor básico, correspondente ao cargo exercido - da remuneração, esta vista como o total das vantagens pecuniárias percebidas pelo servidor, abstraídas as de condição indenizatória, e decorrente daquilo que é oferecido ao servidor em retribuição de sua força laboral.

A condição de integrante da remuneração, como verba retributiva da prestação dos serviços e enquanto for percebida, torna a gratificação de permanência parcela computável ao cálculo do acréscimo constitucional de 1/3 (um terço) que incide sobre a remuneração do período de férias.

E o judiciário gaúcho também tem reconhecido a natureza remuneratória da gratificação de permanência:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA. SINDIFISCO. TETO REMUNERATÓRIO. ART. 37, XI, COM A REDAÇÃO DA E.C. Nº 41. APLICABILIDADE IMEDIATA. EXEGESE DO STF, EM REPERCUSSÃO GERAL, NO RE Nº 609.381. 1. Como decidiu o STF, em repercussão geral, no RE nº 609.381, o teto imposto pela Emenda Constitucional nº 41 possui eficácia imediata e a ele submetem-se todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior, não podendo ser reclamado qualquer excesso em razão de garantia de irredutibilidade. 2. Não há falar-se em mero congelamento do excedente ao teto constitucional, na medida em que resultam indevidas verbas remuneratórias que excederem, desde a Emenda nº 41, o teto salarial que, no âmbito do Estado, é o subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça, consoante art. 37, § 12, da CF (na redação dada pela EC nº 47) combinado com o art. 33, § 7º, da Constituição Estadual, na redação que lhe deu a Emenda nº 57/2008). 3. **A gratificação de permanência em serviço e o resíduo do prêmio de produtividade e eficiência, verbas remuneratórias que são, sujeitam-se aos limites do teto constitucional.** 4. Ação coletiva julgada parcialmente procedente na origem. APELAÇÃO DO ESTADO PROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. (Apelação Cível nº 70056151947, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 26/08/2015 - grifei)

Enquanto que nos Pareceres nº 15.797/12 e 16.789/16 restou reconhecida a inclusão da gratificação de permanência na base de cálculo das contribuições previdenciárias, em razão de seu caráter remuneratório e não eventual.

Mas, muito embora a gratificação de permanência deva integrar a remuneração das férias e, portanto, também a indenização a ela correspondente, no que respeita à licença-prêmio é preciso considerar que, tendo em vista a própria finalidade do pagamento da vantagem, o artigo 2º-A do Decreto nº 36.553/96, introduzido pelo Decreto nº 51.998/14, prevê a suspensão do pagamento quando o servidor se afastar do exercício do cargo em gozo

das licenças previstas no artigo 128 da LC nº 10.098/94, dentre as quais se encontra elencada a licença-prêmio por assiduidade (art. 128, IX, da LC nº 10.098/94), como se vê:

Art. 2.º-A O pagamento da Gratificação de Permanência em Serviço será suspenso durante o período de afastamento do(a) servidor(a) público(a) estadual do exercício das atribuições do cargo para o gozo de qualquer das licenças enumeradas no art. 128 da Lei Complementar n.º 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, bem como para os casos de que tratam os incisos I e II do art. 25 dessa Lei Complementar, observado o disposto no parágrafo único do art. 2.º deste Decreto.

§ 1.º A suspensão do pagamento prevista neste artigo não suspende a contagem do prazo de vigência da Gratificação de Permanência em Serviço.

§ 2.º Fica revogada a Gratificação de Permanência em Serviço quando o período de afastamento exceder a noventa dias ininterruptos, sem prejuízo de novo deferimento dessa gratificação, na forma deste Decreto.

Com efeito, o afastamento do servidor em gozo de licença-prêmio colide frontalmente com a motivação da concessão da gratificação de permanência que é assegurar a continuidade da prestação de serviços por servidores que, por seus predicados, são reconhecidamente necessários para essa finalidade. E se, mesmo em atividade, não se legitimaria a percepção da gratificação de permanência pelo servidor que se afastar em gozo de licença-prêmio, por óbvio que a indenização da licença igualmente não pode contemplar a gratificação de permanência.

Desse modo, a gratificação de permanência em serviço deve integrar a base de cálculo da indenização de férias, mas não deve integrar a indenização de licença-prêmio. Não se desconhece a existência de precedentes judiciais em sentido contrário (exemplificativamente AI Nº 70071545990), mas não há, nesse aspecto, consolidação capaz de determinar a adoção de outro posicionamento na seara administrativa.

Destaque-se, ainda, que a disciplina da gratificação de permanência, no que aqui interessa, é idêntica para as demais carreiras mencionadas na LC nº 13.925/12 (Agente Fiscal do Tesouro do Estado, Auditor de Finanças do Estado, Auditor do Estado, membro do Magistério Público Estadual e servidores da Polícia Civil), razão pela qual as considerações supra são também a elas aplicáveis, inclusive a exclusão da base de cálculo da indenização da licença-prêmio, por aplicação do artigo 2º do Decreto nº 51.998/14 (*Art. 2.º As disposições deste Decreto aplicam-se, inclusive, às licenças e aos afastamentos do exercício das atribuições do cargo de servidores(as) públicos(as) estaduais regidos por estatutos próprios*).

Por fim, no que diz com a sujeição ao teto remuneratório, impende ter presente que a orientação atual aponta no sentido da não submissão do abono de permanência constitucional ao limite remuneratório do artigo 37, XI, da Constituição Federal, na redação da EC 41/03, e da submissão da gratificação de permanência e do abono de incentivo à permanência dos militares ao mencionado limite (PARECER PGE/RS 16.240/14 e Resolução nº 29/10 da PGE/RS, Resolução nº 01/2009 do CSDPE/RS, Resolução nº 09/2006 do CNMP e Resoluções nº 13 e 14/06, do CNJ, e Parecer nº 08/10, do TCE/RS).

Todavia, diante da natureza remuneratória e permanente ora reconhecida ao abono de permanência constitucional, cumpre examinar a necessidade de modificação da orientação vigente.

E para essa finalidade se faz imperativo lembrar, uma vez mais, que o valor do abono de permanência, nos termos das disposições constitucionais, equivale precisamente ao valor da contribuição previdenciária do servidor; seu objetivo é de incentivo ao adiamento da inatividade, anulando o desconto da referida contribuição. Tal parcela se apresenta como um incentivo para que o servidor não exerça seu direito de requerer a sua aposentadoria, o que interessa também à Administração, na medida que a inativação lhe impõe gasto duplo: com os proventos do servidor e com os vencimentos daquele que vier a substituí-lo. E ainda que se considere que não se opere a substituição, o maior prejudicado será a sociedade, que terá uma diminuição na oferta do serviço público prestado.

Trata-se, portanto, de direito explicitamente assegurado no texto da Carta Magna aos que, podendo se aposentar, optam por permanecer em atividade, não sendo razoável a anulação completa do benefício em homenagem ao limite máximo de retribuição do artigo 37, XI, da CF/88. Daí porque, a fim de assegurar a máxima efetividade da norma constitucional, ainda que se lhe reconheça natureza remuneratória, o abono merece ser colocado no mesmo patamar do 13º salário (artigo 39, § 3º c/c artigo 7º, inciso VIII) e do terço constitucional de férias (artigo 39, § 3º c/c artigo 7º., XI) que, reconhecidamente, não se somam à retribuição mensal para fins de incidência do teto remuneratório, embora não possam, isoladamente, excedê-lo.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento do Ministro Nelson Jobim, no voto proferido por ocasião do julgamento do MS nº 24.875, que afirmou:

“Existem outras verbas [...] que não estão sujeitas ao teto e também não são nem indenizatórias, como, por exemplo, da verba recebida pelo magistrado que tiver completado tempo de aposentadoria e recebe um abono de permanência. Ele paga a contribuição previdenciária de um lado e recebe o abono de permanência do outro. Essa verba é algo que não se coteja com o teto porque tem situação distinta.”

E exatamente esse o sentido que se extrai das Resoluções nº 13 e 14/06 do CNJ, as quais expressamente excluem o abono de permanência da incidência do teto constitucional sem caracterizá-lo como verba indenizatória ou eventual:

Resolução CNJ nº 13/2006

Art. 8º Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas:

I - de caráter indenizatório, previstas em lei:

(...)

II - de caráter permanente:

(...)

III - de caráter eventual ou temporário: (...)

IV - abono de permanência em serviço, no mesmo valor da contribuição previdenciária, conforme previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 31 de dezembro de 2003.

Ademais, importa destacar que a matéria não tem ensejado maiores controvérsias jurisprudenciais porque as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça antes mencionadas têm servido de parâmetro para os demais entes públicos, os quais, portanto, de modo amplamente majoritário, afastam a submissão do abono de permanência ao limite remuneratório do artigo 37, XI, da CF/88, na redação da EC 41/03. E o Supremo Tribunal Federal já assentou ser incabível recurso extraordinário nessa matéria porque a discussão relativa à natureza de verbas percebidas por servidores públicos para fins de incidência do teto remuneratório não prescinde da análise da legislação infraconstitucional pertinente, como se vê da seguinte decisão:

“Decisão: Vistos. União interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ABONO DE PERMANÊNCIA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA NO TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS. 1. O abono de permanência tem caráter indenizatório, não devendo ser incluído no abate teto previsto no inciso XI, do art. 37 da CF/88, conforme dispõe a Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (art. 8º, IV), que trata do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal da magistratura. Precedentes. 2. Apelação e remessa oficial não providas." Opostos embargos de declaração, não foram providos. No recurso extraordinário, sustenta-se violação dos artigos 37, inciso XI, e 40, § 19, da Constituição Federal. O Ministério Público Federal, em PARECER da lavra do Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, opina pelo acatamento da repercussão geral da matéria do recurso extraordinário. Decido. Colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido a seguinte fundamentação: "A sentença concedeu a segurança ao entendimento de que, possuindo o abono de permanência caráter indenizatório, não deve ser incluído no abate teto constitucionalmente previsto, fundamentando-se na Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que trata do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal da magistratura, onde se lê em seu art. 8º, IV: ‘Art. 8º Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas: (...) IV - abono de permanência em serviço, no mesmo valor da contribuição previdenciária, conforme previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 31 de dezembro de 2003’. (...) Diante, pois, do reconhecido caráter indenizatório da verba em questão, da Resolução do CNJ sobre a matéria, e ainda dos precedentes colacionados que afastam a incidência do abate-teto previsto no inciso XI, do art. 37 da CF/88, sob o abono de permanência em serviço, instituído pelo parágrafo 19 do art. 40 da CF/88, em face do seu caráter indenizatório, nego provimento à apelação e à remessa oficial." **Assim, aplica-se ao caso a orientação consolidada nesta Corte no sentido de que a discussão relativa à natureza de verbas percebidas por servidores públicos para fins de incidência do teto remuneratório não prescinde da análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que não se mostra cabível em sede de recurso extraordinário.** Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: **“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Servidor público. Auxílio-invalidez. Natureza indenizatória da**

verba. Teto remuneratório. Discussão de índole infraconstitucional. Precedentes. 1. A discussão relativa à natureza de verbas percebidas por servidores públicos para fins de incidência do teto remuneratório não prescinde da análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que não se mostra cabível em sede de recurso extraordinário. 2. Agravo regimental não provido. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, tendo em vista a incidência da Súmula nº 512/STF.” (ARE nº 954.394/RJ, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 15/2/17). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO. HORAS EXTRAS. NATUREZA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE nº 896.630/ES-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 13/10/15). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. FISCAL DE RENDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDA EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA DO TETO ESTADUAL. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 1.059/2008. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE nº 906.471/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 21/10/15). “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Servidor público. Aposentadoria. Licença-prêmio não gozada. Natureza indenizatória da verba. Teto. Discussão de índole infraconstitucional. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise de legislação infraconstitucional e o exame de ofensa reflexa à Constituição. 2. Agravo regimental não provido” (ARE nº 819.417/SP-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 2/2/15). Aplicando essa orientação, em caso análogo ao dos autos, a seguinte decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, cujas razões de decidir bem se aplicam ao presente feito: “Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: ‘CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UFC. NÃO OCORRÊNCIA. ABONO DE PERMANÊNCIA EM SERVIÇO. ART. 40, § 19, DA CF/88. EC 41/2003. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. DESCABIMENTO. Sendo a demandante beneficiária de pensão junto a UFC, e, tratando a presente demanda sobre a possível inclusão do abono de permanência no teto remuneratório da beneficiária da referida pensão, deve esta autarquia ocupar o polo passivo da presente ação. A UFC, conquanto vinculada às normas expedidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, é uma entidade autárquica, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, o que lhe confere legitimidade para a prática de atos processuais, através dos seus procuradores, sendo, portanto, sujeito de direitos e obrigações. Resta pacificado que o abono de permanência em serviço, instituído pelo § 19 do art. 40 da CF/88 é direito do servidor que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que opte em permanecer em atividade, de forma a compensá-lo pela sua permanência na ativa até sua aposentadoria compulsória, não estando sujeito ao abate-teto previsto no inciso XI do art. 37 da CF/88, em face do seu caráter indenizatório. Precedentes desta Corte. Apelação e remessa oficial improvidas” (fl. 217). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alega-se contrariedade ao art. 37, XI e § 11, da mesma Carta. A Recorrente argumenta, em síntese, que “Não poderia a decisão mencionada aplicar por analogia entendimento de outras instâncias acerca da não inclusão do abono de permanência em serviço no teto constitucional, ainda mais diante da exigência de lei em sentido formal para se estipular quais vantagens de caráter indenizatório dele serão excluídas” (fl. 238 v.). A pretensão recursal não merece acolhida. Consta do voto do Relator do acórdão

recorrido: 'É cediço que o abono de permanência em serviço, instituído pelo § 19 do art. 40 da CF/88 é direito do servidor que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que opte em permanecer em atividade. Este benefício equivale ao valor da contribuição previdenciária do servidor até completar as exigências para aposentadoria compulsória, que se dá aos 70 (setenta) anos de idade, não estando sujeito ao abate-teto previsto no inciso XI, do art. 37 da CF/88, em face do seu caráter indenizatório. O próprio Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 14/2006, que trata sobre a aplicação do teto remuneratório para os servidores do Poder Judiciário, excluiu a incidência do abono de permanência em serviço, do teto remuneratório. Sob o fundamento supra, o Juiz sentenciante, por analogia, aplicou a resolução supracitada, em respeito ao princípio da isonomia, concedendo a segurança aos impetrantes para que a rubrica 'abono de permanência - EC 41/03', não fosse incluída no abate-teto. Não merece reforma a sentença guerreada. Com efeito, a natureza jurídica do abono de permanência é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor do agente público que permanece prestando serviços, no interesse da Administração" (fls. 212-213 - grifei). **A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para dirimir a controvérsia, aplicou, por analogia, a Resolução 14/2006 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Também assentou ter natureza jurídica indenizatória o abono de permanência recebido pelo Recorrido. Decidir de maneira diversa do que assentado pelo Tribunal de origem demandaria a análise prévia da citada norma infralegal empregada no caso concreto, o que é inviável em recurso extraordinário, assim como é matéria de cunho infraconstitucional a discussão quanto à natureza jurídica desse abono.** Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PRECATÓRIO. ATUALIZAÇÃO. ÍNDICE DE CORREÇÃO. A REPERCUSSÃO GERAL NÃO DISPENSA O PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido – como deseja o recorrente – quanto ao índice de correção monetária adequado para a atualização do valor do presente precatório, demandaria a análise da legislação infraconstitucional que disciplina a espécie (Resolução n. 115/2010 do CNJ), bem como o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, que interdita a esta Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicat matéria fática, 'verbis': para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. (Precedentes: RE n 404.801-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 1ª Turma, Dj de 04.03.05; AI n. 466.584-AgR, Relator o Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ de 21.05.04, entre outros). 4. 'In casu', o acórdão originariamente recorrido assentou: 'AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRECATÓRIO – NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 17, DO STF – ATUALIZAÇÃO – ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) É vedada a incidência de juros no cálculo da atualização dos valores de precatórios, exceto se houver mora no seu pagamento (STF: Súmula Vinculante nº 17). 2) Após o advento da emenda Constitucional nº 62/2009, a atualização de valores de precatórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, passou a ser feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (CF/88: art. 100, § 12º). 3) Recurso conhecido e parcialmente provido'. 5. Agravo regimental a que se nega

provimento” (RE 684.571-AgR/RR, Rel. Min. Luiz Fux - grifei). “DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO DE PERMANÊNCIA. DISCUSSÃO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 12.8.2011. A discussão travada nos autos não alcança status constitucional, porquanto solvida à luz da interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 733.257- AgR/MG, Rel. Min. Rosa Weber - grifei). Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF)” (RE nº 646.055/CE, DJe de 5/8/14). Ante o exposto, nos termos do artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 20 de junho de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 758345, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 20/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31/07/2017 PUBLIC 01/08/2017)

Além disso, a aplicação do teto remuneratório constitui medida isonômica, que visa assegurar que nenhum servidor receba uma remuneração que ultrapasse os limites constitucionais, razão pela qual não há sentido admitir que servidores de alguns Poderes venham a ser privilegiados, em detrimento de outros. Ainda que se admita a constitucionalidade da previsão de tetos remuneratórios distintos para as esferas federal, estadual e municipal, a forma de sua incidência há de ser idêntica para todos, sem distinções que ofendam o princípio da isonomia.

Também não se desconhece o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE 609381 e 606358, nos quais assentado, em sede de repercussão geral, que todas as verbas remuneratórias percebidas pelos servidores públicos estão submetidas ao teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03. Contudo, em nenhuma dessas oportunidades o Supremo Tribunal Federal se pronunciou especificamente sobre o abono de permanência, à luz dos argumentos antes deduzidos.

Desse modo, a despeito da natureza remuneratória e permanente ora reconhecida, o abono de permanência constitucional não deve ser somado à retribuição mensal para fins de incidência do teto remuneratório, embora não possa, isoladamente, excedê-lo, o que deve ser observado também quando se tratar de cálculo da indenização de licença-prêmio.

Assim, dito de outro modo, o valor da licença-prêmio e das férias convertidas em pecúnia deverá incluir o montante correspondente ao abono de permanência, excluindo-se o valor deste último para fins de incidência do teto remuneratório.

De outra banda, prejudicado o questionamento no que diz com a gratificação de permanência, na medida que, como antes exposto, não deve ela sequer compor a base de cálculo da indenização de licença-prêmio.

É o parecer.

Porto Alegre, 16 de agosto de 2017.

ADRIANA MARIA NEUMANN,
PROCURADORA DO ESTADO

PROA nº 17/1400-0009268-0

Processo nº 17/1400-0009268-0

Acolho as conclusões do PARECER da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado ADRIANA MARIA NEUMANN, aprovado pelo Conselho Superior na sessão realizada no dia 21 de junho de 2018.

Restitua-se à Secretaria da Fazenda.

**Eduardo Cunha da Costa,
Procurador-Geral Adjunto
para Assuntos Jurídicos.**