



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER Nº 14.015

Gratificação de permanência com efeito retroativo. Impossibilidade. Atribuição no exercício do poder discricionário.

JOÃO ANTONIO LEOTE, Delegado de Polícia, em 08.01.99, dizendo ter preenchido os requisitos à aposentadoria integral e manifestando sua vontade de permanecer em serviço, requereu lhe fosse atribuída gratificação de permanência, com base no art. 114, da Lei Complementar nº 10.098/94 e no Decreto nº 36.553/96, que foi indeferida porque a Administração entendeu que não reunia o tempo necessário à aposentadoria.

Dessa decisão o interessado recorreu, demonstrando que preenchia os requisitos à aposentadoria especial. Ouvida a Procuradoria-Geral do Estado mediante à Informação nº 45/02-PP, foi acolhido o recurso, entendendo que havia tempo suficiente à concessão da aposentadoria integral.

Reexaminado o pedido, foi deferida a gratificação de permanência em 05.03.03, por meio do Boletim 1933, publicado no DOE de 05.03.03. Após referida publicação, foi dado vista do expediente ao interessado, que manifestou-se pelo retorno do mesmo ao Secretário de Estado da Justiça e Segurança, dizendo que o ato deveria ter sido implementado retroativamente ao requerimento (06.01.99).

A assessoria jurídica da Secretaria da Justiça e Segurança opinou pela remessa do expediente a Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, órgão competente para a edição do ato, manifestação acolhida pelo Secretário da Pasta.

A assessoria jurídica da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, por sua vez, se manifestou favoravelmente à concessão do pedido. Contudo, o Secretário entendeu que a matéria é controvertida, consultando a Procuradoria-Geral do Estado sobre o tema.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

É o relatório.

A concessão da gratificação de permanência, cuja base legal é o art. 114, da Lei Complementar nº 10.098/94, tem nítido caráter discricionário, pois fica à administração o julgamento da conveniência de gratificar o servidor que completa os requisitos à aposentadoria integral como estímulo para que permaneça trabalhando.

A exigência legal de requisitos específicos à concessão da gratificação não descaracteriza a discricionariedade, pois não basta que o interessado preencha os pressupostos legais, a vantagem somente será devida quando atribuída pela autoridade competente. Em outras palavras, não basta que o servidor tenha adquirido o direito a aposentadoria integral, nem que tenha espontaneamente permanecido em serviço, já que a aposentadoria é voluntária, é, pois, necessário que a Administração entenda conveniente e oportuno gratificar o servidor para que continue trabalhando.

Negada a concessão da vantagem porque entendeu a autoridade competente que estavam ausentes os pressupostos legais - ainda que tal interpretação fosse equivocada - ficou prejudicado o exame do mérito do ato discricionário naquele momento, isto é, não houve a apreciação da conveniência de o requerente permanecer em serviço.

O fenômeno jurídico da prejudicialidade foi muito bem explicado por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *in* "A prejudicialidade de Direito Comunitário nos Tribunais Supranacionais", trabalho publicado na Revista AJURIS, nº 69, mar/97, p. 16-75, do qual destaco o seguinte excerto, à p.28:

"Quando uma determinada questão precede logicamente a uma outra, de tal modo que não se pode chegar a esta sem passar por aquela, diz-se que se cuida de uma *questão prévia*. De alguma forma, a resolução primeira condiciona, ou *subordina*, a resolução da segunda. Dois podem ser os modos de influência da questão subordinante em relação à subordinada: ela pode ser de tal natureza que, dependendo do modo como seja solucionada, torne desnecessário, quando não impossível, o exame da outra questão; pode igualmente suceder que, segundo o sentido em que seja resolvida a subordinante, continue cabível e necessária a resolução da subordinada, mas resulte, ao demais, predeterminado o conteúdo dessa resolução."

No caso, trata-se da primeira forma de prejudicialidade exposta pelo Autor, porque é condição ao exame do mérito do pedido - conveniência de que o servidor permaneça em serviço - que o interessado atenda aos pressupostos legais à concessão da vantagem. Se não atendeu, não há como examinar tal conveniência.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Assim, se negada, num primeiro momento, a concessão da vantagem por ausência dos requisitos legais, ainda que numa interpretação inadequada da legislação, ficou prejudicado à Administração o exame da conveniência de que o servidor permanecesse trabalhando, porque aquele juízo de ausência dos pressupostos legais impediu tal exame.

Se com a nova apreciação do pedido, este resultou concedido pela Administração, tal ato concessivo não tem efeito retroativo à data do primeiro requerimento justamente porque o servidor não tem o direito subjetivo à concessão da vantagem pelo simples preenchimento dos requisitos legais. Ou seja, a Administração pode negar a gratificação de permanência ainda que esses requisitos sejam atendidos.

Então, o equívoco no exame dos pressupostos legais necessários à concessão da gratificação de permanência leva apenas à revisão do ato de indeferimento, mas não tem o condão de conceder automaticamente a vantagem, isto é, somente torna apto o pedido à nova apreciação, agora, para análise da conveniência e oportunidade em concedê-la.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça deste Estado, exemplificativamente, na Apelação Cível nº 700039611877, julgada por unanimidade em 08.05.02, pela Quarta Câmara Cível, e na Apelação Cível nº 70005742846, julgada por unanimidade em 22.05.03 pela Primeira Câmara Especial Cível, em que foi Relator o Des. EDUARDO UHLEIN, cuja ementa vale citar:

"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO DE PERMANÊNCIA EM SERVIÇO. ART. 114 DA LC RS 10.098/94. CONCESSÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. SERVIDOR QUE IMPLEMENTOU O DIREITO À INATIVAÇÃO, COM PROVENTOS INTEGRAIS, APÓS A VIGÊNCIA DA E. C. Nº 20/98. AUSÊNCIA DE ÓBICE. DIREITO SUBJETIVO AO DEFERIMENTO DA VANTAGEM, CONTUDO, QUE NÃO PODE SER RECONHECIDO PELO JUDICIÁRIO.

1. Inexistência de embaraço, legal e constitucional, em que servidor estadual que apenas após 15/12/98 implementou os requisitos para a aposentadoria voluntária, com proventos integrais, de acordo com a norma transitória do art. 8º da E. C. nº 20/98, venha a fazer jus à gratificação de permanência em serviço prevista no art. 114 da LC Estadual nº 10.098/94.

2. **Illegitimidade do ato administrativo que indeferiu o pedido de concessão da gratificação, por insubsistência do motivo enunciado, que, contudo, não tem o condão de fazer nascer, automaticamente, o direito subjetivo à vantagem.**

3. **Inequívoca discricionariedade do Administrador na avaliação do pressuposto subjetivo à concessão da gratificação de**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

permanência e cuja aferição não pode ser realizada, em substituição, pelo Judiciário.

4. Ação de cobrança julgada improcedente em primeiro grau. Sentença que se mantém.

APELAÇÃO DESPROVIDA." (grifei)

Vale, ainda, destacar do voto do ilustre Desembargador Relator do acórdão cuja ementa foi transcrita, *verbis*:

"Pelo raciocínio até aqui exposto, quer-se sustentar que a ilegitimidade da motivação do ato que indeferiu a vantagem ao servidor não pode significar, *ipso facto*, o reconhecimento de que o apelante tem direito subjetivo ao pagamento da gratificação, justamente em consideração à sua natureza discricionária.

É que mesmo superada a causa objetiva apontada pela Administração para o indeferimento do pedido, remanesceria espaço para valoração discricionária em relação ao mérito do direito à concessão da gratificação de permanência, em relação ao que não pode o Estado-Juiz inovar e substituir-se ao administrador.

Poderia a administração, exemplificativamente, afastada a causa de indeferimento apontada na decisão impugnada, ainda assim indeferir o pedido, invocando, hipoteticamente, comprometimento de despesas com pessoal no teto-limite estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, o que, por si só, constituir-se-ia motivação legítima para a denegação da pretensão.

Esse exemplo evidencia a improcedência da pretensão". (grifei)

O exemplo utilizado pelo eminente Desembargador nesse último parágrafo é ilustrativo para demonstrar que a conveniência ao serviço prevista na lei como suporte à concessão da gratificação, não é um juízo meramente de utilidade ao setor onde o servidor exerce o cargo, nem a conduta funcional adequada do servidor. É muito mais amplo, é precípuo à atividade administrativa.

Se em uma nova análise do pedido, foi deferida a gratificação de permanência, esse deferimento não retroage no tempo. Primeiro, porque não há direito subjetivo do servidor à gratificação com o mero atendimento dos requisitos legais. Segundo, porque, com o juízo de ausência daqueles requisitos, ficou prejudicado o exame da conveniência e oportunidade à concessão da vantagem na



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

data do pedido - data em que o interessado pretende a retroação - quando as circunstâncias poderiam ser outras e até mesmo poderia ter sido indeferida a vantagem por outro motivo.

Este é o parecer.

Porto Alegre, 14 de julho de 2004.

**ANASTAZIA NICOLINI CORDELLA,
PROCURADORA DO ESTADO.**

Processo nº 4110-12.04/99-7



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo nº 004110-12.04/99-7

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.015, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ANASTAZIA NICOLINI CORDELLA.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 22 de julho de 2004.

**Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.**