

Comentários a precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de lacuna no Direito Administrativo

Comments on the Supreme Court precedents regarding normative gap in Administrative Law

DOI:10.34117/bjdv7n10-294

Recebimento dos originais: 07/09/2021

Aceitação para publicação: 20/10/2021

Mateus Camilo Ribeiro da Silveira

Doutorando e Mestre em Direito Administrativo
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Rua Pamplona, 227, Jardim Paulista, São Paulo
E-mail: mateuscrsilveira@gmail.com

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar casos em que houve reconhecimento de lacuna no Direito Administrativo pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo é identificar os métodos de integração normativa que foram utilizados pela Corte e a respectiva pertinência ou não para a solução dos casos concretos. A partir dos precedentes, procura-se extrair conclusões sobre o processo de colmatação realizado pelo Tribunal que podem ser úteis para análise das decisões proferidas.

Palavras-chave: Lacuna, Direito Administrativo, Métodos de Integração.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate cases in which the Supreme Court acknowledged the existence of normative gap in Administrative Law. The objective is to identify the integration methods that were used by the Court and its relevance or not to case solution. In light of the precedents, it seeks to extract conclusions regarding the bridging process fulfilled by the Court that may be useful to analysing the decisions that were foreseen.

Key-words: Normative gap, Administrative Law, Integration Methods.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é explicitar algumas hipóteses de reconhecimento, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro e os critérios utilizados para colmatação. Almeja-se indicar algumas conclusões a respeito do processo de integração realizado pela Suprema Corte, a partir de três relevantes precedentes que versam sobre Direito Administrativo, nos quais houve preenchimento de lacuna, segundo o próprio órgão jurisdicional.

De início, cabe apontar que não se abordará neste trabalho o profundo debate acerca da existência ou não de lacunas no ordenamento jurídico ou, ainda, se constituem um problema de jurisdição. Como cediço, há duas principais correntes antitéticas a respeito do tema: a que afirma a inexistência de lacunas, sustentando a completude do sistema e a que pugna pela existência delas, considerando que o mesmo sistema não poderia prever a pluralidade de situações de fato possíveis (DINIZ, 2009, p. 432-434).

A primeira teoria fundamentar-se-ia no princípio de que “tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido”, qualificando-se como permitidas as condutas não recobertas pelos modais deônticos lógicos de proibição e obrigação. Há, aqui, complexa questão de saber se o comportamento que não está previsto expressamente, nem é proibido nem obrigatório, está automaticamente permitido.

Esta discussão deriva, fundamentalmente, da visão sistêmica de direito que cada autor adota. Se se concebe um sistema jurídico aberto e incompleto, direcionado a disciplinar um universo de condutas em constante mutação, em compasso com valores da sociedade, naturalmente lacunas existirão, ainda que possam ser preenchidas por ferramentas disponibilizadas pelo próprio ordenamento.

Para o fim deste artigo, parte-se do pressuposto da existência de lacunas no sistema jurídico. Compreende-se que “o direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas” (DINIZ, 2009, p. 443), pois, embora impossível a regulamentação de todos os comportamentos por meio de norma jurídica, o próprio ordenamento apresenta soluções para essa realidade.

Assim, desloca-se o debate da questão sobre se é ou não possível, na estrutura do sistema, alguma forma de incompletude para, admitida esta, perquirir sobre a delimitação e, sobretudo, os modos de integração à disposição do intérprete.

1.1 LACUNA E INSTRUMENTOS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA

Segundo Maria Helena Diniz (DINIZ, 2013, p. 115), há lacuna quando, ao solucionar o caso concreto:

“o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um status jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta, ineficaz socialmente, ou seja, em desuso (...)”.

De acordo com a autora, três seriam as principais espécies de lacuna: axiológica, quando existente a norma, mas produtora de efeito injusto se aplicada; normativa, quando não houver norma que regule determinado caso concreto; e ontológica, que sucederia na existência de norma, mas não correspondente aos fatos sociais ou em descompasso com estes (DINIZ, 2009, p. 83).

Sobre o tema, Karl Larenz afirma que nem sempre a ausência de regra para uma determinada configuração importaria lacuna no ordenamento, pois pode se tratar de silêncio eloquente da lei (LARENZ, 1997, p. 525). Ao dispor acerca de uma dada matéria, o legislador pode simplesmente pretender negar qualquer consequência jurídica ao fato ou negar-lhe efeito específico, atribuindo-o apenas a outra realidade. Neste ponto, a interpretação histórica pode auxiliar o intérprete na identificação da origem e direcionamento da disciplina normativa, o que, todavia, não elimina, por completo, a dificuldade de apreender a distinção entre silêncio eloquente ou lacuna.

De toda forma, cabe destacar, como assevera o autor, que, diante da constatação de lacuna, permite-se o desenvolvimento do Direito pelos tribunais, mas de forma imanente à lei, vinculada à intenção reguladora, ao plano e a teleologia das disposições normativas (LARENZ, 1997, p. 524), por meio de métodos de colmatação do vazio normativo identificado no caso concreto.

A verificação e a integração de lacunas normativas são processos correlatos. Os modos de integração, instrumentos técnicos à disposição do intérprete, possuem dupla utilidade, “pois não só servem para o preenchimento, como também para a constatação da lacuna”, como aponta Tércio Sampaio Ferraz Junior. Segundo o autor, a integração pressupõe que antes seja a lacuna revelada, o que se dá pelo uso dos mesmos instrumentos, citando como exemplo: “a analogia não só é usada para preencher ou colmatar o vazio, mas também para mostrar o vazio” (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 275-276).

Remanesce ao magistrado o caminho de utilizar essas ferramentas de constatação de lacunas e de integração, que são indicados pela própria lei. Como regra geral, esta lei corresponde à Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro - LINDB (Decreto-lei nº 4.657/1942). De acordo com o artigo 4º do referido diploma legal, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, cabendo ao intérprete seguir a ordem indicada.

Há também dispositivo específico no Código de Processo Civil, segundo o qual, o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna do ordenamento jurídico, podendo julgar por equidade nos casos previstos em lei (art. 140, parágrafo único).

Afora os métodos de integração citados, aplicáveis como regra geral às hipóteses de lacuna, existem, ainda, instrumentos previstos em legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro. Cite-se, por exemplo, o artigo 108, do Código Tributário Nacional, que prevê a utilização sucessiva de analogia, princípios gerais de direito tributário, princípios gerais de direito público e equidade, nessa ordem, em caso de ausência de disposição expressa. No entanto, o emprego da analogia não pode resultar em exigência de tributo não previsto em lei e o emprego da equidade não poderá resultar em dispensa do pagamento de tributo devido.

Para o fim deste estudo, examinar-se-ão, nos precedentes a seguir descritos, os métodos da LINDB, enquanto critérios gerais, que foram utilizados pela Suprema Corte e a pertinência lógico-jurídica de cada um para a solução da lacuna no caso concreto.

1.2 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE LACUNA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Os casos selecionados para este estudo envolvem o campo do Direito Administrativo. A escolha se dá pela específica conformação do princípio da legalidade nesta seara. Como cediço, o Direito Administrativo supõe, em primeiro lugar, o Estado de Direito, isto é, a submissão da ação do Estado a uma ordem legal pré-estabelecida. É a partir desse modelo de organização que se concebe um conjunto de normas aptas a regular o comportamento da Administração e a função por ela exercida (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 41).

Secundariamente, o Direito Administrativo vincula-se à tripartição dos Poderes, ideia que atribui fisionomia própria para a função exercida, de forma precípua, pela Administração Pública, em oposição àquelas desempenhadas pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Soma-se a isto o princípio republicano, do qual decorrem a igualdade e a centralidade da lei como legítimo meio criador de obrigações e proibições, sobretudo para limitar a atuação do Poder Público.

Da conjugação desses institutos, reconhece-se que a produção de normas jurídicas concretas no exercício de função administrativa está sujeita ao domínio estrito da legalidade, não havendo espaço para inovação na ordem jurídica, senão para dar fiel execução às leis postas, como se extrai dos artigos 5º, II, e 84, incisos IV e VI, da

Constituição Federal. Por outro lado, cabe ao administrador margem de discricionariedade para atuar em diversas matérias, bem como iniciativa para projetos de lei que versem sobre os temas indicados no artigo 61, §1º, do Texto Constitucional.

Esse complexo arranjo de divisões de competências impõe a necessidade de cautela e o enfrentamento de eventuais limites de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, nas hipóteses de constatação e colmatação de lacuna nesse campo do Direito. A depender do vazio normativo a ser preenchido, não raras vezes é necessário averiguar se não há limites à criação da norma jurídica em concreto, em vista das conformações já postas pelo Constituinte. Daí porque se optou por examinar precedentes desta seara do Direito, porque podem se apresentar como casos de solução difícil.

1.3 APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

Feita essa breve explicação, o exemplo de lacuna no ordenamento jurídico brasileiro a seguir exposto diz respeito à aposentadoria especial do servidor público.

De acordo com o artigo 40, §4º, da Constituição da República, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 103 de 2019, é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprio de previdência pública, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: portadores de deficiência; que exerçam atividades de risco; e cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Como se infere do dispositivo, a Constituição exigia lei complementar para que fossem estabelecidos requisitos e critérios diferenciados de aposentadoria para os casos dos servidores lá elencados, isto é, uma forma de aposentadoria especial, mais benéfica a estes. Contudo, até o presente momento, referida lei não foi editada pelo Congresso Nacional, o que poderia ser interpretado como lacuna normativa.

Nesse contexto, muitos mandados de injunção foram impetrados por servidores públicos que se encontram em casos descritos no dispositivo constitucional, pleiteando a aplicação do regime de aposentadoria especial.

Como se sabe, o mandado de injunção consiste em remédio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna, concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Por meio do aludido instrumento, é possível, inclusive, que o Judiciário reconheça a mora

legislativa e, até mesmo, determine as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, conforme artigo 8º, da Lei 13.300/2016¹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a série de mandados de injunção que foram impetrados em razão da referida ausência de regulamentação por meio de lei complementar, firmou-se no sentido de que os servidores sujeitos a condições especiais de trabalho têm direito à aposentadoria especial de que trata o artigo 40, §4º, da Constituição, aplicando-se para eles a Lei federal nº 8.213/91, que rege a aposentadoria dos trabalhadores em geral, contendo critérios específicos no artigo 57 e seguintes.

Atualmente, há, inclusive, Súmula Vinculante dispondo sobre o tema, conforme transcrito abaixo:

Súmula Vinculante nº 33. Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.

Por todos, vale citar, como exemplos de precedentes representativos da ideia subjacente à Súmula Vinculante citada, o MI 721/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, e o MI 795/DF, de Relatoria da Ministra Cármen Lucia, indicados, de forma explícita, como casos que deram origem à consolidação de jurisprudência nesta temática e cujas ementas seguem respectivamente abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

(MI 721, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-

¹ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91.

(MI 795, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-01 PP-00078 RTJ VOL-00210-03 PP-01070)

Conforme se verifica, a Suprema Corte constatou a existência de lacuna normativa, tendo em vista a ausência de regulamentação de comando constitucional por norma infraconstitucional. Porém, os métodos de integração empregados não foram apresentados de forma explícita pelos magistrados. Por outro lado, isso não impede que sejam identificados os instrumentos que parecem fundamentar esses casos.

Em primeiro lugar, seguindo a ordem indicada no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal parece ter recorrido à analogia, que consiste em “aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado”, conforme lição de Maria Helena Diniz (DINIZ, 2009, p. 455).

A aplicação analógica requer que: (i) o caso analisado não esteja previsto em norma jurídica; (ii) o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança; e (iii) o elemento de identidade sobreleve à diferença. Sob essa ótica, é possível sustentar que estão cumpridos os requisitos para integração mediante analogia nesse caso.

Com efeito, a disciplina da aposentadoria dos servidores públicos que laboram sob condições especiais de trabalho não estava prevista em norma jurídica alguma, uma vez que não foi editada a lei complementar a que se referia o artigo 40, §4º, da Constituição da República. No entanto, a situação jurídica dos trabalhadores de empresas privadas, sujeitos a condições que prejudiquem sua saúde ou integridade física, está regulada na Lei 8.213/91, especificamente no artigo 57 e seguintes do diploma legal.

Entre as situações prevista e não prevista, há nitidamente uma relação de semelhança, pois tanto os servidores públicos quanto os trabalhadores privados fazem parte do gênero trabalhadores e podem estar sujeitos às mesmas condições especiais de risco à saúde e integridade física que justificariam o direito à aposentadoria diferenciada. Além disso, há proximidade entre as categorias no tocante a determinados direitos inscritos no artigo 7º, da Constituição, que também se aplicam aos servidores públicos, por força do artigo 39, §3º, entre eles a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

No mais, tal elemento de identidade sobreleva à diferença entre os casos, esta última consistente no vínculo jurídico específico que os servidores públicos entretêm com o Estado. Assim, preenchidos os requisitos, é perfeitamente possível incidir a chamada analogia legis, que consiste na aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto.

Nesse sentido, prestigia-se o fundamento principal da analogia que é a igualdade jurídica entre os indivíduos. Não haveria sentido em tratar diferentes situações que estão parificadas por semelhanças relevantes, sob pena de tratar de modo distinto cada qual, sem que haja razão de direito fundante. A rigor, é a própria identidade de razão o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas substancialmente semelhantes. A respeito da questão vale citar trecho do voto da Min. Cármen Lúcia no MI 795/DF:

“A circunstância especial de exercício de atividade de risco do Impetrante - alçada, pois, à condição de atividade perigosa - não poderia ser equiparada àquela em que o desempenho das funções públicas não contém esse fator, pelo que, para plena eficácia do princípio da isonomia, há de serem adotados critérios diferenciados na definição de sua aposentadoria”.

Conquanto se trate do uso de analogia com o objetivo de conferir, em concreto, direito não regulado em lei, em favor do servidor, com repercussão econômica para o ente público – circunstância que poderia ser compreendida como óbice à implementação direta pelo Judiciário, em vista da Separação dos Poderes e de vedações previstas no artigo 167 da Constituição -, o caso pode ser enquadrado como relacionado à falta de norma regulamentadora, que torna inviável o exercício pleno do direito constitucional à aposentadoria, viabilizando, por isto, o mandado de injunção e o preenchimento da lacuna em via judicial. Este fator certamente contribuiu para o resultado alcançado, dado que, pela via eleita, legitima-se, com maior força argumentativa, a intervenção realizada.

Cumpra destacar que, além da analogia, também a equidade, prevista no artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, parece fundamentar, implicitamente, a integração realizada pela Suprema Corte.

Consta no voto condutor exarado no MI 795 uma forte preocupação em demonstrar a injustiça na manutenção da mora legislativa em regulamentar o dispositivo da Constituição por longo período, deixando os servidores à margem do exercício de direito constitucional, ao passo que outros trabalhadores, em situação semelhante, são contemplados com o benefício da aposentadoria especial. Nesse sentido, segue trecho transcrito:

“Como trabalhador, o servidor público tem direitos sociais fundamentais assegurados constitucionalmente, entre eles, o trabalho seguro, garantido pela Constituição da República em seus arts. 7º, inc. XXII, e 39, § 3º, do que resulta que não pode ser óbice à não-concessão ou ao não-reconhecimento da aposentadoria especial a inexistência de lei complementar, após vinte anos de vigência da norma constitucional que a assegura, sem que tenha ainda sobrevivido aquela legislação a tornar viável o exercício de tal direito”.

A Ministra Cármen Lúcia recorre, ainda, a intelecções sobre o alcance e efetividade das normas constitucionais e o dever do Judiciário de concretizá-las, justificando a alteração de posicionamento da Suprema Corte em relação ao conteúdo das sentenças proferidas em mandados de injunção: de mero reconhecimento da mora legislativa para concessão do direito em favor do impetrante, conforme se infere abaixo:

“Considerar o contrário é trazer um sentimento de frustração à sociedade, ao cidadão que, ao não obter a efetividade a um seu direito, passa a descreer não apenas no órgão encarregado de elaborar a norma, mas também no Poder Judiciário e, em escala, na própria Constituição da República”.

Dessa forma, a Relatora buscou, também, ainda que não expressamente, fazer uso de ideias relacionadas à equidade, realçando a injustiça que adviria caso não fosse concedido o direito pleiteado no mandado de injunção.

Ante o exposto, percebe-se que a jurisprudência comentada se utilizou especialmente da técnica de integração de analogia, recorrendo o Tribunal, também, à equidade para solução do caso concreto.

Vale acrescentar que, tivessem os precedentes sido julgados na vigência da Emenda Constitucional nº 103 de 2019, talvez o resultado alcançado fosse distinto. Isso porque, alterou-se o artigo 40, §4º, da Constituição, para afirmar que “é vedada a adoção de

requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º”. Nos dispositivos acrescidos, quais sejam, 4º-A, 4º-B, 4º-C, há a previsão de que poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para casos específicos como portadores de deficiência.

A disposição normativa nova poderia justificar a interpretação de que não haveria lacuna normativa, mas tão somente uma faculdade não exercida pelo legislador de implementar o regime jurídico diferenciado. Isso, contudo, não afastaria o argumento de possível quebra da isonomia com trabalhadores do setor privado. Nessa linha, é relevante aferir se haverá manutenção do posicionamento do Tribunal para casos futuros.

1.4 EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE POR SERVIDORES PÚBLICOS

Outro precedente em que houve constatação e colmatação de lacuna pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito ao direito de greve de servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição. De acordo com o dispositivo, o direito será exercido “nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Contudo, esta lei, até o momento, não foi editada, a exemplo do caso anterior.

Ao apreciar os mandados de injunção nº 670 e 708, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgados na mesma data, a Suprema Corte considerou a existência de omissão legislativa no caso concreto, indicando que a ausência de parâmetros jurídicos em legislação própria para controle de supostos “abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista” teria favorecido “que o legítimo exercício de direitos constitucionais” fosse “afastado por uma verdadeira ‘lei da selva’”².

A solução adotada pelo STF foi utilizar, por analogia, a disciplina normativa criada para o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, quanto às chamadas “atividades essenciais”, delineada nos artigos 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. No entanto, ao empreender essa tarefa, a Corte não deixou de sublinhar o “inegável conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (...), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos, de outro”.

² MI 670, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011 e MI 708, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471.

Mesmo adotando a identidade de motivo da norma prevista para os trabalhadores em geral, a ser aplicada no caso dos servidores públicos, o Supremo destacou a possibilidade de imposição de regime de greve mais severo, em virtude de se tratar de serviços ou atividades essenciais, concluindo que a enunciação (e aplicação) do regime fixado pelos artigos 9º a 11, da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*). Confira-se:

“4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*)”.

(MI 708, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471)

Em julgado mais recente, todavia, o STF trilhou posicionamento restritivo em relação ao direito de greve, declarando que este não seria um direito absoluto, sendo vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (ARE nº 654.432/GO)³.

No caso concreto, discutiu-se se seria aplicável a servidores públicos civis (policiais civis) o disposto no artigo 142, §3º, IV, da Constituição Federal, que proíbe o exercício de greve e a sindicalização para militares e é extensível aos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos entes federados, por força do artigo 42, § 1º, também do Texto Constitucional.

É interessante notar que o próprio Supremo Tribunal Federal afirma não se utilizar da analogia ao artigo 142, §3º, da Constituição, para impor a proibição à greve, sustentando que esta adviria da “prevalência do interesse público e do interesse social na

³ STF. Plenário. ARE 654432/GO, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 5/4/2017 (repercussão geral) (Info 860).

manutenção da segurança pública, da ordem e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria dos servidores públicos”.

Dessa forma, é relevante perceber que nesta matéria o STF buscou utilizar, originalmente, a analogia para preencher a lacuna identificada no ordenamento jurídico, mas não deixou de apontar cautelas na aplicação irrestrita do direito previsto para os trabalhadores em geral. Em alguma medida, esta compreensão realça, a um só tempo, a identidade de motivo para reproduzir a disciplina normativa em favor dos servidores públicos e a ausência de compatibilidade para regular integralmente todos os agentes e serviços desempenhados.

No Agravo em Recurso Extraordinário mencionado, a Corte buscou o caminho inverso para demonstrar a ausência de semelhança das carreiras policiais com os demais servidores públicos.

1.5 PRAZO PARA QUE TRIBUNAIS DE CONTAS PROCEDAM AO JULGAMENTO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA OU PENSÃO DE AGENTES PÚBLICOS

O terceiro precedente examinado neste artigo diz respeito à definição de prazo para que os Tribunais de Contas procedam ao julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o ato de aposentadoria constitui ato administrativo complexo, que somente se aperfeiçoa após a apreciação de sua legalidade pela Corte de Contas. Depois do exame acerca do preenchimento dos requisitos legais para aposentadoria no âmbito do órgão público ao qual o servidor está vinculado, concede-se o benefício, que, todavia, fica sujeito à análise posterior dos Tribunais de Contas para que seja considerado definitivo, nos termos do artigo 71, inciso III, da Constituição.

No Recurso Extraordinário nº 636.553/RS⁴, a União sustentou que não se aplicaria o prazo decadencial previsto no artigo 54, da Lei nº 9.7984/99, sobre a pretensão da

⁴ Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Aposentadoria. Ato complexo. Necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 antes da perfectibilização do ato de aposentadoria, reforma ou pensão. Manutenção da jurisprudência quanto a este ponto. 3. Princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Necessidade da estabilização das relações jurídicas. Fixação do prazo de 5 anos para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual se considerarão definitivamente registrados. 4. Termo inicial do prazo. Chegada do processo ao Tribunal de Contas. 5. Discussão acerca do contraditório e da ampla defesa prejudicada. 6. TESE: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato

Administração Pública de rever o ato de concessão da aposentadoria, quando identificada irregularidade neste, posto que, sendo ato complexo, ainda inexistiria ato acabado definitivamente.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia uma lei indicando qual seria o prazo para que os Tribunais de Contas procedessem ao julgamento desses atos administrativos ampliativos de direito. O entendimento adotado foi no sentido de que, embora não aplicável o artigo 54, da Lei de processo administrativo federal – por se tratar de ato complexo –, seria necessário fixar, por analogia, algum lapso temporal para que as Cortes de Contas exercessem seu dever constitucional, por motivos de segurança jurídica e necessidade de estabilização das relações.

No voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, consta expressamente a afirmação de que não há norma incidente à hipótese, sendo aplicável, por este motivo, o disposto no artigo 4º, da LINDB, que trata dos métodos de integração. A proposta adotada foi de aplicar, por analogia, o Decreto nº 20.910/1932, notadamente seu artigo 1º, que dispõe sobre a conhecida prescrição quinquenal em favor da Administração Pública.

A identidade de motivo para aplicação da norma foi fundamentada a partir do princípio da isonomia, nos seguintes termos:

“Ora, se o administrado tem o prazo de 5 anos para buscar qualquer direito contra a Fazenda Pública, também podemos considerar que o Poder Público, no exercício do controle externo, teria o mesmo prazo para rever eventual ato administrativo favorável ao administrado.

Podemos citar ainda a utilização do prazo de 5 anos pela Lei 9.873/1999 (que dispõe sobre a “prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta”), bem como a própria Lei 9.784/1999, que, apesar de não se aplicar diretamente ao caso, pode servir de diretriz para a fixação de prazo razoável ao Tribunal de Contas”.

Assim, o critério adotado para justificar a reprodução da norma ao caso concreto liga-se, mais intensamente, ao fundamento de isonomia e não de identidade de motivo, eis que as demais leis versam sobre aspectos distintos. Ademais, a segurança jurídica, enquanto princípio geral do direito, também possuiu força argumentativa para a solução do caso, justificando a necessidade de aplicar algum prazo razoável à atuação dos Tribunais de Contas.

de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas”. 7. Caso concreto. Ato inicial da concessão de aposentadoria ocorrido em 1995. Chegada do processo ao TCU em 1996. Negativa do registro pela Corte de Contas em 2003. Transcurso de mais de 5 anos. 8. Negado provimento ao recurso. (RE 636553, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-129 DIVULG 25-05-2020 PUBLIC 26-05-2020)

Ao final, a tese encampada pela Suprema Corte foi: “em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas”.

4 CONCLUSÃO

Nos julgados indicados neste trabalho, infere-se que a analogia foi o método de integração mais utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Nos casos narrados, a Corte buscou solucionar a lacuna normativa constatada por meio da aplicação de norma direcionada a regular outra hipótese, mas com identidade de motivo, a justificar a sua transposição para o caso concreto analisado.

O uso da analogia fornece alguma margem de segurança ao intérprete, pois permite a aplicação de parâmetros legais já estabelecidos pelo legislador, ainda que para hipótese distinta, desde que demonstrado o elemento de identidade que une as situações.

Nesse sentido, cabe destacar que, nos precedentes relativos à aposentadoria especial do servidor público, a Corte buscou demonstrar, com forte ônus argumentativo, a relação de semelhança entre os agentes públicos e os trabalhadores em geral, adotando, por fim, a equidade para preencher a lacuna. Por sua vez, nas decisões referidas ao exercício do direito de greve, percebe-se que o STF utilizou, originalmente, a analogia para colmatar o vazio normativo identificado no ordenamento jurídico, mas não deixou de apontar cautelas na aplicação irrestrita das normas previstas para os trabalhadores em geral aos agentes públicos, tanto que, posteriormente, em julgado recente, entendeu não ser viável conduta grevista por carreira policial.

Com relação ao precedente que fixou prazo para que o Tribunal de Contas julgue a legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, verifica-se que se partiu para a adoção do artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32. Contudo, é questionável a relação de semelhança entre o caso analisado e a hipótese prevista, sendo possível, apontar, na verdade, distinções relevantes. Neste caso, cabe afirmar que o STF adotou também a segurança jurídica como princípio geral do direito para colmatar a lacuna identificada.

Do quadro exposto, é importante ressaltar que nem sempre o órgão julgador aponta, explicitamente, quais métodos de integração foram utilizados. No entanto, o ideal seria que a Corte delimitasse e argumentasse, com minudência, a incidência de uma ou outra ferramenta, para conhecimento adequado da atividade hermenêutica empreendida e mesmo para controle, via recurso, ou social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competência legislativas e analogia – breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99, In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, jan./dez. 2007, p. 357-370.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Há lacunas no Direito Administrativo? In: Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, v. 3, 1994. Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revista1/article/view/34>. Acesso em: 29/09/2021.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro interpretada. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.