



Aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais para assegurar a efetivação de direitos fundamentais

Analog application of Federal Law No. 8,112/1990 to state and municipal public servants to ensure the enforcement of fundamental rights

*Pedro Filipe Araújo de Albuquerque*¹
*Raul Queiroz de Menezes*²

Aceito para publicação em: 03/06/2024

Área do conhecimento: Direito

DOI: 10.18378/rbfh.v13i2.10532

RESUMO: Este texto aborda, como temática central, a aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais para assegurar a efetivação de direitos fundamentais. Inicialmente, analisa-se a natureza jurídica dos servidores públicos, por meio da análise do conceito e espécies. Em seguida, passa-se ao estudo da autonomia dos entes federativos para legislar sobre servidores públicos, para depois averiguar a aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Por fim, propõe-se uma sistematização para a temática central do trabalho. Em relação a aspectos de metodologia da pesquisa em Direito, a pesquisa realizada, durante este trabalho, foi documental, por meio de revisão bibliográfica e levantamento de jurisprudência.

Palavras-chave: Analogia; Servidores Públicos; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This text addresses, as a central theme, the analogous application of Federal Law No. 8,112/1990 to state and municipal public servants to ensure the enforcement of fundamental rights. Initially, the legal nature of public servants is analyzed, through the analysis of the concept and species. Next, we move on to the study of the autonomy of federative entities to legislate on public servants, and then investigate the analogous application of Federal Law No. 8,112/1990 to state and municipal public servants in the jurisprudence of the Superior Courts. Finally, a systematization of the central theme of the work is proposed. Regarding the methodology aspects of research in Law, the research carried out during this work was documentary, through bibliographic and jurisprudential review.

Keywords: Analogy; Public Servants; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública brasileira estadual e municipal é composta por milhões de servidores públicos. Por vezes, surgem casos concretos de difícil solução, considerando que, para

¹ Procurador do Município de João Pessoa, advogado e mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil (Curitiba/PR);

² Procurador do Município do Recife, advogado e mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

sua tutela jurídica, não existe norma específica do ente federativo respectivo. Diante disso, alguns sugerem a aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais, a fim de assegurar a efetivação de direitos fundamentais, o que tem gerado debate doutrinário e jurisprudencial.

O presente estudo propõe-se a analisar o tema aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais para assegurar a efetivação de direitos fundamentais. Inicialmente, versa acerca da natureza jurídica dos servidores públicos, passando pelo conceito do instituto e suas espécies.

Em seguida, aborda-se a temática da autonomia dos entes federativos para legislar sobre servidores públicos. Então, parte-se para o estudo da aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Para isso, debate-se os julgamentos mais relevantes sobre o tema encontrados na pesquisa.

Por fim, elabora-se uma proposta de sistematização do tema, por meio do estabelecimento de requisitos jurídicos para a aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais.

Em relação a aspectos de metodologia da pesquisa em Direito, a pesquisa realizada, durante este trabalho, foi documental, por meio de revisão bibliográfica e levantamento de jurisprudência.

SERVIDORES PÚBLICOS: CONCEITO E ESPÉCIES

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2023, p. 203), servidores públicos são aqueles que “entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência”. Diante disso, são servidores públicos as pessoas físicas que trabalham, mediante vínculo não precário, para a União, os Estados, os Municípios e suas autarquias e fundações de Direito Público, sob vínculo de dependência.

Nessa linha de inteligência, tem-se duas espécies de servidores públicos. A primeira é formada pelos servidores titulares de cargos públicos da Administração direta, autarquias e fundações públicas de Direito Público de todos os entes federativos - União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Por sua vez, a segunda é composta pelos servidores empregados dos entes da federação.

Nessa segunda espécie, estão os servidores que ocupam empregos. Conforme esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello (2023, p. 203), estão presentes aqueles servidores que foram contratados para exercer funções subalternas, como as de artífice, servente, motorista, jardineiro, entre outras, sob regime celetista, conforme permitia a redação do art. 39 da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, norma que extinguiu o regime jurídico único. Observe-se:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Redação original da Constituição Federal de 1988)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

Nesse contexto, por ocasião do julgamento de pedido de liminar, nos autos da ADI 2135/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender a eficácia da nova redação do art. 39 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - **terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa**. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira. Plenário, 02.08.2007.

Até os dias de hoje, a decisão liminar permanece produzindo efeitos. Mello (2023, p. 203) destaca que, antes da suspensão da nova redação do art. 39, “surgiu o entendimento de que, quando a lei o desejasse, poderia criar empregos e adotar-lhes o correspondente regime, do que resultaram muitas admissões para empregos públicos”.

Também são servidores empregados aqueles contratados pelos entes federativos que optaram pelo regime celetista como seu regime jurídico único.

Vale lembrar a antiga lição de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 393), que anotou:

(...) em razão de suas autonomias políticas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público, sempre através de lei geral ou de leis específicas, para determinadas categorias

profissionais, as quais consubstanciam o chamado regime estatutário regular, geral ou peculiar. Podem, ainda, adotar para parte de seus servidores o regime da CLT.

Cabe anotar, ainda, que Celso Antônio Bandeira de Mello (2023, p. 204) considera os contratados nos termos do art. 37, IX, da Constituição, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob vínculo trabalhista, como servidores empregados. Apesar disso, esse entendimento não é unânime. Por outro lado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2022, p. 773) considera esses servidores como parte de uma terceira espécie: a dos servidores temporários.

AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA LEGISLAR SOBRE SERVIDORES PÚBLICOS

Consequência da adoção, pela Constituição Federal de 1988, da Federação como forma de Estado, é a garantia de autonomia aos entes que a integram. Nos termos dos artigos 1º e 18 da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

A Federação não é dado novo na realidade institucional brasileira, estando presente desde a Constituição Federal de 1891 - com efeito, já foi prevista pelo Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889², que rompeu com a Monarquia, instituindo a forma de governo republicana no Brasil. A autonomia garantida pela forma de Estado federada pressupõe, essencialmente, 3 (três) garantias: auto-organização, autogoverno e autoadministração (Barcellos, 2018, p. 252).

Em apertada síntese, a auto-organização seria a possibilidade de normatização própria, por parte de cada ente, elaborando sua Constituição, ou Lei Orgânica (no caso do Município e do Distrito Federal), dispondo sobre a criação e estruturação de seus órgãos e entidades. Já o autogoverno é a garantia de que cada um daqueles entes dotados de autonomia poderá definir quem preencherá as estruturas de governo, sem ingerência dos demais entes federados. Por fim,

² Assim dispunha o artigo 2º do referido ato normativo: Art. 2º - As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.

a autoadministração envolve a capacidade de os entes realizarem a gestão de seus bens, prestarem os serviços públicos que lhes cabem, e mesmo legislar a respeito do regime jurídico dos seus servidores públicos.

Michel Temer (2023, p. 109), a seu turno, ao tratar do espaço de organização destinado aos entes subnacionais fala em uma distinção entre organização política e administrativa. Enquanto a política diria respeito à possibilidade conferida aos entes federados de organizarem seus Poderes constituídos, a administrativa guarda correlação com a prerrogativa de organizarem seus serviços públicos, disciplinarem suas estruturas administrativas e também os seus servidores.

Neste sentido, corolário da autonomia garantida aos Estados e Municípios é a possibilidade de estabelecerem regras jurídicas a respeito de seus servidores públicos. Assim sendo, é garantido aos entes subnacionais competência para estatuírem conjunto de normas regulamentando a relação travada entre estes e seus servidores, sejam eles ocupantes de cargo público efetivo ou em comissão.

Sobre o assunto, assim dispõe Hely Lopes de Meirelles (2003, p. 393):

Em consequência, em razão de suas autonomias políticas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público, sempre através de lei geral ou de leis específicas para determinadas categorias profissionais, as quais consubstanciam o chamado regime estatutário regular, geral ou peculiar.

Importante destacar que a competência a que estamos aqui a tratar, sobretudo quando se analisa a questão sob o prisma do Estado-membro, não deve ter seu fundamento normativo buscado em uma eventual competência residual daquele ente (conforme previsão do artigo 25, § 1º, da Constituição Federal³). Não se trata essa competência que os entes possuem para disciplinar matérias essencialmente vinculadas à sua organização, rotina e administração de competência residual. Trata-se, com efeito, de uma competência que poderia ser sistematizada como “autônoma”, posto decorrente da própria autonomia garantida aos entes federados pela Constituição Federal. Em certa medida, pode aqui ser vislumbrada uma correlação com a “Teoria dos Poderes Implícitos”⁴.

³ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

⁴ Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no MS 35506, a referida teoria poderia ser assim explicada: “Trata-se, mutatis mutandis, de fazer incidir, na espécie, a conhecida “teoria dos poderes implícitos”, que se originou de um caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1819, conhecido como “McCulloch versus Maryland”. Nele decidiu-se que, quando se confere a determinado órgão estatal certas competências, ele está implicitamente autorizado a utilizar todos os meios necessários para levá-las a termo” (MS 35506, Relator(a):

Ora, se aos entes integrantes da Federação é garantida autonomia e se essa autonomia traz consigo a possibilidade de organizarem a prestação de seus serviços e estabelecerem como se dará a sua relação com seus servidores, é consequência lógica que possam, por decorrência direta dessa própria autonomia, legislar sobre a matéria. Por mais que não haja um dispositivo legal expressamente prevendo uma competência legislativa em matéria de “servidores públicos” (ao contrário do que ocorre com as matérias do artigo 24, que, por interpretação, também são extensíveis aos Municípios, por mais que estes não estejam previstos no *caput* daquele artigo), os entes subnacionais podem legislar sobre o assunto, até como forma de materializar sua autonomia e suas competências administrativas.

É possível defender que o raciocínio previsto no parágrafo anterior também pode ser aplicado ao caso da competência legislativa, reconhecida recentemente pelo STF, que os Estados e Municípios possuem para editar leis versando sobre as loterias estaduais ou municipais. Por mais que a Constituição Federal seja taxativa no sentido de que legislar sobre “sistemas de consórcios e sorteios” é da competência privativa da União (art. 22, XX, da Constituição Federal)⁵, o Pretório Excelso, em 2020⁶, entendeu que como a Constituição não impediu que a exploração de loterias fosse realizada por Estados e Municípios, estes poderiam fazê-lo, não cabendo à União afastar essa prerrogativa dos demais entes por meio de legislação própria.

Para fins da argumentação aqui esposada, relevante destacar que ao julgar a questão, o STF afirmou expressamente que poderiam os Estados e Municípios editar leis na matéria para instituir as loterias locais - respeitados os limites estabelecidos pela União no exercício de sua competência prevista no artigo 22 XX da CF. Em suma, por mais que não houvesse expressamente uma norma determinando competência para legislar naquela matéria, é evidente que os entes subnacionais podem fazê-lo, uma vez que lhes é garantida competência administrativa na matéria - seja para instituir loterias locais, seja, com maior razão, para regular

MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10-10-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 13-12-2022 PUBLIC 14-12-2022)

⁵ A matéria é tão pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que deu ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 2, com a seguinte redação: É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

⁶ADPF 492, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30-09-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020.

os direitos e deveres de seus servidores públicos, este último caso em decorrência de sua autonomia, garantida pelo fato de serem entes federados.

Entretanto, tecidas essas considerações acerca da possibilidade de os entes subnacionais editarem suas próprias leis a respeito de seus servidores públicos, imperioso consignar que a autonomia garantida pela Constituição Federal, por óbvio, não é irrestrita, encontrando limites no próprio texto constitucional.

De início, veja-se que o artigo 18 da Constituição Federal, acima transcrito, determina que a autonomia é garantida “nos termos desta Constituição”. A locução empregada já demonstra, no próprio artigo que garante a autonomia, que esta é conformada pelo que a Carta Magna estabelece. Imperioso frisar, também, a previsão constitucional a respeito da possibilidade de organização (uma das garantias conferidas pela autonomia, conforme apontado) dos Estados e dos Municípios:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos.

Perceba-se, portanto, que a garantia de que os Estados possam se organizar pelas Constituições e leis que adotarem fica condicionada à observância dos princípios que a Constituição Federal estatui. Em relação aos Municípios a restrição é ainda maior, já que sua Lei Orgânica deve observar não apenas os princípios da Constituição Federal, como também os da Constituição Estadual. Desta feita, ao editarem seus Estatutos dos Servidores, os entes subnacionais ficam condicionados aos princípios previstos na Constituição Federal e na Constituição Estadual – no caso dos Municípios.

Pertinente discorrer, ainda que de forma breve, a respeito de quais categorias de princípios podem moldar a atuação dos Estados e Municípios na matéria e como isso pode ocorrer na prática. De início, importante estabelecer que não há um rol de princípios categorizados e padronizados na Constituição Federal que devam ser obedecidos pelos Estados e Municípios⁷, tampouco a doutrina é uníssona nessa sistematização. No entanto, é possível, em linhas gerais, afirmar que os princípios podem ser classificados em Sensíveis, Estabelecidos e Extensíveis.

⁷ Ao contrário da Constituição Federal de 1988, a Constituição Federal de 1967 trazia, ainda que de forma não exaustiva, já que se valia da locução “dentre outros princípios”, um rol de princípio a serem observados pelos Estados quando da edição de suas Constituições e Leis. Tal rol estava previsto no artigo 13 da Constituição de 1967 e listava,

Seriam sensíveis aqueles previstos no artigo 37, VII, da Constituição Federal, ensejadores, inclusive, de intervenção federal na órbita dos Estados-membros que os descumprirem. Estabelecidos, de acordo com José Afonso da Silva, são de variada natureza e limitam a autonomia do Estado, veiculando normas de organização política, social ou econômica (Sarmiento; Souza Neto, 2012, p. 286). Já os extensíveis seriam aqueles que estão no texto constitucional direcionados à União, mas que também devem ser aplicados aos entes subnacionais. À guisa de exemplo deste último grupo pode ser citada a norma que determina a competência privativa do Presidente da República para deflagrar o processo legislativo em determinadas matérias - regime jurídico de servidores públicos, por exemplo, conforme previsto no artigo 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal de 1988-, que deve ser aplicada também em âmbito estadual e municipal.

Assim sendo, é preciso ter em mente que, por mais que a Constituição Federal tenha dotado os entes subnacionais - Estados, Distrito Federal e Municípios- de autonomia, o que garante que estes possam editar suas próprias normas em matéria de servidor público, é preciso que essa autonomia observe limites fixados pela própria Constituição Federal. Desta forma, não cabe a ente subnacional, por exemplo, prever, em sua legislação, que o provimento em cargo efetivo possa ocorrer sem que o candidato tenha sido aprovado em prévio concurso público, em respeito ao princípio do concurso público, princípio estabelecido explícito presente no artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988.

APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL N.º 8.112/1990 A SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como explicado acima, a República Brasileira adotou o modelo federativo, de forma que os entes federados possuem capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração. Em decorrência disso, cada ente deve estabelecer o estatuto de seus servidores públicos por meio de lei local. De acordo com Rafael Oliveira (2022, pp. 773-774):

(...) cada ente federativo possui autonomia para disciplinar as normas estatutárias que regem os seus respectivos servidores, pois o regime estatutário é o regime jurídico administrativo por excelência e as normas de Direito Administrativo encontram-se inseridas na autonomia política (autogoverno, auto-organização e autoadministração) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 18 da CRFB). A iniciativa das leis é do chefe do Executivo, consoante previsão do art. 61, §1º, II, c, da

por exemplo, o processo legislativo e a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, de limites máximos de retribuição estabelecidos, em lei federal.

A Lei Federal n.º 8.112/1990 é a lei que disciplina o estatuto dos servidores públicos federais e, por isso, em regra, não deve ser aplicada para reger servidores públicos municipais ou estaduais. Porém, em algumas situações, há jurisprudência no sentido de sua aplicabilidade a servidores dos entes subnacionais.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 1237867, deparou-se com o tema 1097 da repercussão geral: “Possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público que tenha filho ou dependente portador de deficiência”. No caso, o STF fixou a seguinte tese:

Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990, nos termos do voto do Relator. Falaram: pela recorrente, a Dra. Camilla Cavalcanti Varella Guimarães Junqueira Franco; pelo recorrido, o Dr. Leonardo Cocchieri Leite Chaves, Procurador do Estado de São Paulo; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil CFOAB, o Dr. Joelson Costa Dias; e, pelo amicus curiae Central Única dos Trabalhadores CUT, a Dra. Camilla Louise Galdino Cândido. Plenário, Sessão Virtual de 9.12.2022 a 16.12.2022.
(STF. Plenário. RE 1237867/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/12/2022)

De acordo com a Lei Federal n.º 8.112/1990:

Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, será exigida a compensação de horário no órgão ou entidade que tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho.

§ 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário.

§ 3º As disposições constantes do § 2º são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.

No julgamento do RE, o Supremo entendeu que “a inexistência de legislação infraconstitucional, que configura omissão do Poder Público, não pode servir de justificativa para o não cumprimento de garantias previstas constitucionalmente, sobretudo quando envolvem o princípio da dignidade humana, o direito à saúde, o melhor interesse das crianças e as regras e diretrizes contidas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

(CDPD)” e que “por se referir à determinação autoaplicável sem aumento de custos ao erário, é plenamente legítima a aplicação da lei federal a servidores estaduais ou municipais”.⁸

Em outra situação, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgInt no AgInt no RMS 61.130-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, decidido por unanimidade, julgado em 27/09/2022, entendeu que “A lacuna em Lei Complementar Estadual acerca da possibilidade de suspender processo de concessão de aposentadoria enquanto tramita processo administrativo disciplinar deve ser suprida com a aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/1990”.

No informativo de jurisprudência do STJ n.º 751, constou:

Cinge-se a controvérsia a analisar a possibilidade de suspensão de processo de concessão de aposentadoria de servidor público local durante o período em que esse responde processo administrativo disciplinar, por aplicação analógica da Lei n. 8.112/1990 e tendo em vista a ausência de norma legal estadual sobre o tema. A princípio, reconhece-se a incidência da Lei n. 8.112/1990, como regra geral, de forma subsidiária aos Estatutos de Servidores Públicos Civis Estaduais nas lacunas desses quando não há norma específica conflitante. Nesse sentido: “4. Nos termos do artigo 142, § 3º, da Lei n. 8.112/1990, a prescrição da pretensão disciplinar administrativa é interrompida quando ocorre a instauração do procedimento disciplinar. 5. Ademais, conforme precedentes do STJ, é possível aplicar, de forma analógica, a Lei Federal n. 8.112/90 em face da falta de regulamentação específica sobre determinada questão na legislação própria do ente federativo. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1576667/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016). A partir dessa premissa jurisprudencial, a Segunda Turma do STJ, em recente caso, reconheceu a possibilidade de determinar a suspensão do processo de concessão de aposentadoria de servidor público local durante o período em que esse responde processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, confira-se: “III - A lacuna na Lei Complementar Estadual n. 131/2010 do Estado do Paraná acerca da possibilidade de suspender o processo de aposentadoria enquanto tramita o processo administrativo disciplinar deve ser suprida com a aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/1990. IV - Trata-se de legítima integração da legislação estadual por meio da

⁸ Ainda não foi divulgado o inteiro teor do julgamento na data da elaboração deste texto. No informativo de jurisprudência n.º 1080 do STF, constou: “TESE FIXADA: ‘Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990.’ RESUMO: Por analogia, aplica-se aos servidores públicos estaduais e municipais que são pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência o direito à jornada de trabalho reduzida, sem necessidade de compensação de horário ou redução de vencimentos, nos moldes previstos para os servidores públicos federais na Lei 8.112/1990 (1). A convivência e o acompanhamento familiar para o desenvolvimento e a inclusão das pessoas com deficiência são garantidos por normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Cabe, no caso concreto, aplicar o melhor direito em favor da pessoa com deficiência e de seus cuidadores, assim como a imperiosa necessidade de adaptar a realidade dessas famílias com o valor fundamental do trabalho. Nesse contexto, é razoável a adaptação no sentido da redução da jornada de trabalho dos servidores públicos sem decréscimo de vencimentos. Tal medida não acarretará ônus desproporcional ou indevido à Administração Pública e, concomitantemente, assegurará às pessoas com deficiência os direitos e garantias que lhes são prometidos. Ademais, a inexistência de legislação infraconstitucional, que configura omissão do Poder Público, não pode servir de justificativa para o não cumprimento de garantias previstas constitucionalmente, sobretudo quando envolvem o princípio da dignidade humana, o direito à saúde, o melhor interesse das crianças e as regras e diretrizes contidas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Assim, por se referir à determinação autoaplicável sem aumento de custos ao erário, é plenamente legítima a aplicação da lei federal a servidores estaduais ou municipais. Com base nesse e em outros entendimentos, o Plenário, por unanimidade, ao apreciar o Tema 1.097 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. RE 1.237.867/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento virtual finalizado em 16.12.2022 (sexta-feira), às 23:59.”

aplicação subsidiária da norma federal, consoante pacífica jurisprudência. (AgInt no RMS 58.568/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/10/2020, DJe 22/10/2020).

Por outro lado, em outro momento, ao julgar o RMS 46438-MG (STJ, 2ª Turma, RMS 46438-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16/12/2014), o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que “Não é possível a aplicação, por analogia, do instituto da recondução previsto no art. 29, I, da Lei 8.112/1990 a servidor público estadual na hipótese em que o ordenamento jurídico do estado for omissivo acerca desse direito” e que isso se deve ao fato de que “a analogia das legislações estaduais e municipais com a Lei 8.112/1990 somente é possível se houver omissão no tocante a direito de cunho constitucional autoaplicável que seria necessário para suprir a omissão da legislação estadual, bem como que a situação não dê azo ao aumento de gastos”.

Observe a ementa desse julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. RECONDUÇÃO. VACANCIA. DEFINIÇÃO. OMISSÃO NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO. PLEITO DE ANALOGIA. PARCIMÔNIA. INDICAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DE CUNHO AUTOAPLICÁVEL. DISPOSITIVOS GERAIS. NÃO REALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM TELA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra o acórdão que negou provimento ao pleito mandamental impetrado em prol do direito de recondução de ex-servidor estadual que havia se exonerado de cargo em meio ao estágio probatório. O recorrente alega que a legislação estadual seria omissiva e, portanto, deveria ser aplicado o art. 29 da Lei n. 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União, RJU), por analogia.

2. Não existe no ordenamento jurídico estadual o instituto da recondução, tal como previsto no art. 29, I, da Lei n. 8.112/90. No caso do diploma federal, em sendo evidenciada a publicação de ato de vacância, por decorrência de posse em outro cargo federal inacumulável (art. 33, VIII da Lei n. 8.112/90), fica evidenciada a manutenção de vínculo com o serviço público federal que autoriza a outorga de vários direitos previstos em lei, como a recondução e outros, de cunho personalíssimo.

3. É incontroverso que não existe previsão legal na legislação estadual aplicável ao recorrente (Lei Complementar n. 59/2001 e Lei n. 869/1952).

4. A analogia das legislações estaduais e municipais com a Lei n. 8.112/90 somente é possível se houver omissão no tocante a direito de cunho constitucional, que seja autoaplicável, bem como que a situação não dê azo ao aumento de gastos; em suma, ela precisa ser avaliada caso a caso e com parcimônia.

5. A pretensão do recorrente não encontra guarida nos dispositivos gerais da Constituição Federal, indicados como violados - artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 4º, V e 5º, 'caput' - e, assim, não permite a realização da analogia postulada. Tem-se situação muito diversa do caso do art. 226 da Constituição Federal, tal como mobilizado no precedente indicado (RMS 34.630/AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26.10.2011).

6. Não há falar em direito líquido e certo, uma vez que não se vê direito local aplicável, tampouco a possibilidade de analogia com a Lei n. 8.112/90, uma vez que não existe o direito constitucional autoaplicável que seria necessário para suprir a omissão da legislação estadual.

Recurso ordinário improvido.

Também merecem menção as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no AgInt no Resp n. 1.893.9014/AP (AgInt no REsp n. 1.839.014/AP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, DJe de 2/12/2020) e no REsp n. 1.826.962/AP (REsp n. 1.826.962/AP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/2/2020, DJe de 18/5/2020.) Nos casos, servidores públicos estaduais pleiteavam recebimento de adicional de insalubridade com esteio em aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990. O entendimento da Corte foi pela impossibilidade da referida aplicação, apontando como óbice a criação de novos gastos públicos para ente subnacional por meio da aplicação analógica de legislação editada por ente diverso.

Diante disso, deduz-se que é possível aplicar analogicamente a Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos municipais ou estaduais. Porém, essa aplicação não deve ser feita de forma indiscriminada. Em geral, deve ser realizada quando houver lacunas no Estatuto do Servidores do Ente e quando não existir norma específica conflitante. Além disso, a aplicação analógica não deve ensejar aumento de despesa, sob pena de comprometer a gestão administrativa e orçamentária do ente público em questão, ofendendo o princípio da legalidade orçamentária.

APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL N.º 8.112/1990 A SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

Analisados alguns casos relevantes sobre a aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais, é pertinente sistematizar os requisitos em que isso poderá acontecer.

Para isso, parte-se do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, analisado no tópico anterior. Nesse contexto, a aplicação analógica em questão somente será possível, se houver omissão da legislação estadual ou municipal relativa a direito de natureza constitucional, que seja autoaplicável, e se não ocasionar desequilíbrio orçamentário no ente público afetado pela decisão.

De fato, a Constituição Federal deve ter efetividade. Então, havendo direito fundamental de cunho constitucional autoaplicável, ele deve ser observado independentemente de reprodução por legislação local. Nesse sentido, é a doutrina de Roberto Barroso (2023):

(...) sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela –por meio da ação e da jurisdição–, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. Essa tornou-se uma das marcas do constitucionalismo pós-88 no Brasil.

Por outro lado, sabe-se que o regime jurídico da despesa pública, previsto pela Constituição Federal de 1988, demanda a observância do ciclo orçamentário e das leis orçamentárias - plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual - sob o primado do princípio da legalidade. Assim, é essencial, para a sustentabilidade dos serviços públicos prestados pelos entes federativos afetados, que a aplicação analógica em comento não cause desequilíbrio orçamentário.

Com efeito, pode parecer bonito e respeitável dar efetividade a direitos constitucionais em processos judiciais, porém, por vezes, decisões judiciais desconectadas da situação fática orçamentária do ente público afetado, podem ocasionar efeitos nefastos e comprometer a continuidade de serviços públicos essenciais.

Imagine-se a situação em que decisões judiciais determinassem o pagamento de verbas a servidores públicos, que seriam empregadas em equipamentos hospitalares essenciais para fazer pessoas sobreviverem. Numa situação como essa, as decisões judiciais iriam literalmente matar pessoas. É por isso que a aplicação analógica em debate não deve ocorrer se for ocasionar desequilíbrio orçamentário nas contas dos entes públicos afetados.

Além disso, é pertinente que, caso a aplicação analógica seja feita por meio da atuação do Poder Judiciário, haja diálogo institucional prévio, de forma que os entes públicos afetados possam expor suas dores e vulnerabilidades, a fim de que não haja prejuízos à continuidade da prestação dos serviços públicos.

A atuação do Judiciário deve ser equilibrada, lançando-se mão, inclusive, de reserva institucional, por meio de que agentes políticos evitam utilizar suas prerrogativas e poderes legais de forma nociva à estabilidade do sistema democrático (Albuquerque, 2023). Sobretudo porque, no pós-positivismo, observa-se frequente criação judicial do Direito, tendo em vista o afrouxamento do vínculo que prende os tribunais à lei (Macêdo, 2022, pp.75-102 e Engisch, 2008, pp. 207-208).

Brandão (2017, p. 354) anota que, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, deve existir um “desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja ‘supremo’”. Ao contrário, cada um dos poderes deve contribuir com a sua específica capacidade institucional, em relações dialógicas e democráticas.

Esse linha de pensamento guarda relação com a “teoria das capacidades institucionais” apresentada por Sunstein e Vermeule (2002), no famoso artigo “*Interpretation and Institutions*”, publicado em 2002, no John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n.º 156,

da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Sunstein e Vermeule entendem que a interpretação constitucional e legal apropriada não pode deixar de ter em consideração fatores de administrabilidade, capacidades judiciais e institucionais e efeitos sistêmicos.

As teorias dialógicas⁹, embora não sejam o objeto central desta pesquisa, estão afinadas com a concepção de que nenhum dos poderes da República brasileira deve ter a “última palavra definitiva” quanto ao sentido da Constituição Federal de 1988. A lógica do princípio da separação dos poderes atribui papéis principais a cada poder da República, porém que não são exclusivos. Nessa toada, embora seja atribuição principal do Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade, disso não se deve deduzir a total exclusão do Poder Executivo e Legislativo da função de interpretar a Constituição Federal, afinal o Supremo, embora seja a instituição constitucionalmente estabelecida para guardar a Constituição Federal, em posição de destaque, não deve pressupor uma posição de hierarquia em relação aos demais poderes (Dantas; Urtiga, 2022).

Nessa linha de intelecção, Ravi Peixoto (2018) anota:

Enfim, a proposta de adoção da teoria dos diálogos institucionais teria algumas vantagens em relação às teorias de supremacia judicial e legislativa. Dentre elas, seriam identificáveis: i) a existência de múltiplos pontos de acesso dos interessados em questões constitucionais, que poderiam atuar tanto sobre o Judiciário, como sobre o Legislativo e, no caso brasileiro, sobre o próprio Executivo, devido à sua longa competência ao menos de propor leis; ii) redução da oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos poderes, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, diminuindo a possibilidade de arbítrio estatal e ainda iii) auxiliar na concretização da Constituição por meio de um processo deliberativo, no qual cada um dos poderes tem a possibilidade de contribuir com seus conhecimentos específicos para tornar a interpretação constitucional mais qualificada.

Cabe esclarecer que existem várias técnicas decisórias direcionadas ao diálogo, como suspensão de julgamento com anúncio de retomada, decisão de constitucionalidade com reserva, decisão de constitucionalidade deferente, decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação, decisão de inconstitucionalidade provisória, decisão de inconstitucionalidade com solicitação, decisão de inconstitucionalidade com adiamento de seus efeitos e decisão de (in) constitucionalidade sem eficácia vinculante (Marinoni, 2022, p. 284 e ss).

⁹ A teoria dos diálogos institucionais tem, como marco histórico, o artigo publicado Hogg e Bushell intitulado de “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)”, no *Osgoode Hall Law Journal*, em 1997. (HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997, p. 75-124. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2> .)

Ademais, considerando o princípio da segurança jurídica, entende-se que a aplicação analógica em debate pode lançar mão de regime de transição por meio de modulação dos efeitos. Essa técnica, sem dúvidas, pode ser essencial para garantir situações jurídicas consolidadas e evitar impactos lesivos relevantes nos entes públicos afetados.

Cabe ainda mencionar a possibilidade de utilização da mediação e conciliação com a Fazenda Pública, como forma de meios alternativos (adequados) de resolução de disputas. Isso porque é sempre desejável um ambiente de consensualidade, em que os litígios entre servidores e administração pública possam ser resolvidos sem necessidade de tutela judicial. Nesse sentido, Leonardo Cunha (2017, p. 640) comenta que “o sistema multiportas de solução de disputas é, enfim, compatível com o ambiente público, podendo abranger as controvérsias que envolvam a Fazenda Pública”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a natureza jurídica dos servidores públicos, a autonomia dos entes federativos para legislar sobre servidores públicos, a aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais na jurisprudência dos Tribunais Superiores e, por fim, propôs uma sistematização para a temática central do trabalho, trazendo uma série de requisitos jurídicos para a aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais.

Após a pesquisa bibliográfica e documental realizada, por meio do estudo de livros e artigos doutrinários, brasileiros e estrangeiros, e de julgamentos de diversos tribunais superiores, posicionou-se a favor da aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais, desde que:

- a) Haja omissão da legislação estadual ou municipal relativa a direito de natureza constitucional;
- b) A aplicação analógica não ocasione desequilíbrio orçamentário no ente público afetado pela decisão, por meio do aumento de despesa não previsto pelas leis orçamentárias;
- c) No caso de aplicação determinada pelo Judiciário, haja utilização de diálogos institucionais, utilizando-se as técnicas dialógicas pertinentes;
- d) Sejam utilizados meios alternativos (adequados) de resolução de disputas, se pertinentes para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, P. F. A. de. As grades de proteção da democracia e a advocacia de estado. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2023. DOI: 10.46818/pge.v6i1.334. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/334>. Acesso em: 23 mar. 2024.
- BARCELLOS, A. P. de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 252.
- BARROSO, L. R. Trinta e Cinco Anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 07–49, 2023. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v28i22697. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697>. Acesso em: 23 mar. 2024.
- BRANDÃO, R. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CUNHA, L. C. da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DANTAS, I.; URTIGA, R. B. Na prática, o Supremo é uma corte constitucional? Justificação da missão constitucional através da ferramenta de ODR (Online Dispute Resolution) do plenário virtual. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, vol. 94 n. 1, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/253257>. Acesso em: 24 mar. 2024.
- ENGISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 207-208.
- HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997, p. 75-124. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>.
- MACÊDO, L. B. de. Boa-fé no processo civil - Parte 1. **Revista de Processo**, vol. 330, 2022, p. 75 - 102.
- MARINONI, L. G. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.
- PEIXOTO, R. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais: em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 41–74, 2018. Disponível em: <https://cpr.emnuvens.com.br/revista/article/view/171>.

Aplicação analógica da Lei Federal n.º 8.112/1990 a servidores públicos estaduais e municipais para assegurar a efetivação de direitos fundamentais

SARMENTO, D.; NETO, C. P. de S. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 286.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 156, 2002. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/280/. Acesso em 02/11/2023.

TEMER, M. **Elementos de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.