



NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 01/2020/SUGACI/CGE SGD Nº 2020 09049 003030

AUTOR DA CONSULTA: Presidente da Agência Tocantinense de Saneamento - ATS, nos termos do OFÍCIO Nº 172/2020/ATS/GABPRES (SGD Nº 2020 38979 001400).

TEOR DA CONSULTA: Orientação a respeito de como proceder na definição de valores de diárias para cargos ou funções cujas nomenclaturas que não constam expressas no rol elencado no anexo do decreto estadual regulamentador dessa matéria.

1. A matéria é regida pelas disposições contidas na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no arcabouço doutrinário do Direito Administrativo Brasileiro e na jurisprudência.

2. A autoridade consulente solicita esclarecimentos acerca do correto procedimento quanto a classificação e os critérios de seleção de níveis dos cargos comissionados, efetivos com gratificação de função comissionada e contratos temporários criados pela Lei Estadual nº 3.421, de 08 de março de 2019, que dispõe sobre a organização da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual, para cujas nomenclaturas/símbolos, ainda não há expressa relação dessas nomenclaturas com os valores constante no rol do Anexo Único do Decreto Estadual nº 3.560, de 13 de novembro de 2008, que regulamenta a concessão e define valores de diárias no âmbito do Poder Executivo do Estado do Tocantins.

3. O caso em tela traz à tona o problema da **lacuna legal** ou **lacuna da lei**, o que significa um vazio ou uma incompletude do ordenamento legislativo, por inexistência de dispositivo aplicável ao caso concreto; O termo lacuna, para Diniz (2002, p. 70), pode ser conceituado como sendo “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-Positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão jurídico-integradora”.

4. Tal fenômeno jurídico se concretizou aqui em decorrência da edição da Lei Estadual nº 3.421/2019, afetando o campo de despesas com diárias em âmbito do Poder Executivo Estadual, pois, com novidade legislativa emergida por esta lei, fez-se premente a necessidade de adequação do Anexo Único do Decreto Estadual nº 3.560/2008, regulador da





matéria; visto que a ausência de alteração dessa norma resultou em inexistência de dispositivo legal que definisse valor aplicável a alguns casos (cargos, nomenclaturas/símbolos novos).

5. Portanto, a **lacuna é um defeito** do sistema normativo, que necessita ser colmatado. Situação em que passa a atuar a importante missão a ser desempenhada pela **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657/42)**, uma vez que o próprio sistema jurídico oferece o mecanismo de suprimento desse vazio normativo.

6. Destarte, o deslindamento do caso em análise reside nas **técnicas de integração da norma jurídica**, com previsão no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (grifei)

7. Para melhor elucidar a questão, cabe conferir breve definição dos recursos jurídicos citados acima, com exceção dos **costumes**, uma vez que este não é aplicável ao Direito Administrativo:

I. **Analogia** - Consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia. (Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Artigo 140 do Código de Processo Civil).

“Entende-se por 'analogia' aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. (...) A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados”. (BOBBIO, 2008. p. 291)¹

II. **Princípios Gerais do Direito** – “Os princípios Gerais do Direito Administrativo são enunciados normativos de caráter genérico, orienta a compreensão do ordenamento jurídico, no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração ou supressão das normas. Portanto, devem ser encarados como normas gerais coercitivas que orientam a atuação do indivíduo, definindo valores a serem observados nas condutas por eles praticadas” (CARVALHO, 2017, p. 59 e 60);

“Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a

¹ (BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 291)





interpretação e a própria produção normativa” (ALEXANDRINO, 2011, p.183).

8. Conforme explicitado, os princípios da administração pública são fundamentais para a definição da atuação estatal, tanto é assim, que no ordenamento pátrio estão expressos cinco princípios: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, especialmente no *caput* do art. 37 da CRFB/88. Ainda, constam expressamente da Carta Magna o princípio da isonomia, do contraditório e ampla defesa; além de outros princípios implícitos e expressos em normas infraconstitucionais e que são aplicáveis à Administração Pública, tais como, continuidade, autotutela, motivação, etc.

9. Considerada a importância dos demais, merece menção nesse trabalho, o princípio da legalidade, que é o postulado basilar de todos os atos administrativos, pelo qual toda a administração pública, direta e indireta, de todos os níveis da federação, deve obediência, em primeiro lugar, conforme sequência dos princípios enumerados em referido dispositivo constitucional. É o que se verifica da doutrina de Marçal Justen Filho², quando diz que:

“O princípio da legalidade está abrangido na concepção de democracia republicana, significa a supremacia da lei (expressão que abrange a constituição), de modo que a atividade administrativa encontra na lei seu fundamento e seu limite de validade”.

Consoante entendimento apresentado por Celso Antônio Bandeira de Melo³ :

“o princípio da legalidade é específico do Estado Democrático de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso é considerado basilar para o Regime Jurídico-administrativo”

10. “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer, se não o que a lei determina, o que a lei antecipadamente autorize. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer o que a lei não proíbe. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim, caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições”. (MELLO, 2010, P.105).

11. Com efeito, no Direito Administrativo aplica-se o princípio da subordinação a lei, **amplamente considerada**, pois está obrigada à observância não apenas do disposto nas leis, nos diplomas legais propriamente ditos, mas também à observância dos princípios jurídicos e do ordenamento jurídico como um todo; (“atuação conforme a lei e o direito” – inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999). (ALEXANDRINO, 2011, p.190).

² JUSTEN FILHO, Marçal – Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Fórum, 4ª ed. 2009.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 26ª ed 2009.





12. “Cumpre desfazer o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de normas de direito entendidas como simples “proposições lógicas”. Mais certo será dizer que o ordenamento é o sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções: é, pois, o sistema de normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos”⁴.

13. O que se depreende de todas essas lições doutrinárias, é que a Administração Pública tem seus atos vinculados primeiramente ao texto da constituição, da qual depende validade de todo ordenamento. A Constituição traz princípios e valores que não podem ser esquecidos pelo administrador público.

14. Conclui-se, de todo o exposto, que ao agente público, aplicador das normas de direito administrativo, ao se deparar com lacuna legal, deve completar o Direito de acordo com a analogia, e os princípios gerais de direito, conforme disciplina o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42. Entretanto, vale frisar que os princípios, embora promovam projeções ou irradiações normativas com certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição; mas sempre limitados pela juridicidade objetiva que lhes emanam.

15. Nesse sentido, (ALEXANDRINO, 2011, p.203), a utilização dos princípios gerais da administração para preencher lacuna legal, exige do agente o juízo de ponderação, o sopesamento; o balanceamento dos valores em jogo dentro de um caso concreto. Faz se necessários filtros constitucionais como os princípios da **razoabilidade e proporcionalidade**, que em âmbito do direito administrativo, encontram aplicação especialmente no controle de atos discricionários; por serem associados às análises de adequação e de necessidade - aferindo se os meios empregados pela Administração sejam adequados à consecução dos fins almejados; especialmente quando se trate de medidas punitivas ou restritivas. O princípio da proporcionalidade impede que a Administração cometa abuso de poder, restringindo direitos do particular ou servidor, além do que seria necessário, com intensidade e extensão supérflua, induzindo à ilegalidade do ato. (STF – “**Sob tal ângulo, cumpre perquirir a proporcionalidade, isto é, a razoável e necessária equivalência entre o valor da TFRH e o custo da atividade estatal no exercício do poder de polícia**”)⁵.

⁴ Reale, Miguel, 1910. Lições Preliminares de Direito / Miguel Rele. – 25. Ed. – São Paulo: Saraiva 2000.

⁵ ADI 6211/AP, Rel. Min. Marco Aurélio - julgamento e 04.02.2019. (ADI-611), disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=6211&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e seu campo de aplicação nos julgados do TCU – (...)
O que fazer quando a aplicação de uma norma impõe mais prejuízos aos destinatários que os benefícios dela esperados? Toda infração à norma legal – objetivamente considerada – é reprovável? Quais são os limites do poder discricionário dos agentes do Estado? Essas indagações, com frequência, instigam o intérprete da lei, principalmente quando ele não esteja familiarizado com a hermenêutica jurídica.

Em sua acepção clássica e tradicional, o princípio da proporcionalidade aninha-se, há muito, no Direito Administrativo Entretanto, desde as últimas décadas do século XX, o Direito Constitucional tem-no absorvido,





16. Concluindo, orienta-se ao consulente que as lacunas legais existentes na norma, que regulamenta a concessão e define valores de diárias no âmbito do Poder Executivo do Estado do Tocantins, devem ser preenchidas com a utilização das técnicas de integração da norma jurídica, empregando a analogia, buscando fazer equivalência entre a diária demandada, para a qual anda não correlação entre a nomenclatura nova e os valores constantes texto da norma (Anexo ao Decreto Estadual 3.560/2008) fazendo a equivalência de acordo com os critérios de escolaridade, cargos/remuneração em que se enquadram etc; tendo sempre em vista o juízo de ponderação, sob a perspectiva dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

17. Por fim, de forma mais pragmática, apresentamos hipóteses de soluções possíveis, sempre baseada nos princípios gerais do Direito Administrativo e em especial o Princípio da Analogia e aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade:

I. Níveis dos cargos comissionados

Quanto ao pagamento das diárias dos cargos comissionados, o procedimento indicado é que em primeiro momento seja verificado no anexo do Decreto de Diárias se o cargo está listado dentro das opções, sendo que, em caso negativo se proceda a verificação da equivalência salarial do cargo identificando na tabela aquele com remuneração mais próxima à do cargo pretendido.

Ainda neste diapasão, pode ocorrer a hipótese em que o servidor ocupante do cargo comissionado também seja servidor efetivo, neste caso deverá ser observado também na tabela do anexo o valor de diária referente ao cargo efetivo e assim decidir dentre as duas opções, aquela que for mais vantajosa para o servidor.

II. Efetivos com gratificação de função comissionada

Neste caso, efetivos com gratificação de função comissionada, identifica-se a necessidade da adoção de dois critérios distintos aplicáveis a serem analisados sendo que o primeiro consta na verificação do cargo efetivo do qual resultará na primeira possibilidade de pagamento e que não advém dúvidas, já que não houve alteração provocada pela Lei Estadual nº 3.421/2019. Por outro lado, deve também ser verificada a gratificação relacionada à função

atribuindo-lhe crescente importância na apreciação de leis, normas ou atos administrativos que encerrem, eventualmente, abuso do poder legislativo ou administrativo contra direitos constitucionalmente protegidos ou em desacordo com o interesse público. A relevância desse enfoque interpretativo é ainda maior, se ponderado seu amplo espectro de aplicação. Citam-se, nesse passo, várias hipóteses que admitem o juízo de proporcionalidade: o exame in abstracto da constitucionalidade de normas emanadas do legislador ou de autoridade administrativa; a incidência de determinada norma em casos concretos peculiares; a conveniência da anulação de certos atos administrativos, à luz do interesse público; o juízo de reprovabilidade de conduta de gestores públicos; entre outras possibilidades. (...) (Carlos Maurício Lociks de Araújo - Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União Revista do TCU 102).





comissionada que pode ser conseguida adotando o mesmo método que o esboçado no item anterior. Após analisada as duas situações deverá se optar por qual das duas alternativas é a mais favorável ao servidor.

III. Contratos temporários

No caso de contratos temporários, o procedimento indicado é que seja utilizada como referência a escolaridade exigida pelo cargo para que seja realizada a classificação segundo a tabela do referido Anexo, assim o valor da diária respeitará a categoria profissional do cargo que o servidor ocupa em nível superior, médio ou fundamental.

SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO DE AÇÕES DE CONTROLE INTERNO, em Palmas, aos 09 dias do mês de abril de 2020.

assinado eletronicamente

ELIANA RODRIGUES DA SILVA
Administradora

assinado eletronicamente

ELAINE CRISTINA ZANETTI AVELINO
Gerente de Orientação e Normas

assinado eletronicamente

KILVÂNIA RODRIGUES DE MELO MIRANDA
Diretora de Controle da Gestão Governamental e Prevenção à Corrupção

assinado eletronicamente

BENEDITO MARTINIANO DA COSTA NETO
Superintendente de Gestão e de Ações de Controle Interno

1 – De acordo com a orientação. Encaminhe-se à entidade consulente.

Em: 09/04/2020

ASSINADO ELETRONICAMENTE

SENIVAN ALMEIDA DE ARRUDA
Secretário-Chefe

