

# O pensamento de Maria Teresa Ghirardi M. Neves: a aplicação do direito civil ao direito administrativo; a supremacia do interesse público e o papel do Estado; o intérprete da norma administrativa e a criação do direito.

## **Apresentação**

*Mesmo a ausência dela é uma coisa que está comigo*

Fernando Pessoa

No despacho proferido como Procuradora do Estado-Chefe da Procuradoria Administrativa, em parecer que discutia a situação funcional de servidor público com relação ao direito ao gozo de licença-prêmio, a homenageada expôs sua linha de pensamento sobre aspectos relevantes da atuação administrativa e que se mantêm extremamente atuais. Expressa esse despacho a forma de pensar da homenageada, muito firme em suas convicções na defesa do interesse público.

Teresa era uma pessoa realmente especial. Personalidade marcante, raciocínio rápido, liderança inata. Contundente na defesa de seus argumentos. Conviver com ela era estar sempre preparada para um embate de ideias. Nada a desviava de suas convicções. Podia ser convencida

com argumentos jurídicos, mas nunca se afastava daquilo que entendia idealmente correto.

A Procuradoria Administrativa deve muito a ela. Deu ao órgão um padrão organizacional, cunhando sua face moderna. Seu exemplo de dedicação, sua capacidade de extrair o melhor de cada um, sua firmeza, seu talento narrativo, sua memória invejável e única, tudo isso ela colocou à disposição da Procuradoria Geral do Estado. Comandou incessantemente o órgão que chefiava até o limite de suas forças físicas. Sua perda deixa um vazio na Instituição muito difícil de ser preenchido.

A homenageada tinha uma grande capacidade de suscitar o debate de questões jurídicas. Sua participação na solução dos temas submetidos à Procuradoria Administrativa no mais das vezes não era retratada em textos por ela assinados. O *de acordo* singelamente apostado ao fim de um parecer condensava, por vezes, longas discussões. No seu entendimento, quem deveria brilhar era o parecer, não o despacho. Esta é a imagem da pessoa sábia que foi e que tinha na humildade uma de suas marcas.

O resgate de suas ideias é diariamente feito no âmbito da Procuradoria Administrativa pela memória das conversas que com ela mantínhamos. Seus despachos também podem e devem ser resgatados para consolidar um conhecimento a ser preservado. Com essa finalidade, selecionou-se o despacho proferido no exame do Parecer PA nº 165/2005 por entendê-lo significativo da forma de pensar da homenageada. Resgatar sua memória é uma obrigação de todos que com ela conviveram. Aqueles que não a conheceram devem ter ciência que perderam a oportunidade de conviver com um dos maiores nomes da Instituição, uma Procuradora que dedicou sua vida à causa pública e que deixou um respeitável legado à Procuradoria Geral do Estado.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

*Procuradora do Estado*

**Processo: PGE nº 202/2005**  
**PARECER PA nº 165/2005**

*Conclui o bem-elaborado Parecer PA nº 165/2005 que: (I) o direito ao gozo da licença-prêmio tem natureza potestativa (item 10); (II) o prazo de 4 anos e 9 meses do artigo 213 da Lei nº 10.261/68, na redação da Lei Complementar nº 857/99, tem natureza decadencial (item 12); (III) o prazo decadencial em questão admite suspensão, interrupção e impedimento (item 20); (IV) é possível, pela via interpretativa, a fixação de causas interruptivas, suspensivas ou impeditivas daquele prazo (item 21, 22 e 23).*

*Peço vênia para me apartar parcialmente das conclusões acima asentadas, pelas razões que passo a elencar.*

*Por primeiro, entendo que não cabe o transporte do conceito de direito potestativo, na forma como concebida pelo Direito Privado, como aquele cujo exercício não pode ser impedido a qualquer título pela outra parte ou por terceiro, para o campo do Direito Público.*

*Assim porque o instituto do direito potestativo tem sua razão de ser na igualdade de posição que se presume sempre existir no campo das relações privadas das pessoas. Esta igualdade, entretanto, não existe e não pode existir nas relações dos cidadãos com o Estado. O Estado não é igual aos cidadãos, o Estado não é igual aos administrados, o Estado não é igual aos contribuintes, o Estado não é igual aos seus servidores. O Estado existe para atendê-los a todos, na medida em que atende às necessidades sociais. Portanto, e em razão de seu objetivo maior, tem o Estado posição desigual, de supremacia, quando com aqueles se relaciona. Enquanto o Estado titula o interesse público, os cidadãos, os administrados, os contribuintes e os servidores são titulares de direitos individuais e, em determinadas situações, devem estes últimos ceder, para que o Estado cumpra de maneira eficiente seu objetivo social.*

*Esta desigualdade de posição, em razão do interesse tutelado, tem reflexo direto na interpretação das normas jurídicas em que o Estado figura como agente, normas do Direito Administrativo.*

*Assim, a interpretação das normas administrativas não pode ser feita sob a ótica estritamente civilista, sob pena de se incorrer em equívoco. Para tal risco alerta Hely Lopes Meirelles:*

*“O Direito Administrativo não é refratário, em linhas gerais, à aplicação analógica das regras do Direito Privado, mesmo porque já não se pode mais considerá-lo um Direito excepcional. Mas, sendo um ramo do Direito Público, nem todos os princípios da hermenêutica do Direito Privado lhe são adequados. A diversidade de seu objeto, a natureza específica de suas normas, os fins sociais a que elas se dirigem, o interesse público que elas visam sempre a tutelar, exigem regras próprias de interpretação e aplicação das leis, atos e contratos administrativos.*

*A nosso ver, a interpretação do Direito Administrativo, além da utilização analógica das regras do Direito Privado que lhe forem aplicáveis, há de considerar, necessariamente, esses três pressupostos: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público.*

*Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, **privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum** As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia”. (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 27ª ed, 2002, pág. 47; destaque meu).*

*Calha também, na matéria, o ensinamento de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Carlos Ari Sundfeld na obra “Fundamentos de Direito Público” (Malheiros, 1993, 2ª. Ed. pág. 25):*

*“As normas jurídicas que organizam o Estado-poder e regulam a sua ação, seja em relação com outros Estados, seja em relação com a própria entidade, através dos seus órgãos, ou com outras pessoas que receberam o encargo de fazer as suas vezes, ou mesmo com terceiros, particulares, no Estado-sociedade, a fim de realizar o objetivo deste, são de valor social diferente das normas jurídicas prescritas para regerem as relações dos particulares, entre si, ou das comunidades por eles formadas.*

*‘Isto se explica porque ordenam institutos jurídicos para o Estado-poder alcançar o bem comum dos indivíduos coletivamente considerados, como elementos do Estado-sociedade, como participantes de um todo político. Não se confundem com os oferecidos aos particulares para alcançarem imediatamente o seu bem individual, de cada qual isoladamente considerado, nas suas relações recíprocas.’*

*‘Fundamentam, destarte, a distinção do direito em dois ramos distintos: público e privado’ (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol 1, pg. 13)” (destaquei)*

Posto isto, peço vênia para não endossar o raciocínio desenvolvido no Parecer PA nº 165/2005 acerca do “poder” que teria o servidor de sujeitar “a Administração a uma situação a que ela, em última instância, não pode resistir” (item 10).

Entendo que a Administração não pode se ver “sujeita” ao direito individual de nenhum administrado. Ao contrário, o Estado, titular do interesse público, na sua atuação administrativa corrente deve cuidar para que sempre prevaleça o interesse público sobre o do particular, quando aparentes conflitos se apresentarem, pena de atuação viciada.

Não se olvida, todavia, que os administrados são, sim, titulares de direitos. Há dentre esses direitos alguns específicos que passam a ser titulados pelos administrados a partir do cumprimento de determinados requisitos legais e, em face dos quais, fica a Administração adstrita a uma única conduta previamente estabelecida em lei. Em tais casos, diz-se que a atuação do Estado se opera de forma vinculada. Acerca do tema, cabe a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram po-*

*sição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.*

*Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.*

*No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é **vinculado**, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial” (Direito Administrativo, Atlas, 14<sup>a</sup> ed, 2001, pág. 203; destaques originais; grifo meu).*

*Entendo que a teoria da atuação vinculada da Administração tem cabimento no caso aqui estudado de gozo de período de licença-prêmio. Penso que esta é a situação que se estabelece quando determinado servidor tem bloco de prêmio concedido pela Administração nos termos da legislação em vigor, para gozo no prazo de 4 anos e 9 meses. Vale dizer, parece-me que o servidor, em princípio, tem **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato (autorização de gozo dos três meses de prêmio naquele prazo assinalado em lei), e a Administração, assim não procedendo, fica submetida à eventual “correção judicial” de sua conduta.*

*Passando agora à análise da natureza jurídica do prazo de 4 anos e 9 meses estabelecido pelo artigo 213 do Estatuto dos Funcionários Públicos, desde logo anoto que, pessoalmente, já me posicionei pela natureza decadencial de tal prazo ao aprovar o precedente Parecer PA n° 85/2004.*

*É certo ao se apreciar aquele precedente que o tema da natureza daquele prazo não foi objeto de consideração por parte da chefia da Instituição, como bem observado pelo i. signatário do Parecer PA n° 165/2005, sendo igualmente certo que a d. chefia referida admitiu,*

*naquela mesma ocasião, a suspensão do indigitado prazo de gozo do prêmio, entendendo incidente na hipótese concreta então examinada a regra do artigo 38 da Constituição Federal.*

*Tenho para mim que a discussão acerca da natureza jurídica do prazo de 4 anos e 9 meses para gozo do bloco de licença-prêmio adquirido após o advento da Lei Complementar nº 857/99, se ela é rica do ponto de vista doutrinário, assume feição secundária para o deslinde da questão posta nestes autos.*

*A questão que parece ter maior relevância agora é a de se saber se o prazo estabelecido pelo artigo 213 do EFP para gozo dos blocos de prêmio regularmente adquiridos após a edição da Lei Complementar nº 857/99, seja ele de que natureza for (de decadência, de prescrição, extintivo, etc.), se esse prazo pode vir a ser suspenso, interrompido ou obstado por causa impeditiva.*

*Sou de opinião de que tal prazo pode ser suspenso, interrompido ou obstado desde que lei anterior trate de estabelecer previamente tais situações. Não concordo com a possibilidade alvitrada no Parecer PA nº 165/2005 de se buscar, na via interpretativa, caminho que leve à suspensão, à interrupção ou ao impedimento do curso do prazo de gozo de licença-prêmio estabelecido na Lei Complementar n 857/99.*

*O texto da Lei Complementar nº 857/99 não cuidou desta matéria e, desta forma, entendo que o administrador não está autorizado a praticar nenhuma conduta que reconheça alteração no fluxo daquele indigitado prazo sem que lei anterior o autorize. Vejo aqui a aplicação direta do princípio da legalidade. O administrador está impedido de agir sem que lei a tanto o autorize.*

*Entendo, com a devida vênia daqueles que advogam posição diversa, que na hipótese não há lacuna legal a ser preenchida pela via interpretativa. Não, aqui o que não há é a lei. De fato, o tema atinente ao efeito dos vários afastamentos previstos na Lei nº 10.261/68 no curso do prazo de 4 anos e 9 meses da LC 857/99 não foi abordado pelo legislador do Estado; poderia, ou melhor, deveria ter sido, mas não foi tratado e, não havendo lei, não se cuida de interpretar, mas de criar lei onde esta não existe, função que, desenganadamente, não compete ao intérprete, mas, sim, ao Parlamento.*

*Penso, sempre com o devido respeito à tese diversa, que incorre em inconstitucionalidade o intérprete que, a pretexto de interpretar, cria norma em situação não enfrentada pelo legislador.*

*Idêntico raciocínio ao que ora sustento – de impossibilidade de se criar norma administrativa pela via da interpretação – foi desenvolvido pelo i. subscritor do Parecer PA-3 nº 227/99, Dr. Carlos Ari Sundfeld, quando cuidou ele de examinar o então recém-editado texto da Lei Complementar nº 857/99. À época, questionava-se se a Lei Complementar nº 857/99 havia imposto o prazo de 4 anos e 9 meses também para o gozo dos períodos de prêmio formados antes de sua edição. Dizia então o Dr. Carlos Ari Sundfeld, naquele parecer que mereceu endosso do Procurador Geral do Estado:*

*“A questão seguinte é mais complexa. Terá a lei realmente regulado não só a fruição das licenças que viessem a ser adquiridas, mas também a daquelas já então adquiridas? Parece-nos ser inegável que a lei nada disse de expresso quanto a isso. Portanto, se as licenças antigas também tiverem sido reguladas, será por força do comando implícito. E isso ocorreu?”*

*A resposta parece-nos negativa, simplesmente porque o novo texto estabelecido para o art. 213 do Estatuto é insuficiente para tratar dessas licenças antigas, que logicamente exigiam uma disciplina compatível com sua peculiaridade, a saber: a circunstância de seu período aquisitivo se ter completado antes da vigência da lei. Diante disso, era indispensável decidir se o tempo transcorrido entre a data da aquisição da licença e da entrada em vigor da lei seria totalmente desprezado (hipótese em que o prazo extintivo fluiria, em sua inteireza, somente a partir da data da lei), parcialmente considerado (hipótese em que seria preciso definir a dimensão da parte considerada) ou integralmente considerado. Caso se resolvesse considerar esse tempo (total ou parcial, pouco importa), seria então preciso criar uma regra especial quanto às licenças adquiridas (...), já que a aplicação simples desse prazo importaria em suprimir o direito instantaneamente, quando da edição da lei.*

*Nosso raciocínio funda-se, destarte, na constatação de que a aplicação, à situação que estamos analisando, das novas normas (a*

*saber: a que determina a perda do direito pela fluência do prazo para gozo e a que fixa esse prazo em 4 anos e 9 meses) supõe a definição de “normas de passagem”, que expressem a escolha, feita pelo legislador, entre as variantes acima indicadas.*

*Mas é verdade que a LC 857/99 não contém nenhuma dessas definições. No item 2 da minuta de Comunicado CRHE, tenta-se instituir essa definição, optando-se pelo desprezo da totalidade do tempo já transcorrido. Mas essa escolha de modo algum está na lei (...). A nosso ver, portanto, o item 2 da minuta de Comunicado CRHE expressa uma decisão que não cabe ao mero aplicador, pertencendo à esfera legislativa.*

*Parece-nos clara, assim, a ilegitimidade da visão segundo a qual a lei teria implicitamente colhido as licenças adquiridas antes de sua vigência e ainda não gozadas: é que, para acolhê-la, o aplicador é obrigado a atribuir-se o poder de fazer definições de natureza legislativa. E isso, por óbvio, é a demonstração definitiva de que a providência não está na lei, pois, se estivesse, o aplicador não precisaria “criá-las”*

*Desse raciocínio resulta que, embora fosse possível à LC 857/99 estabelecer um prazo fatal para gozo também das licenças que já estavam adquiridas quando de sua vigência, ela não o fez, quer de modo explícito quer implícito. E se a imposição não está na lei, não pode ser feita pelo aplicador (...)* (grifo e itálico originais; destaque meu).

No caso examinado nestes autos (efeito dos afastamentos legais no curso do prazo de gozo de licença-prêmio) observa-se que também há espaço para escolhas legislativas diversas. Assim, por exemplo, o afastamento nos termos dos artigos 65 e 66 do EFP poderia ser considerado, a critério exclusivo do legislador, tanto causa suspensiva como causa interruptiva do prazo em curso do artigo 213 da Lei nº 10.261/68, na redação da LC nº 857/99. Anote-se, a propósito, e como lembrado no item 31 do Parecer PA nº 165/2005, que afastamentos concedidos com base naquelas normas estatutárias interrompem o curso do período aquisitivo da licença-prêmio.

Reforço, pois, a ideia de que no caso em pauta, entendo que não se está a aplicar analogia, ferramenta conhecida dos intérpretes das normas

*administrativas, mas se está a legislar, o que parece-me descabido. A este propósito, calha o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:*

*“Afora estas regras privativas do Direito Público, admite-se a utilização dos métodos interpretativos do Direito Civil (LICC, arts. 1º a 6º), que é a lei de todos, quando estabelece princípios gerais para aplicação do Direito. Os princípios do Direito Civil são trasladados para o Direito Administrativo por via analógica, ou seja, por força de compreensão, e não por extensão. A distinção que fazemos é fundamental, e não pode ser confundida sem graves danos à interpretação.*

*A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida em seu espírito; a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova. A distinção é sutil, mas existente (...).(Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 27ª ed, 2002, pág. 48/49; itálico original; destaque meu).*

*Também o magistério de Inocêncio Mártires Coelho, invocando a doutrina de Emílio Betti, ilustra a posição que ora se busca sustentar:*

*“Segundo o autor da monumental Teoria Generale della Interpretazione, para que não se comprometa a objetividade da interpretação, quaisquer formas significativas – obviamente também as formas jurídicas – enquanto objetivações da mente de um Outro, têm de ser compreendidas em relação a essa mente, que nelas foi objetivada, e não com referência a qualquer sentido que a própria forma possa adquirir, uma vez abstraída da função representativa que tinha para aquela outra mente ou pensamento; em suma, o sentido a determinar-se tem de ser extraído das formas significativas e não introduzido nessas objetivações do espírito humano de modo arbitrário (...).*

*Nessa perspectiva – em que o respeito à autonomia do texto é condição de objetividade da interpretação – a letra da lei possui uma dupla finalidade: por um lado funciona como ponto de par-*

*tida da elucidação do sentido pelo intérprete; por outro, define os limites postos à sua atividade interpretativa (Méier-Hayoz)” (Inocência Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*, Sérgio Antonio Fabris Ed.; 1997, pág. 57/58; itálico original; grifei)*

*Observo, de outra parte, que, em meu entendimento, as situações figuradas pelo i. prolator do Parecer nº 165/2005, no item 21, são regidas pelo artigo 183 do CPC, não havendo aí, entendo, ausência de norma, mas utilização analógica de norma existente.*

*Isto considerado, sou de opinião que o prazo de 4 anos e 9 meses para gozo dos períodos de prêmio obtidos pelos funcionários após a Lei Complementar nº 857/99 só pode ter seu curso alterado pela edição de lei complementar, de iniciativa do Executivo, que venha a tratar especificamente do tema. E, neste ponto, é de se advertir para o fato de que neste processo está a se tratar apenas de **uma** das formas de afastamento do funcionário com reflexo no prazo de gozo de licença-prêmio. Várias outras hipóteses legais há e as mesmas haverão também de ser consideradas pelo legislador (anoto, por exemplo, a situação versada nos artigos 70 e 266, I do EFP).*

*Finalmente, realço, como já salientado no corpo do Parecer PA nº 165/2005, que a análise empreendida no processo se faz em tese, posto que acerca da situação pessoal do interessado nada há certificado pelos órgãos da Administração.*

*Transmitam-se os autos à elevada consideração da Subprocuradora Geral do Estado – Consultoria.*

PA, em 25 de julho de 2005.

**MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES**  
*Procuradora do Estado-Chefe da Procuradoria Administrativa*  
OAB nº 79.413

