



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

Faculdade de Direito e Relações Internacionais

Curso de Direito - FADIR

ANA KARLA CORDEIRO PASCOAL

**DO DIREITO AO PERCEBIMENTO DO ADICIONAL DE
PENOSIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EM
REGIÕES FRONTEIRIÇAS**

**Dourados - MS
2014**

ANA KARLA CORDEIRO PASCOAL

**DO DIREITO AO PERCEBIMENTO DO ADICIONAL DE
PENOSIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EM
REGIÕES FRONTEIRIÇAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Antonio Zeferino da Silva Junior.

**Dourados - MS
2014**

DO DIREITO AO PERCEBIMENTO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EM REGIÕES FRONTEIRIÇAS.

THE RIGHT OF CIVIL SERVANTS FROM BORDER AREAS TO RECEIVE NA ADDITIONAL FOR TOUGH ACTIVIES

Ana Karla Cordeiro Pascoal¹

Antonio Zeferino da Silva Júnior²

RESUMO: A Lei 8.112/90 assegurou expressamente aos servidores públicos federais o direito a percepção de um adicional em razão do exercício de atividades penosas, considerando o desgaste físico e mental que o servidor é submetido por exercer atividade laborativa em locais desfavoráveis a sua saúde, como em zonas fronteiriças. Ocorre que, apesar de os artigos 70 e 71 da Lei nº 8.112/90 não terem sido modificados ou revogados, a sua aplicação praticamente inexistente dada a omissão legislativa, o que contraria os princípios fundamentadores do direito brasileiro, bem como aos direitos do funcionário público federal. Esse estudo visa auxiliar o entendimento acerca do direito ao recebimento do adicional em comento.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Adicional de Penosidade. Servidor Público Federal. Regiões Fronteiriças

ABSTRACT: The Law 8.112/90 clearly assured government employees the right to earn an additional, apart from the basic pay, due to the tough activities that some of them have to do, considering that the employees are put under physical and mental strain, as a result of inappropriate places for them to work, in border areas for instance. Although the articles 70 and 71 of the Law nº 8.112/90 have not been modified or repealed, its application does not exist owing to the legislative omission, which contradicts the basis of the Brazilian Law principles, as well as the rights of civil servants. This study aims to help the understanding about the right to receive the additional under discussion.

Key-words: Administrative law. Additional for tough activities. Civil servant. Border Areas.

¹ Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito & Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – FADIR/UFGD

² Graduado pela Centro universitário da Grande Dourados/UNIGRAN. Pós graduado em direito publico, pela faculdade Damásio de Jesus, Mestrado em Direito Processual Civil, pela universidade do Paraná/ UNIPAR. Atualmente, professor e coordenador do Núcleo de Assistência e Prática Jurídica da UFGD.

INTRODUÇÃO

A lei 8.112/90 trouxe em seu artigo 70, caput, a previsão do direito ao recebimento de alguns adicionais como penosidade, insalubridade e periculosidade. O artigo seguinte prevê que é devido a concessão do adicional de penosidade aos servidores públicos federais que estejam em exercício em zonas de fronteira ou em localidade cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

Ocorre que embora houvesse o lapso temporal de 24 anos da criação da Lei em comento, o regulamento que fixaria os termos, condições e limites para a concessão do adicional, convenientemente, não foi elaborado pelo Chefe do Poder do Executivo, o que tem sido utilizado como fundamento para a não aplicabilidade do texto legal, gerando ao servidor público federal a impossibilidade de auferir o adicional com caráter indenizatório.

Assim, os funcionários em comento não têm seu direito efetivado dada a existência de lacuna na legislação, todavia, conforme previsto no art. 4 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, é possível recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, para suprir tal omissão.

Destarte, o presente trabalho visa delinear uma solução para a inaplicabilidade do artigo 71 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, utilizando a portaria 633/2010 emitida pelo Procurador Geral da República, o Sr. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS, como analogia, haja vista que nesta foi fixado os termos, condições e limites que previa o artigo; e ainda, por meios dos princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia.

No que tange a portaria, neste trabalho, ficará demonstrada a possibilidade da sua aplicação acerca dos termos, condições e limites, por o Chefe do Poder Executivo poder delegar certas atribuições ao Procurador Geral da República, respaldado no princípio da descentralização, tornando legal a expansão da aplicação da portaria aos demais servidores. Ficando comprovado que a mesma realizaria mero papel integrador e não criativo de direitos.

A respeito dos princípios, restará comprovado que o não cumprimento do texto legal contido no artigo 71, ofende princípios como o da dignidade da pessoa humana e isonomia.

Trazendo por fim, o conceito de fronteira, para evidenciar quais os servidores que seriam beneficiários do adicional discutido.

Nesses moldes é que se desenvolverá a discussão do presente trabalho, atentando-se para a observância do direito ao adicional de penosidade do servidor público federal lotado em zona de fronteira em contrapartida à conveniente mora em legislar do Chefe do Poder do Executivo, aduzindo uma solução para tal discussão.

1. DA ATIVIDADE PENOSA

1.1. Do histórico no direito brasileiro

A *Lex Fundamentalis* de 1988 aduziu em seu texto constitucional consideráveis novidades sobre a legislação trabalhista, as quais foram inseridas em seu artigo 7^o³ que estabelece expressamente sobre os direitos laborais dos trabalhadores urbanos e rurais. Inserido neste dispositivo constitucional, temos presente o adicional de remuneração para atividades penosas.

Embora constasse somente em 1988 no diploma constitucional, o adicional em comento não tratava-se de uma inovação a ordem jurídica, pelo contrário, já havia sido regulamentado em diversas legislações infraconstitucionais.

A Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, ao instituir as aposentadorias especiais para os trabalhos penosos, insalubres e perigosos, dispôs sobre o adicional de penosidade. No decorrer dos tempos, outras leis foram regulamentando o adicional de penosidade, entretanto, estas legislações foram revogadas com o advento das Leis 8.212/91, 8.213/91, todavia sem perder tal conceito/essência.

O adicional de atividades penosas, cuja aplicação é voltada para o servidor público federal estatutário, encontrasse regulamentado no artigo 71 da Lei 8.112, de 11 de Dezembro de 1990, que é a Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, com a seguinte redação, in verbis:

³ Art. 7^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos e condições e limites fixados em regulamento.

Neste interim, vale ressaltar a lição Octavio Bueno Magano, para quem as “*atividades penosas são as geradoras de desconforto físico ou psicológico, superior ao decorrente do trabalho normal*”.⁴

Deste modo, entende-se que trabalho penoso é aquele desgastante para a pessoa humana, sendo que o desgaste acentuado é proveniente do trabalho cuja natureza das funções ou em razão de determinados fatores ensejam ao trabalhador um esforço sobrenatural tanto físico quanto psíquico.

Indubitavelmente, o exercício de labor em áreas fronteiriças enquadra-se impecavelmente na conceituação explanada acima, pelos fatos e fundamentos a serem aduzidos a seguir.

1.2. Do adicional de atividade penosa

Conforme já explanado, o art.71 da Lei 8.112/90, que regula o trato jurídico-administrativo existente entre o servidor público e a Administração Pública Federal, garante o adicional de atividade penosa que será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

Pois bem.

Essencialmente, para tratar acerca deste tema, é necessário compreender que o direito ao recebimento do adicional de penosidade proveniente do exercício de atividade laborativa por servidor público federal em zona de fronteira é assegurado pela Lei 8112/90, ou seja, este aumento na remuneração do servidor é decorrente da Lei, e não surge com o

⁴ MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 54.

regulamento, exercendo deste modo o mero papel integrador, e não criativo de direitos ou obrigações, visando tão somente delinear os termos e condições para a concessão.

Esmiuçando o dispositivo legal supracitado, tem-se a plena convicção do direito de percepção do adicional de atividade penosa, sendo duas as hipóteses que garantem o adicional: a) o exercício do labor em zona de fronteira (objeto deste estudo); b) o exercício em localidade cujas condições de vida o justifiquem.

No tocante a inaplicação de tal direito, ela decorre da omissão do Estado, que alega existir duas razões para a sua ineficiência. A primeira razão em face da carência de definição legal de fronteira para fins de percepção do auxílio. A segunda razão por não haver a fixação legal dos termos e condições do adicional em regulamento, conforme art. 71 da Lei 8.112/90.

Ou seja, o Estado utiliza-se da própria displicência/omissão para justificar a inércia quanto a regularização da lacuna que se presencia. Todavia, enquanto permanece inerte, os seus servidores continuam sofrer com os danos decorrentes da ausência de regulamento.

2. DA FAIXA DE FRONTEIRA.

Conforme demonstrado, laborar em zona de fronteira dá o direito ao adicional, todavia, é necessário a sua conceituação, a fim de que fique evidente quem seria beneficiário de tal direito. No que tange a conceituação do termo região de fronteira, poderá ser utilizado o conceito previsto na Constituição Federal, no *Art. 20, § 2º* o qual prevê, in verbis:

A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.⁵

Previa e conceituava sobre faixa de fronteira, o *Art. 1º*, da Lei n. 6634/1979, que regulava sobre a Gratificação Especial de Localidade:

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo, 46 ed. , Editora Saraiva, pág.25

Art. 1º. É considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 Km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como Faixa de Fronteira.

Neste mesmo sentido, segundo os ensinamentos de J. CRETELLA JUNIOR, a faixa ou zona de fronteira é, in verbis:

... o segmento de terra contíguo aos limites terrestres do Brasil com países da América do Sul. (...) O fundamento da criação da faixa de fronteira, em nosso direito, é tríplice, resumindo-se nos desideratos expressos com três vocábulos: segurança nacional, progresso e nacionalização.⁶

De acordo com o Autor supracitado, a faixa de fronteira tem a finalidade de certificar a efetividade da segurança nacional, do progresso e da nacionalização dessas regiões. Para tanto, a União designa servidores públicos federais para as zonas fronteiriças, para que estes garantam o seu domínio. Contudo, o servidor lotado na fronteira acaba sendo submetido, em sua grande maioria, à uma região abandonada pelo Estado, onde prevalece a inacessibilidade e precariedade dos serviços públicos básicos como a saúde e educação; sem mencionar o baixo desenvolvimento econômico, a tensão geopolítica, os elevados índices de criminalidade, ficando estes funcionários e conseqüentemente suas famílias fadados a um evidente uma atmosfera de insegurança nestes locais, acarretando, no desgaste emocional.

Assim sendo, é necessário um tratamento diferenciado para os que laboram nestas regiões. Quanto ao tratamento diferenciado, para se resguardar a segurança nacional, progresso e nacionalização, entende o STF, in verbis:

Agravo regimental. - Não tem razão o agravante. Com efeito, ainda quando se pretendesse que "zona de fronteira" tem que ter necessariamente o mesmo sentido de "faixa de fronteira" que o artigo 20, § 2º, da Constituição considera fundamental para a defesa do território nacional, devendo sua ocupação e utilização ser reguladas em lei, é evidente que a lei poderá dar tratamento diferenciado a áreas situadas nesta "faixa de fronteira" em razão até da avaliação da necessidade de povoamento, para fins de defesa nacional, em umas e não em outras a justificar, ou não, a concessão de benefícios para a sua ocupação e utilização, ocupação e utilização essas que, por isso mesmo, foram deixadas para ser reguladas por lei. Agravo a que se nega provimento.⁷

⁶ Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 1269

⁷ (STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 400.975/RS, rel. Min. Moreira Alves, j. em 25/03/2003).

E o legislador, reconhecendo as condições desumanas vivenciadas pelos servidores, visando a permanência destes na fronteira, concedeu por meio do art. 71 da Lei 8.112/90, o direito ao recebimento do adicional de penosidade. Tal adicional deveria ter seus termos e condições para o recebimento, fixados por meio de regulamento, o que por conveniência da Administração Pública não foi feito.

Embora tenha ocorrido a omissão pelo Estado, acerca da elaboração do regulamento, a Procuradoria-Geral da República, por meio de uma portaria (633/2010), regulamentou o adicional de atividade penosa em favor dos servidores que integram o quadro do Ministério Público da União, atestando que se caracteriza como zona de fronteira a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura ao longo das fronteiras terrestres.

É imperiosa a compreensão de que o artigo 71 da lei em comento não corresponde a uma medíocre norma-programa, onde é de faculdade da Administração Pública a sua efetividade. Mas sempre que possível, privilegia-se a *mens legis* em desfavor do gestor público, em tributo ao Estado de Direito e ao Dever da Administração Pública, a qual deverá desempenhar com exatidão as disposições legislativas, sob pena de postergar a supremacia do interesse público. Atentem-se que todo poder emana do povo que o desempenha por meio de seus representantes; logo, provem do interesse público que seja criado o regulamento previsto no art.71 da Lei 8112/90 ou que se aplique a portaria 633/2010 de forma análoga, a fim de se garantir a execução do direito ao adicional de penosidade, por exercer atividade laborativa em zona de fronteira.

Cabe salientar que a implantação do adicional não dispõe de um ato discricionário da Administração Pública, onde ela decide por conveniência financeira quando criar o regulamento, mas, sobretudo, uma obrigação administrativa.

O que se exige, portanto, é a utilizar outros meios previstos em lei para sanar a lacuna legislativa, constituir a definição de fronteira e a fixação do *quantum* devido.

3. DA LACUNA LEGISLATIVA

Quase toda maioria dos servidores públicos federais, infelizmente não recebem o adicional de penosidade por não haver o regulamento que contenha os termos, condições e limites, sendo esta a razão, ou melhor, a desculpa para o não cumprimento do texto legal compreendido no art. 70 e 71 da Lei 8.112/90. Pode-se afirmar, portanto, que os funcionários estão sendo vítimas das conseqüências de uma lacuna legislativa

A expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema, ou, como diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica.⁸ Em casos de lacuna, os aplicadores do direito tem uma certa permissão de desenvolver o direito dentro de certos limites.

Nessa toada, entende Maria Helena Diniz, vejamos:

Assim sendo, em caso de lacuna, a norma individual completante do sistema jurídico não é elaborada fora dele, pois o órgão judicante como logo verá, ao emití-la, terá que se ater aos subconjuntos valorativo, fático e normativo que o compõe.⁹

Ainda quanto a presente incompletude, é notório que há solução expressa no art. 4 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, *ipsis litteris*: Quando a Lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. E ainda no art. 126 do Código de Processo Civil:

O Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No Julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Ou seja, a existência de lacuna acerca dos termos, condições e limites para a concessão do adicional, poderá ser sanada, todavia, caberá ao aplicador do direito, neste caso a própria Administração Pública (via administrativa) ou o magistrado (via judicial), a

⁸ Citação de Larenz, Metodologia, cit., pag.295. Vide, ainda Eduardo García Maynez, Lógica, cit. Pag.36, e Paulino J. Soares de Souza Neto, Cadernos de direito civil, Rio de Janeiro, 1954 v. 1, p.193 introdução)

⁹ Diniz, Maria Helena, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, 2011, 16 edição, Editora Saraiva, Pag. 115.

utilização de norma, analogia e princípios do direito, estando a sua aplicação restrita a valores, fatos e a lei.

A omissão Estatal em elaborar o regulamento, pode ser solucionada aplicando-se o instituto da auto-integração, por meio da analogia, que de acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade de fato.¹⁰

Portanto, para resolver a questão é possível fazer analogia com a portaria 633/2010 como será exposto a seguir.

3.1. A analogia com a portaria 633/2010 da procuradoria geral da república

É sabido que a negligencia em regular, não pode ser fundamento para se coibir o exercício de um direito previsto em lei. Logo, o fato de o Chefe do Poder do Executivo ter se omitido do dever que a lei lhe impôs de promover a regulamentação dos termos do art. 71 da Lei 8.112/90, não pode ser motivo da sua inaplicação.

Visando resolver tamanha omissão, a Procuradoria Geral da República implantou aos integrantes das carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União a portaria 633/2010. Tal portaria foi um ato administrativo utilizado para explicar e fixar os termos do art. 71, da Lei 8.112/90, salientando as minúcias não abrangidas pela norma geral, possibilitando desta forma a execução do texto legal, o que se trata de um tremendo acerto.

Deste modo, é possível afirmar que a aplicabilidade da mencionada portaria é justa e legal, em decorrência de duas situações: primeiramente, por o Chefe do Poder Executivo ter a faculdade de delegar atribuições mencionadas no inciso VI, do ¹¹art. 84 da Constituição

¹⁰ Diniz, Mari Helena, *As Lacunas do Direito*, 1997, 4ª edição, Editora Saraiva, pag.139

¹¹ Art. 84,CF. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de Órgãos Públicos;

Federal, fundado no princípio da descentralização. E segundo, por a portaria ser um ato administrativo com as mesmas funções designadas a um regulamento.

2.2 A POSSIBILIDADE DE DELEGAR ATRIBUIÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, FUNDADA NO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO.

No que tange as atribuições competentes do Chefe do Poder Executivo, ou seja, do Presidente da República, estas são irrenunciáveis, salvo os casos de delegação e avocação legalmente atribuídos, conforme prevê o art. 11 da Lei 9 784/1999,:

Assim, o art. 84, parágrafo único profere que o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República, ou o Advogado Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas atribuições.

Como pode ser visto, é permitida a delegação à Procuradoria Geral da República, assegurando desta forma, a aplicabilidade do art.71, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais e desafogar o Chefe do Poder do Executivo. Ou seja, o princípio da descentralização é um meio simples de descongestionamento da Administração. Nesse sentido Hely Lopes Meirelles conceitua o princípio da descentralização como, in verbis:

Descentralizar, em sentido comum, é afastar do centro; descentralizar, em sentido jurídico-administrativo, é atribuir a outrem poderes da Administração. (...) A descentralização administrativa pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou de utilidade pública.¹²

Ou seja, de acordo com a previsão constitucional e doutrinária é cabível que o Presidente delegue a atribuição de regulamentar os termos e condições do art.71, da Lei 8.112/90 à Procuradoria Geral da República. Consequentemente, a aplicação da portaria 633/2010 está em plena consonância com o dispositivo legal. É válido ressaltar que a

parágrafo único – O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII E XXV, primeira parte, Aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da república, ou o Advogado geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas atribuições.

¹² ¹² Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 33 ed. São Paulo, pag. 746

previsão do recebimento do adicional está previsto em Lei, e que a portaria em comento só estabelece os termos e condições para a concessão do adicional.

2.3 A EQUIPARAÇÃO DO REGULAMENTO E DA PORTARIA

O adicional de atividade de fronteira, conforme previsão do art. 71 da Lei 8.112/90 prevê que os termos e as condições serão fixados em regulamento.

Consoante com o que foi mencionado no item anterior, o regulamento possui as mesmas funções/finalidades designadas a portaria. Isto posto, é legal a aplicação da Portaria 633/2010 para regular os termos do artigo que concede o pagamento do adicional de penosidade.

Vejamos então.

O regulamento trata-se de um ato administrativo que não provém dos Órgãos Legislativos, mas decorrente da própria Administração Pública, por meio do Chefe do Poder Executivo, com a finalidade de especificar os comandos legais ou efetivar o cumprimento do texto legal disciplinando situações que não foram disciplinadas.

Neste ínterim, Hely Lopes Meirelles conceitua regulamento como “*atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por Lei*”.¹³

Nesta mesma toada, Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua regulamento como, in verbis:

... ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.¹⁴

É válido mencionar que a portaria consiste na mesma função designada ao Regulamento, todavia o que a diferencia é que ao invés de autoridade regulamentadora ser o

¹³ Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 33 ed. São Paulo, pag. 181.

¹⁴ De Mello, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 20 ed. São Paulo, pág 317.

Chefe do Poder Executivo, na Portaria passa a ser as demais Autoridades, que possuem competência inferiores.

Confirmando a equiparação da portaria com o regulamento, Maria Sylvania Zanella Di Pietro explana que a portaria é uma “forma de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanadas de autoridades outras que não o Chefe do Executivo”¹⁵. Com o mesmo entendimento discursa, Celso de Mello, *ipsis litteris*:

Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, as instruções, portarias, resoluções, regimentos, ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que, na pirâmide jurídica alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores.¹⁶

Dentro desta perspectiva, é compreensível, legal e possível a aplicação da portaria 633/2010, de forma análoga. Destarte, prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Para sanar a presente lacuna legislativa, é necessária a aplicação da analogia. O doutrinador, Arruda Alvim relata que:

a analogia representa uma técnica de auto-integração do Direito, porque decorre de uma lógica interna, que se contém no próprio ordenamento jurídico[...] que é o próprio ordenamento jurídico que, por meio de princípio lógico, permite que seja encontrada a solução para um determinado caso que o sistema positivo não resolve expressamente.¹⁷

Com esse entendimento, é possível afirmar categoricamente que é cabível a aplicação de analogia para sanar a lacuna legislativa, que neste caso, se restringe em aplicar os termos e condições para o recebimento do adicional em comento previstos na portaria 633/2010 e estender a todos os servidores públicos federais lotados em zona de fronteira o direito ao recebimento do adicional de penosidade.

¹⁵ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, 17 ed., São Paulo, pág. 224.

¹⁶ De Mello, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 20 ed. São Paulo, pág. 343

¹⁷ Alvim, Arruda, *Manual de Direito Processual Civil*, Volume 1, 12 ed. São Paulo, pág 153.

III.IV - DO DESRESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana ao ser transcrito no art. 1º, III,¹⁸ da Carta Magna, teve como finalidade considerá-lo como um dos princípios basilares da República Federativa do Brasil. Ele é considerado como o nosso valor constitucional soberano, o núcleo axiológico da Carta Magna Brasileira, ele é simplesmente o veículo para a concretização material dos direitos fundamentais.

Confirmando este entendimento, Celso Bastos considera que tal princípio foi inserido no art. 1, visando sugerir “[...] que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”.¹⁹

E para que essas pessoas sejam abrangidas por essa dignidade é primordial o reconhecimento de um espaço de integridade moral a ser resguardado a todos tão somente por sua simples existência no mundo e isso é garantido constitucionalmente.

Portanto, o homem deve ser visto como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem. O filósofo Immanuel Kant conceitua que:

O homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, **não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.** Pelo Contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros serem nacionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. (grifos nossos)²⁰

Conclui-se então, que o homem não pode ser considerado só como meio para o uso da vontade/instrumento de outrem, mas deve ser visualizado com o fim. A Administração Pública ao não pagar o adicional de penosidade aos seus servidores, evidencia que os utiliza como meio para assegurar a segurança, o desenvolvimento e nacionalização dessas regiões, não se importando o sofrimento suportado proveniente do labor dessas áreas. O desrespeito

¹⁸ 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: III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁹(BASTOS apud TAVARES, 2010).

²⁰KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68.

da Administração Pública ao princípio em comento fica ainda mais claro quando justifica a mora na aplicação dos direitos desses servidores, na lacuna legislativa que é decorrente da própria inoperância em regular.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos principais desta república, e se é uma das finalidades do Estado fornecer as condições mínimas para garantir uma vida digna de seus cidadãos, e ele não fornece, resta comprovada o desrespeito a tal princípio constitucional.

Destarte, a consolidação da dignidade humana sinaliza o reconhecimento de que todo servidor possui o direito de ser incluído na condição de verdadeiro cidadão. Isto posto, é inaceitável a inefetividade do princípio a estes que laboram em locais considerados nocivos à sua saúde ou à sua integridade física ou mental.

Logo, subtrair direitos é diminuir o homem, o que significa restringir a sua fiel condição de ambicionar uma vida satisfatória em toda a sua integralidade. Assim sendo, é completo desrespeito ao princípio da dignidade humana e é ilegal a prática de não conceder o adicional de penosidade, o qual tem a finalidade de garantir condições melhores de vida para os servidores, tornando suas vidas dignas.

III.V - A OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A ofensa ao princípio da isonomia, acerca do tema, ocorre em duas dimensões de igualdade: a ofensa a igualdade perante a lei e ofensa a igualdade na lei.

Sabidamente, Eduardo Sabbag explica sucintamente o conceito da igualdade perante a lei, in verbis:

Aqui a igualdade não vem regular uma situação, levando-se em conta as condições pessoais dos sujeitos envolvidos, mas, em uma lógica estritamente formal, servir como imperativo de hipoteticidade da norma jurídica²¹.

Posteriormente, o mesmo Autor conceitua a igualdade na Lei:

²¹ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 5 ed. São Paulo: Saraiva 2013, pag. 136.

A Igualdade na Lei (ou através da Lei), por sua vez, é diferente dimensão da isonomia, que se volta ao legislador, a fim de que este institua a norma com respeito ao imperativo corrente de que os iguais deverão ser igualmente tratados, enquanto os desiguais, na medida da suas dessemelhanças, deverão diferentemente sê-lo²².

Posto isto, vejamos.

Os servidores públicos federais do Ministério Público da União que estão lotados em região fronteira, embora sejam iguais a qualquer outro servidor público que labore na fronteira, eles são beneficiados com a concessão do adicional em discussão.

Conclui-se, portanto, que a Administração Pública ao adotar a concessão de um determinado direito à um grupo (servidores Públicos federais do Ministério Público da União da fronteira), sem que houvesse qualquer correspondência lógica-racional de discriminação com os demais (qualquer servidor público federal da fronteira) fere diretamente ao princípio da Isonomia, pois trata de forma desigual, os iguais, gerando desigualdade ao invés da igualdade.

Assim, o justo e legal é expandir a concessão do adicional aos demais servidores, a fim de propiciar a todos os servidores condições para exercerem a sua dignidade.

Porém, a isonomia também é insultada no que se refere a igualdade na Lei, pois não trata de forma desigual os servidores desiguais (servidor da fronteira), embora a condição a qual eles estão submetidos exija tal discriminação.

Neste ínterim, traz Rui Barbosa a tão conhecida idéia da igualdade relativa, a qual versa que a igualdade relativa é aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam.²³

Compreende-se, portanto, que não tratar de forma desigual os servidores da fronteira, é veicular uma reprovável desigualdade ao invés da isonomia, o que evidencia o insulto ao princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, enquanto não for sanada tamanha arbitrariedade e injustiça, o texto contido no art. 5, caput, da Constituição Federal Brasileira, não passará de meras palavras.

²² SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 5 ed. São Paulo: Saraiva 2013, pag. 136-137.

²³ BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. São Paulo: [s.e] Arcádia, 1944, pp.10-11

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho ficou evidenciado o direito do servidor público federal em perceber o adicional de penosidade, conforme o teor do artigo 71 da Lei 8.112/90, por laborar em região fronteiriça.

Compreende-se, portanto, que fronteira é a faixa de cento e cinquenta quilômetros de largura, no decorrer dos limites terrestres com outros países. Que nessa área a Administração Pública lota servidores com o intuito de se ocupação, a fim de se assegurar a defesa e segurança do território nacional, sendo o progresso e a nacionalização conseqüências da ocupação.

Restou demonstrado que embora o funcionário publico federal labore na região cumprindo com o objetivo determinado à ele, a Administração pública não o indeniza, sob fundamento de ausência de regulamento. Todavia, ficou delineado que é perfeitamente possível a concessão do adicional de penosidade, pois embora ocorra a mora legislativa em elaborar o regulamento previsto no art. 71, da Lei 8.112/90, a analogia e princípios podem sanar a lacuna existente.

Verificou-se que a portaria 633/2010 atende as necessidades para a fixação dos termos, condições e limites para a concessão do direito. E o fato dela ter sido emitida pelo Procurador Geral da República, não se perde a sua legalidade, respaldada no principio da descentralização.

Ficou claro que a inaplicabilidade do texto legal ofende diretamente princípios constitucionais. Portanto, é justo e legal a concessão do adicional de penosidade aos servidores que são lotados em áreas de fronteira.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvim, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: [s.e] Arcádia.

Citação de Larenz, Metodologia, cit. Vide, ainda Eduardo García Maynez, Lógica, cit., e Paulino J. Soares de Souza Neto, Cadernos de direito civil, Rio de Janeiro).

Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Constituição da República Federativa do Brasil. 46 ed., São Paulo: Editora Saraiva.

De Mello, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo.

Diniz, Mari Helena. **As Lacunas do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva.

Diniz, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 16 edição, São Paulo: Editora Saraiva.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70.

MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. São Paulo.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5 ed. São Paulo: Saraiva.

(STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 400.975/RS, rel. Min. Moreira Alves, j. em 25/03/2003).

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.