

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão  
Secretaria de Recursos Humanos  
Departamento de Normas e Procedimentos Jurídicos  
Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas

**Nota Técnica nº 131/2010/COGES/DENOP/SRH/MP**

**ASSUNTO: Pagamento de substituição.**

**Referência:** [REDAÇÃO]

---

**SUMÁRIO EXECUTIVO**

1. Vem os autos a esta COGES/DENOP/SRH/MP, encaminhados pela Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda, solicitando análise e pronunciamento quanto ao caso que segue, conforme Despacho de fls. 12/13.

---

**ANÁLISE**

2. Trata-se de requerimento de pagamento de substituição, de interesse do servidor [REDAÇÃO], referente ao período de 05 a 15/02/2009, quando substituiu o Chefe de Serviço da Coordenação-Geral da Representação Extrajudicial da Fazenda Nacional, da Procuradoria da Fazenda Nacional.

3. Inicialmente cabe ressaltar que o servidor foi designado substituto eventual do Chefe de Serviço, DAS-101.1, em seus afastamentos e impedimentos legais, por meio da Portaria nº 436, DOU de **16/2/2009**. Todavia, o titular já se encontrava afastado do cargo desde o dia 6/2/2009.

4. A Administração, com vista a regularizar a situação, convalidou todos os atos praticados pelo servidor, que os praticou na qualidade de chefe de expediente, entre o período de 6 a 15/2/2009, por intermédio da Portaria nº 619, publicada no DOU de 22/03/2009, conforme fls. 07, sendo solicitado pelo servidor o pagamento da substituição relativo a este período convalidado.

4. Sobre o requerimento, a CGRH/MF, pronunciou-se por meio de Despacho às fls. 12/13, solicitando análise desta Coordenação, tendo em vista as dúvidas quanto ao pagamento pleiteado e destacando o pronunciamento desta COGES sobre a matéria por meio do Ofício nº 217/2003.

5. A substituição remunerada está prevista no art. 38 da Lei nº 8.112/90, que dispõe:

*“Art. 38. Os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial terão substitutos indicados no regimento interno ou, no caso de omissão, previamente designados pelo dirigente máximo do órgão ou entidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*

§ 1º O substituto assumirá automaticamente e cumulativamente, sem prejuízo do cargo que ocupa, o exercício do cargo ou função de direção ou chefia e os de Natureza Especial, nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância do cargo, hipóteses em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o respectivo período. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).”

6. Para que o servidor pudesse praticar os atos em nome da Administração, e para que os mesmos tenham validade, há que se observar os requisitos necessários à formação do Ato Administrativo, como bem disse o eminente Jurista Ely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 3ª Edição:

*“O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.*

(...)

1.2.1 Competência – Para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato – discricionário ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

*Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incompetente de sua prática, é invalidado, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. Daí a oportuna advertência de Caio de Tácito de que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito.*

(...)

*A revogação ou a modificação do ato administrativo deve obedecer à mesma forma do ato originário, uma vez que o elemento formal é vinculado tanto para sua formação quanto para seu desfazimento ou alteração.*

*A inobservância da forma vicia substancialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessária à sua perfeição e eficácia.”*

8. Assim, somente a partir do ato de designação formal o servidor substituo poderá praticar os atos em nome da Administração, devendo ocorrer a convalidação dos atos quando realizados por pessoas sem competência, conforme procedido por esse órgão por intermédio da Portaria nº 619.

9. Deve-se destacar que a publicação extemporânea de atos de designação por parte da Administração já foi objeto de exame da Consultoria Jurídica deste Ministério, por intermédio do PARECER/MP/CONJUR/SMM/Nº 1601-3.17/2008, que apresentou o seguinte entendimento:

“9. Para alguns doutrinadores, também com relação ao princípio da publicidade vige a máxima *pás de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade se não houver gravame. E assim, se a despeito de não ser realizada a publicidade de tal requerida pela ordem jurídica, **não se demonstrar prejuízo ao interesse público primário, nem mesmo à segurança jurídica, deve-se excluir a invalidação do ato como consequência necessária.**

(...)

11. É evidente que isso não autoriza o descumprimento do dever de divulgação dos atos administrativos ao argumento de que não haverá prejuízo para a sociedade. A regra é que a omissão de divulgação das ações estatais já causa prejuízo social, “mas, excepcionalmente, há situações em que as especificidades justificam a não invalidação como consequência da inobservância da publicidade, à luz do bem comum”.

(...)

20. Cabe ao Administrador Público a adoção dos cuidados visando demonstrar a excepcionalidade do contexto em que está sendo utilizada essa medida de convalidação do ato administrativo com vistas à segurança jurídica, uma vez que reconheça ser este o interesse público a ser protegido, neste caso concreto.”

10. Ainda sobre a matéria, a Consultoria Jurídica deste MP expediu a NOTA/MP/CONJUR/SMM/Nº 0252-3.10/2009, com o seguinte entendimento:

“3. A Coordenação Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas, em despacho de fls.56/64, consulta esta CONJUR/MP acerca da possibilidade de pagamento de substituição ao servidor que, por um lapso da administração, não teve a sua portaria de designação de substituto eventual publicada a tempo, somente tendo sido convalidados posteriormente os atos praticados enquanto substituto.

(...)

6. A nosso ver, esta é exatamente a situação dos presentes autos, onde a ausência de publicidade, por falha exclusiva da Administração, não acarretou qualquer prejuízo ao interesse público primário e à segurança jurídica, muito pelo contrário, a não convalidação do ato, ou a sua invalidação é que acarretará prejuízos à Administração.

7. Pelo exposto, corroboramos o entendimento da Secretaria de Recursos Humanos até aqui adotado, no sentido da inexistência de óbices jurídicos a que seja procedido o pagamento das substituições feitas pelo servidor, anteriormente à publicação de portaria de designação, bem como o entendimento de possibilidade jurídica de convalidação dos atos por ele praticados, em respeito aos princípios do interesse público e da segurança jurídica, ressaltando-se que, inclusive, este é o procedimento acolhido pela

*própria Advocacia-Geral da União, conforme demonstram atos publicados no Diário Oficial da União, de 7 de janeiro de 2009.”*

11. Desse modo, nos casos em que há ato designando servidor para substituir ocupante de cargo em comissão, mas por inércia administrativa, devidamente comprovada, a publicação é extemporânea, a retribuição pelo exercício da substituição será devida, desde a data da designação. Todavia, caso a designação da substituição tenha sido produzida após a vacância, impedimento ou afastamento do titular do cargo, o substituto somente fará jus à sua retribuição após a publicação do referido ato na imprensa oficial.

12. Deve-se destacar que não existe no ordenamento jurídico pátrio a figurado do “responsável pelo expediente”, lhes sendo indevido qualquer pagamento realizado a título de substituição.

## **CONCLUSÃO**

---

11. Isto posto, o entendimento dessa Divisão de Análise de Processo é de que compete a unidade de recursos humanos do Ministério da Fazenda analisar a situação fática e enquadrá-la entre as situações acima relatadas, para determinar se há ou não o dever de pagar a retribuição pela substituição requerida.

Brasília, 09 de fevereiro de 2010.

**TEOMAIR CORREIA DE OLIVEIRA**  
Chefe da Divisão de Análise de Processos

Estando de acordo com o entendimento da DIPRO/COGES/DENOP/SRH/MP, submeta-se a presente Nota Técnica à consideração superior.

Brasília, 12 de fevereiro de 2010.

**OTÁVIO CORRÊA PAES**  
Coordenador-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas – Substituto

Encaminhe-se à Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda para providências.

Brasília, 12 de fevereiro de 2010.

**VALÉRIA PORTO**  
Diretora do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais