

**PARECER JURÍDICO CONCLUSIVO ACERCA
DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO
PROTOCOLADO PELA SERVIDORA,
MATRÍCULA, NO SENTIDO DE QUE
SEJA EFETUADO O PAGAMENTO DA
REMUNERAÇÃO REFERENTE AO EFETIVO
EXERCÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DO CARGO DE
COORDENADORA DE BENEFÍCIOS - COBEN**

Victor Ximenes Nogueira, Advogado da União, Assessor Jurídico

PARECER CONJUR/MINISTÉRIO DAS CIDADES n°
/2008

PARECER JURÍDICO CONCLUSIVO ACERCA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PROTOCOLADO PELA SERVIDORA , MATRÍCULA , NO SENTIDO DE QUE SEJA EFETUADO O PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO REFERENTE AO EFETIVO EXERCÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DO CARGO DE COORDENADORA DE BENEFÍCIOS - COBEN, POR MOTIVO DE FÉRIAS DA TITULAR DO CARGO, NO PERÍODO DE 2 A 31 DE JANEIRO DE 2008.

Processo n° 80000.002703/2008-77

Versa o presente pronunciamento jurídico acerca do exame quanto à legalidade do deferimento da súplica da servidora , matrícula n.º , a qual ingressou com requerimento administrativo pugnando pelo pagamento da remuneração referente ao período em que efetivamente substituiu a titular do cargo de Coordenadora de Benefícios – COBEN, no período de 2 a 31 de janeiro no corrente ano.

2. O feito fora inaugurado pelo Memorando n.º 001497 da Coordenação-Geral de Recursos Humanos, oportunidade em que solicita a autuação do requerimento administrativo referido, fl. 01.
3. O requerimento aludido encontra-se acostado nas fls. 02/03 destes autos, ocasião em que é consignado pela servidora que a morosidade da tramitação da portaria que a designou como substituta nos casos de afastamentos ou impedimentos legais e regulamentares da titular do cargo de Coordenadora de Benefícios não pode ser considerado óbice para usufruir a remuneração referente ao período em que efetivamente exerceu a substituição.
4. Como se extrai dos documentos acostados nas fls. 04/06, o Memorando 020218, que indica a servidora suplicante como substituta do cargo de Coordenador, código DAS 101.3, é datado de 17 de dezembro de 2007, entretanto, a publicação

da portaria que efetivamente a designou para o exercício de tal atribuição apenas se deu em 21 de janeiro de 2008.

5. Pelo extrato de fl. 07, observa-se que a servidora, titular do cargo de Coordenadora de Benefícios, esteve de férias no período de 2 a 30 de janeiro.
6. A Coordenação-Geral de Recursos Humanos já se manifestou formalmente nos autos pela Nota Técnica n.º 30, fls. 10/11, concluindo que **“A publicação dos atos administrativos é pressuposto essencial para o início da produção dos efeitos jurídicos. A própria lei prevê a publicidade como premissa fundamental para que haja a produção dos efeitos, apenas dessa maneira o ato se torna executável. Assim sendo, primando pelo princípio da publicidade dos atos administrativos, esta Coordenação Geral entende que a servidora tem direito a perceber a substituição a contar da data de publicação do ato de designação, de 21/01/08 a 31/01/08, e não no período requerido, qual seja, 02/01/08 a 31/01/08”**, após o que encaminha o feito para que esta Consultoria Jurídica fixe a interpretação a ser conferida à matéria.
7. É o relatório
8. De logo, deve ser consignado que o presente pronunciamento jurídico encontra amparo no art. 11 da Lei Complementar n.º 73/1993, restringindo-se ao exame da legalidade, não sendo relevadas questões de ordem técnica e ou financeira por serem inerentes à análise de mérito administrativo.
9. Os Princípios são os núcleos do ordenamento jurídico, no sentido de que a partir de seu conteúdo são elaboradas as normas jurídicas. Analogicamente, os princípios são o alicerce que dá sustento ao edifício da ordem jurídica, sendo as vigas de onde decorrem o sistema, de modo que as normas que os contrariarem estão condenadas a declaração de inconstitucionalidade por afrontarem sua própria gênese, assim como um prédio construído em desconformidade com sua fundação está condenado à demolição.

10. Não por outra razão, o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo consignou em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, Editora Malheiros, 17^a Edição, p. 842, que afrontar um princípio é mais suscetível de consequências nefastas do que não observar uma norma jurídica:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”

11. No âmbito do Direito Administrativo, ramo classicamente enquadrado como integrante do Direito Público, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, delimita os princípios que regem a Administração Pública, sem prejuízo de outros decorrentes do espírito do sistema: Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência. Em complemento, a Lei n.º 9.784/99, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, assim determina:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

12. Ressalte-se que não há princípios absolutos, nem tampouco antinomia entre estes, sendo certo que eventual contradição entre referidos preceitos basilares deverá ser resolvida pela aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, posto que um princípio não revoga o outro, mas em situações de aparente conflito, um prevalecerá em face dos demais, sem revogá-los, a fim de que seja fortalecido o valor ou bem jurídico de maior relevância.

13. Pois bem, um dos principais vetores que deve nortear a atuação do hermenêuta é o art. 1º da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que o Poder Constituinte Originário estabeleceu os fundamentos da República Federativa do Brasil, merecendo destaque para o caso concreto aquele disposto no inciso IV, o qual exalta os valores sociais do trabalho:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

14. Como corolário de tal fundamento constitucional, podemos citar um dos Princípios que regem o Direito do Trabalho, qual seja, o Princípio da Primazia da Realidade, determinado que a realidade dos fatos deve prevalecer sobre os documentos ou as meras formalidades. Nesta senda, deve ser consignado que o Superior Tribunal de Justiça já consignou entendimento no sentido de que o princípio referido também se aplica na relação entre servidores e a Administração Pública:

SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS DO FGTS. INEXISTÊNCIA.

1. A declaração de nulidade de contrato de trabalho, por inobservância do art. 37, II, da CF/88 (ausência de concurso público), gera efeitos ex nunc, resultando para o empregado o direito ao recebimento dos salários e dos valores existentes nas contas vinculadas ao FGTS em seu nome.

2. O empregado não concorre diretamente para a prática de ato ilícito cometido pelo empregador, quando o contrata sem concurso público, afrontando o art. 37, II, da CF.

3. Aplicação do princípio da boa-fé e da primazia da realidade.

4. Precedente: Resp. 284.250/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

5. Recurso improvido.

(REsp 326.676/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.12.2001, DJ 04.03.2002 p. 196)

15. No caso concreto, verificamos que há uma aparente antinomia entre os Princípios da Publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, e o Princípio da Primazia da Realidade, núcleo basilar que rege as relações laborais, sejam contratuais ou estatutárias.

16. Nesta senda, partindo do pressuposto já estabelecido no sentido de que não há antinomias entre os princípios, mas apenas aparentes incompatibilidades que devem ser colmatadas pela aplicação dos preceitos da razoabilidade, tudo com o vis de fazer prevalecer os valores ou bem jurídicos considerados mais relevantes pelo ordenamento jurídico, entendemos que ao caso se aplica o disposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, devendo preponderar o Princípio da Primazia da Realidade em face do Princípio da Publicidade pelo fato de que aquele postulado melhor resguarda os valores sociais do trabalhos e a moralidade administrativa, os quais constituem fundamento da República Federativa do Brasil e Princípio da Administração Pública, respectivamente.

17. Deve ser relevado que a morosidade nos trâmites burocráticos necessários para a publicação da portaria de fls. 06 jamais poderá servir de argumento para impedir o deferimento da súplica da autora, posto que ninguém, inclusive a Administração Pública, pode beneficiar-se de sua própria torpeza, quanto mais quando se verifica que o Memorando 020218, que indicou a suplicante para substituir a titular do cargo de Coordenadora de benefícios, fl. 04, é anterior ao início do efetivo exercício das respectivas atribuições pela requerente.
18. Ademais, eventual entendimento em sentido contrário, além de desprezear os fundamentos inerentes aos valores sociais do trabalho, representaria afronta ao princípio que veda o enriquecimento ilícito e sem causa, nos termos de recente precedente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, mesmo se caracterizada a má-fé e a investidura ilegal no cargo público, deve o então servidor perceber a remuneração referente ao período em que efetivamente exerceu as respectivas atribuições:

“A má-fé do candidato à vaga de juiz classista resta configurada quando viola preceito constante dos atos constitutivos do sindicato e declara falsamente, em nome da entidade sindical, o cumprimento de todas as disposições legais e estatutárias para a formação de lista enviada ao Tribunal Regional do Trabalho - TRT. O trabalho consubstancia valor social constitucionalmente protegido [art. 1º, IV e 170, da CB/88], que sobreleva o direito do recorrente a perceber remuneração pelos serviços prestados até o seu afastamento liminar. Entendimento contrário implica sufragar o enriquecimento ilícito da Administração.” (RMS 25.104, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-2-06, DJ de 31-3-06)

19. Acerca da matéria, também deve ser relevado o disposto no art. 38 da Lei n.º 8.112/1990, notadamente seu § 2º:

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 automática 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)

§ 2o O substituto fará jus à retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, nos casos dos afastamentos ou impedimentos legais do titular, superiores a trinta dias consecutivos, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, que excederem o referido período.
(Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

20. Referido dispositivo legal, originariamente, previa que o servidor público designado para substituir o titular deveria perceber a remuneração do cargo desde o início do exercício, nos seguintes termos: “§ 2º O substituto fará jus à gratificação pelo exercício da função de direção ou chefia, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, observando-se quanto aos cargos em comissão o disposto no § 5º do art. 62”.
21. Entretanto referido parágrafo fora alterado por sucessivas Medidas Provisórias, que culminaram com a aprovação da Lei n. 9.257/1997, determinado que apenas após o trigésimo dia de exercício da substituição é que o servidor perceberá a remuneração referente ao cargo. Tal dispositivo fora apreciado por inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, o qual, seguindo a trilha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o considerou constitucional:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. AFASTAMENTO. SUBSTITUIÇÃO. PAGAMENTO AO SUBSTITUÍDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.522/97 E LEI Nº 9.527/97. INCIDÊNCIA.

1 - Nos termos do entendimento sufragado pelo STF, no caso de sucessivas reedições de Medida Provisória, sem solução de continuidade, a sua eficácia resta incólume, com força de lei.

2 - Sendo assim, no concernente à substituição, prevista no art. 38, §2º, da Lei nº 8.112/90, prevalece a alteração engendrada pela MP nº 1.522/97, consolidada, mais tarde, na Lei nº 9.527/97, **no sentido de que o substituto somente terá direito “à retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, nos casos de afastamentos ou impedimentos legais do titular, superiores a trinta dias consecutivos, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, que excederem o referido período”, condição temporal, aliás, não ocorrente in casu.**

3 - Recurso improvido.

(RMS 11.343/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 12.11.2002, DJ 02.12.2002 p. 369)

ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO ART. 38 DA LEI 8.112/90. MP 1.522/96, REEDITADA ATÉ A MP 1.595/97, CONVERTIDA ESTA NA LEI 9.527/97. EFICÁCIA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI 9.527/97 DESDE DA PRIMEIRA MP. PRECEDENTES DO STF.

1. Com a edição da MP 1.522/96, passaram os servidores públicos federais a terem direito à gratificação de substituição a contar do trigésimo dia da substituição do titular, e não mais a contar do primeiro dia, conforme era a redação original da Lei 8.112/90.

2. A jurisprudência do STF admite a reedição de Medida Provisória não votada pelo Congresso Nacional, com preservação de eficácia do provimento com força de lei, sem solução de continuidade, até que eventualmente se consume, sem reedição, o seu prazo de validade, ou seja ele rejeitado.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 255.890/RN, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 03.10.2000, DJ 06.11.2000 p. 219)

22. No caso concreto, apesar da Portaria de designação ter sido publicada apenas em 21 de janeiro de 2008, fl. 06, observamos

que a substituição efetivamente se deu entre os dias 02 a 31 de referido mês, portanto por período inferior aos trinta dias previstos em lei.

23. Assim, como a servidora suplicante não exerceu as atribuições do cargo por mais de trinta dias, poderá livremente escolher entre sua remuneração ou àquela referente cargo de Coordenadora de Benefícios, código 101.3, a que lhe for mais conveniente.

24. O entendimento ora advogado, no sentido de caber ao servidor a opção pela remuneração que lhe aprouver, além de consagrar os valores sociais do trabalho, o princípio da primazia da realidade, bem como a vedação ao enriquecimento ilícito e sem causa, encontra amparo no Ofício-Circular n.º 01/SRH/MP em anexo, de 28 de janeiro de 2005, portanto, posterior à vigência da Lei n.º 9.257/97, encaminhado pelo Ministério do Planejamento, segundo o qual, literalmente:

“2. O servidor no exercício da substituição acumula as atribuições do cargo que ocupa com as do cargo para o qual foi designado nos primeiros 30 dias ou período inferior, fazendo jus à opção pela remuneração de um ou de outro cargo desde o primeiro dia de efetiva substituição. Transcorridos os primeiros 30 dias, o substituto deixa de acumular as funções, passando a exercer somente as atribuições inerentes às do cargo substituído percebendo a remuneração correspondente.

3. Significa dizer que nos primeiros 30 dias de substituição, haverá acumulação de funções (cargo exercido pelo substituto com as do cargo do substituído), com direito a retribuição a partir do primeiro dia de substituição, devendo, nos termos do § 1º do art. 38 da Lei n.º 8.112, de 1990, optar pela remuneração que lhe for mais vantajosa.

4. Consoante § 2º do art. 38 da Lei n.º 8.112, de 1990, transcorrido o prazo de 30 dias de substituição, o substituto deixa de acumular as funções e passa a exercer somente as atribuições inerentes às do cargo substituído, percebendo a retribuição correspondente.”

25. Isto posto, considerando as razões de fato e de direito expostas e os precedentes jurisprudenciais colacionados, entendemos

que deve ser assegurado a servidora a opção pela remuneração de um dos cargos, a seu critério, durante todo o período em que efetivamente exerceu as atribuições de Coordenadora de Benefícios, compreendendo, inclusive, o lapso temporal anterior à publicação da portaria de fl. 06, tudo considerando que deve prevalecer o Princípio da Primazia da Realidade em face do Princípio da Publicidade, com esteio nos valores sociais do trabalho, elevados a categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, considerando, ainda, a vedação ao enriquecimento ilícito e sem causa, bem como o disposto no art. 38 da Lei 8.112/90, o Ofício-Circular n.º 01/2005 da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

É o parecer.

Brasília, março de 2008.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

De acordo.

De acordo. Remeta-se à CGRH.

Brasília, março de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico