

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

CARGO — VACÂNCIA — RESPONSÁVEL PELO EXPEDIENTE

— A figura do “responsável pelo expediente” não é incompatível com o art. 73 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União e o período de exercício deve ser remunerado.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República

Processo PR-1 634/79

Parecer n.º M.010, de 13 de fevereiro de 1979

“Aprovo. Em 24.2.79” (Encaminhado ao Gabinete Militar em 7.3.70)

PARECER: M-010

O Assistente Jurídico do Ministério do Exército, Dr. Francisco Simas Pereira, requereu, com fulcro nos arts. 72 e 73 da Lei n.º 1 711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União), o pagamento da diferença de vencimentos relativo ao período em que esteve respondendo pelo expediente da Consultoria Jurídica daquele Ministério.

Consta dos autos ter sido o interessado designado para “responder pelo expediente” do Órgão, a partir de 1.º de dezembro de 1977, em virtude da exoneração do titular, Dr. Nelson Pecegheiro do Amaral, situação que perdurou até 29 de março de 1978, quando tomou posse no referido cargo de Consultor Jurídico o Dr. Antonio José de Lima Guimarães. Salienta, ainda, o requerente, que esteve no gozo de férias de 30 de janeiro a 28 de fevereiro do mesmo ano.

A matéria foi exaustivamente examinada pelo Departamento Geral do Pessoal, que entendeu legítima a pretensão, sob o fundamento de ser vedada a prestação de serviços gratuitos, consoante expressa determinação legal (art. 4.º da Lei n.º 1 711/52). Reforça a convicção com o tratamento dado ao substituto, no caso de vacância do cargo, pelo Decreto n.º 48 737 de 4 de agosto de 1960.

Solicitada a audiência do DASP, respondeu este carecer de amparo legal o pedido, assinalando que

“(…) é mansa e pacífica a jurisprudência administrativa no sentido de a designação para responder pelo expediente não constituir forma de provimento admitida em lei, sendo portanto inviável sua retribuição, o que se comprova com a manifestação do Dasp a respeito (...)” (grifei).

O pronunciamento juntado ao processo, como peça de instrução, é o parecer emi-

tido pela sua Secretaria de Pessoal Civil, em 6 de janeiro de 1977, onde se lê:

“Com efeito, este Departamento tem afirmado, inúmeras vezes, que a *designação para responder pelo expediente não constitui forma de provimento admitida em lei*, sendo, portanto, inviável sua retribuição, conforme parecer do Dasp n.º 720/58, DO de 13 jan. 1959; 8 702/64, DO de 6 jan. 1965; e 6 999/74, de 29 nov. 1974 e formulação 63.

No pronunciamento emitido no Processo n.º 7 107/68, publicado no DO de 14 jan. 1969, este Órgão afirma que se “quisse entender o ato de designação, neste caso, como ato designativo para o exercício interino de função tal não seria possível porque, para este, faltou o consecutivo: a posse”.

E continua o pronunciamento afirmando que o “funcionário designado para responder pelo expediente de uma repartição está investido das mesmas responsabilidades do titular da Chefia ou seu substituto e, como tal, devia gozar dos mesmos direitos outorgados a estes.

Ocorre, todavia, que o pagamento de vantagens só poderá ser feito com fundamento em dispositivo legal e, assim, não estando a espécie prevista *em lei*, não há como admitir ao interessado direito à gratificação objeto da consulta.”

Retornando o processo ao Ministério do Exército, falou a sua douta Consultoria, em parecer subscrito pelo Dr. Antonio José de Lima Guimarães, através do qual discorda das conclusões do Dasp, ao advertir, inicialmente, para o obrigatoriedade do cumprimento da designação, sob pena de afetar a continuidade dos serviços, aliada ao acréscimo de responsabilidade decorrente das funções superiores. Considera a hipótese abrangida pelas normas que cuidam da substituição remunerada, citando, no particular, o Parecer n.º 108-X, da lavra do eminente Ministro Themistocles Brandão Cavalcanti. Finali-

za reconhecendo a necessidade de ser ouvida esta Consultoria-Geral da República, dada a natureza da matéria.

Atendendo à sugestão, ínsita na Exposição de Motivos n.º 019-CH/GM, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República fez transmitir o processo a este Órgão para opinar a respeito. Nos termos do que dispõe o art. 21 do Decreto n.º 58 693, de 22 de junho de 1966, foi requerida a audiência prévia da ilustrada Consultoria Jurídica do Dasp, manifestando-se o eminente Dr. Luiz Rodrigues:

“Inicialmente, cumpre-me ressaltar que não se trata de substituição, porquanto esse instituto, além de ser dependente de ato expresso, quando da inexistência de disposição regulamentar, somente ocorre ao se verificar o impedimento do ocupante do cargo, o que não se deu na espécie. Por outro lado, a figura do “responder pelo expediente” não constitui qualquer forma de provimento de cargo ou função pública.

O Decreto n.º 48 737, de 4 de agosto de 1960, trazido à baila para amparo da situação em foco, não tem aplicação ao caso, porquanto ali se prevê a hipótese de substituto anteriormente designado por autoridade competente e a ocorrência posterior da vacância do cargo. Caso, então, em que o substituto continua a exercer as atribuições inerentes ao cargo, como um agente de fato necessário, para evitar a acefalia do órgão.

Argumenta-se, também, com o disposto no art. 4.º da Lei n.º 1 711, de 1952, para não negar-se o pagamento da diferença pleiteada. A disposição legal citada não tem o alcance de legitimar situações que não observaram os requisitos essenciais, estabelecidos expressamente na legislação, para a constituição de obrigações contra o Estado. Conseqüentemente, esse argumento, ao meu parecer, não justifica e nem pode constituir respaldo jurídico para o pagamento pretendido.

Finalmente, vale ressaltar que os Órgãos técnico e jurídico deste Departamento têm, seguidamente, se manifestado contrários ao atendimento de pedidos idênticos.”

II

As reiteradas intervenções do Departamento Administrativo do Serviço Público, como visto, são uma prova da renovação sistemática de casos de designações dessa natureza. Apesar da orientação de caráter normativo, os diversos setores da Administração Pública insistem em expedir atos designatórios de servidores para “responder pelo expediente” de unidades cujos cargos de direção ficam vagos pela exoneração de seus titulares. Não parece traduzir, este comportamento, indisciplinada resistência às diretrizes do Órgão Central do Sistema de Pessoal. Tudo indica tratar-se de solução precária e transitória, exigida pela necessidade de não deixar repartições acéfalas, comprometendo a continuidade dos trabalhos.

Na realidade, como assinala o Dasp, não há previsão legal ou regulamentar para retribuir os encargos, posto que inexistente, no ordenamento específico, regra autorizativa da designação em comento. O Estatuto dos Funcionários não cuidou da hipótese. Tratou, tão-somente, da substituição, nos afastamentos dos titulares de cargos em comissão e de funções gratificadas, hoje integrantes do Grupo Direção e Assessoramento Superiores e Direção e Assistência Intermediárias. A possibilidade, também, de substituição para os ocupantes de cargos isolados foi revogada pelo art. 48 da Lei n.º 4 242, de 17 de julho de 1963.

A remuneração correspondente às substituições enunciadas foi objeto de tratamento na lei básica (sic):

“Art. 73. A substituição será automática ou dependerá de ato da administração.

§ 1.º A substituição automática será gratuita; quando, porém, exceder de 30 dias, será remunerada e por todo o período.

§ 2.º A substituição remunerada dependerá de ato da autoridade competente para nomear ou designar.

§ 3.º O substituto perderá, durante o tempo da substituição, o vencimento ou remuneração do cargo de que for ocupante efetivo, salvo no caso de função gratificada e opção.”

Não resta a menor dúvida que o legislador ordinário teve a intenção de abranger os casos de impedimento dos titulares, com o objetivo, incontestável, de fornecer à Administração os meios através dos quais os serviços não seriam afetados. Foi silente no tocante à vacância dos cargos, mesmo porque a normalidade administrativa indicava a desnecessidade da providência, sempre no pressuposto de que à exoneração das funções de confiança deveria suceder, de imediato, a nomeação respectiva, evitando-se a acefalia das atividades de direção ou assessoramento.

A realidade nos tem mostrado um outro ângulo. O que vem acontecendo, constantemente, ou por escassez de pessoal qualificado ou pela desmotivação salarial, ou, ainda, pelas restrições de natureza administrativa, é a inusitada dificuldade em prover determinados cargos de confiança. O Administrador, colocado perante o dilema de deixar o cargo vago, com prejuízo do bom andamento dos trabalhos, ou promover a designação de servidor, quase sempre elemento do seu Quadro e, não raro, capaz para responder pelo expediente, prefere optar por esta última hipótese, não obstante as censuras que são feitas ao procedimento.

A prova mais evidente de que o problema existe e de que já se procurou remediá-lo é a permissão contida no Decreto n.º 48 737, de 4 de agosto de 1960, no sentido de o substituto assumir os encargos no período de vacância. Diz a regra:

“Art. 1.º Ressalvados os casos em que houver disposição especial em contrário, as atribuições do cargo ou função que se vagar, no Serviço Público federal, serão exercidas pelo respectivo substituto que não for afastado por ato expresse, até que o novo titular assuma o exercício (Lei n.º 1 711, de 1952, arts. 12, IV, *a*, e 72).”

Parágrafo único. Aplica-se à situação prevista neste artigo, quanto a vencimentos ou remuneração, o disposto no art. 73 da Lei n.º 1 711, de 1952.”

A remissão feita ao art. 12, IV, letra *a*, do Estatuto, visou rotular a medida com a imagem de nomeação interina, em substituição. Mas a norma invocada cuida dessa nomeação no impedimento do ocupante efetivo de cargo isolado. Além de se tratar de hipótese diversa, já inexistente, na estrutura atual, o cargo isolado de provimento efetivo. Demais disso, foi proibida aquela espécie de substituição (art. 48 da Lei n.º 4 242/63) e revogada a figura da interinidade (art. 102 do Decreto-lei n.º 200/67). Assim, não vemos por que invocar a regra como justificativa da providência.

A proposição foi e é salutar. Não precisaria ter como respaldo o preceito referido. Ficaria muito mais ajustada ao ordenamento basilar se fosse constituída como desdobramento amplo do art. 73, e não apenas para os fins de remuneração, consoante declara o parágrafo único do art. 1.º do citado Decreto n.º 48 737/60. O fato é que sempre se teve uma visão distorcida do instituto da substituição, vinculando seus efeitos patrimoniais a certas condições impeditivas, como a falta de

posse e sua descaracterização como forma de provimento.

O art. 73 deve ser intepretado no conjunto das normas instituidoras do regime jurídico do funcionário, e não isoladamente, como preferem alguns — *Lex non est textus sed contextus*. O propósito do legislador foi, claramente, o de estabelecer duas espécies de substituição: automática ou dependente de ato. A sua preocupação quanto à maneira de remunerá-las ficou evidenciada nos §§ 1.º e 2.º. Seu intento estava comprometido com a regra do art. 4.º do mesmo Estatuto que veda a prestação de serviços gratuitos. Como poderia, ao mesmo tempo em que fixa esse princípio, negá-lo mais adiante, sem qualquer razão objetiva? Cabe ao intérprete investigar a procedência das normas em aparente conflito e dar-lhes aplicação lógica e coerente. Se o art. 73 cria a possibilidade de uma prestação de serviços estranha às obrigações do cargo do servidor, impondo-lhe maiores responsabilidades e tarefas, não seria justo entendê-lo em desfavor do art. 4.º. Mas isso não quis a lei, evidentemente.

A própria gratuidade da substituição automática é limitada ao período de 30 dias. Como já ficou esclarecido em pareceres desta Consultoria-Geral da República (Pareceres n.ºs 181-Z e H-205), a substituição automática é aquela que, por força legal ou regimental, está, de modo expresse, destinada a identificados ocupantes de chefias inferiores, vale dizer, os encargos de nível mais elevado a serem assumidos na substituição já são, *ex-vi* da norma declaratória, de responsabilidade do substituto. Mesmo assim restringe-se ao prazo de 30 dias que, se ultrapassado, motiva o pagamento da remuneração respectiva.

Nas substituições do art. 73, o princípio retributivo está muito mais ligado à efetiva prestação dos serviços, pela observância da regra do art. 4.º, do que, propriamente,

aos condicionamentos alegados, posto não constituírem elas, as substituições, forma de provimento nos moldes do art. 11, nem ensejarem a posse, tal como definida no art. 21. Portanto, se os requisitos não prevalecem como suporte da remuneração nas substituições, como exigí-los nos casos de “responder pelo expediente”? Argumentar-se-á que as substituições são figuras jurídicas previstas na lei, enquanto a forma de “responder” inexistente no ordenamento.

Como já acentuado, o art. 73 não esgotou as possibilidades de a Administração atender, temporariamente, às exigências de continuidade dos serviços públicos. Aliás, a projeção da substituição no caso de vacância, regulada no Decreto n.º 48 737, de 1960, resultou de fastidiosa análise do citado art. 73, em parecer desta Consultoria, da lavra do eminente Ministro Victor Nunes Leal, onde se reconheceu, com apoio na doutrina especializada, a viabilidade daquilo que se transformou na disposição do art. 1.º do Decreto em referência. A propósito, disse:

“As disposições do Estatuto dos Funcionários transcritas no início deste parecer não esgotam a disciplina jurídica da substituição de servidores públicos. Deve-se, pois, recorrer à doutrina para complementá-las, atendendo, sobretudo, à conveniência de se firmar a respeito uma orientação genérica, abrangente de todos os casos: impedimento, ausência ou vacância, substituição automática ou por ato específico” (Parecer n.º B-8).

E, mais adiante, afirma:

“Aplicando-se tais ensinamentos da doutrina aos casos regulados nos arts. 12, IV, alínea a, e 72 do Estatuto dos Funcionários, verifica-se que este último se refere à figura do suplente, e o primeiro, à do regente, ou encarregado, que é juridicamente assimilável ao suplente. Em nenhuma das hipóteses, portanto, se deve excluir o exercício do cargo, ou função,

em caso de vacância, porque isso, não havendo norma legal que o proíba, corresponde à essência do instituto da suplência, como da regência.

Tais conseqüências não se podem considerar vedadas pelo Estatuto, porque este não regulou, em toda extensão, o fenômeno da substituição de servidor público. Limitou-se a estabelecer algumas regras, tendo em vista, sobretudo, o regime de remuneração durante o período da substituição, sem excluir outras conseqüências jurídicas que pudessem resultar da configuração doutrinária da suplência e da regência, que são modalidade do gênero substituição.”

Não seria absurdo se, ao invés de prorrogar a substituição para fazê-la alcançar o período de vacância, instituisse o Decreto a figura do “responsável pelo expediente”, para atender a circunstâncias de emergência. Os motivos justificadores de ordem administrativa e o respaldo legislativo para o texto regulamentar seriam os mesmos. Além disso, há que se atentar para o fato de tratar-se de cargo de confiança, cuja designação é de livre escolha da autoridade que nomeia. O substituto, como se sabe, é sempre indicado pelo titular, ressalvada a hipótese da substituição automática. O afastamento deste último e a conseqüente assunção do primeiro, na forma do Decreto n.º 48 737/60, pode, em certos casos, restringir o primado da “livre-escolha”, que seria preservado se fosse admitida a solução em debate. Nada impede que as duas possibilidades coexistam, de sorte que quando houver substituto designado, este assumo a função no caso de vagar o cargo, e, quando não houver, que seja permitida a designação de um responsável, atendidas as qualificações legais, até a nomeação e posse do outro titular.

Aos que já exerceram as atividades, nessas condições, negar o pagamento da retribuição respectiva significaria descumprir

a disposição do art. 4.º que veda a prestação de serviços gratuitos, em prejuízo do funcionário e em desobediência do próprio art. 73 que não a admite, a não ser para a substituição automática e pelo máximo de 30 dias. Isso só seria possível em caso de proibição expressa. Como não há, e considerando a ocorrência da prestação dos serviços, por força de designação ministerial, ainda que por meio de ato não previsto na regulamentação específica, impõe-se o pagamento da diferença salarial.

Advirta-se, ainda, que atualmente as atividades de direção e assessoramento podem submeter-se ao regime trabalhista, onde o tratamento salarial obedece a parâmetros outros que realçam e prestigiam o trabalho efetivamente exercitado, consoante se infere da torrencial jurisprudência trabalhista.

Desta forma, a solução que entendemos necessária para obviar impasse desta natureza seria acolher-se, no âmbito da disciplina do Decreto n.º 48 737/60, a figura

do “responsável pelo expediente”, posto que não ofende, como visto, a legislação estatutária, mas, ao contrário, é perfeitamente ajustável ao incremento intencional, ínsito no art. 73.

Todavia, se o órgão encarregado da política de pessoal entender a medida inconveniente para a Administração, que a proíba em diploma da mesma natureza (decreto), inclusive com cláusula de responsabilidade dirigida aos agentes que venham a expedir tais atos. De qualquer sorte, ou a permissão ou a proibição devem constar de expressa norma regulamentar, dirimindo as dúvidas que persistem.

Quanto à pretensão dos presentes autos, entendemo-la cabível, razão pela qual opinamos no sentido do pagamento das diferenças salariais relativas ao período de efetivo exercício do cargo de Consultor Jurídico.

Brasília, 13 de fevereiro de 1979.

William Andrade Patterson, Consultor-Geral da República.