

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
Secretaria de Gestão Pública
Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal
Coordenação-Geral de Elaboração, Orientação e Consolidação das Normas

NOTA TÉCNICA Nº 08 /2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP

Assunto: Pagamento de Substituição de Ministro de Estado.

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Retornam os autos da Consultoria-Jurídica deste Ministério em face dos questionamentos relativos ao pagamento de substituição ao Secretário Executivo, quando do afastamento da sede, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, para exercer atribuições pertinentes às funções de Ministro de Estado em outro País.

ANÁLISE

2. Este Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal analisou a matéria, por intermédio da Nota Técnica n.º 395/2012/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, nestes termos:

5. Entretanto, embora aquele Órgão Setorial se posicione pela possibilidade do pagamento de substituição no caso em apreço, entendeu por necessário a submissão do caso a este Órgão Central do SIPEC, sobretudo que sejam respondidos os seguintes questionamentos:

a) ao se ausentar do país, estaria o Ministro de Estado da Justiça no exercício de suas atribuições?

b) as funções de estado do Sr. Ministro podem ser inteiramente "deslocadas" para território estrangeiro?

c) por uma questão de soberania e competência, quando se tratar de viagem ao exterior, estará o Exmo. Sr. Ministro de Estado - e também o servidor público ocupante de cargo em comissão - em missão e não no exercício de suas funções?

d) o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, ao se ausentar do país para participar de reunião com Ministros da Defesa, Interior, Justiça e Relações Exteriores da União das Nações Sul-Americanas - UNASUL, estará no exercício das atribuições do cargo, não podendo o seu eventual substituto, por isso, perceber remuneração correspondente?

e) o afastamento do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça da sede para exercer atribuições pertinentes a esse cargo gera pagamento de substituição à Exma. Secretária Executiva desta Pasta?

(...)

7. Da verificação cuidadosa dos questionamentos postos pela CGRH-MJ percebe-se que não são relativos propriamente à matéria/legislação de pessoal civil da Administração Pública Federal, matéria essa que é afeta às competências deste Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal. Em verdade, o que se extrai dos questionamentos é que eles exigem a análise das conseqüências jurídicas quando do afastamento do Ministro de Estado do País para participação em atividades relativas às funções inerentes ao próprio cargo.

8. Feitas essas considerações prefaciais, necessário citar os artigos. 38 e 39 da Lei 8.112/90. Vejamos:

Art. 38. Os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e ocupantes os 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.

§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.

§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.

Art. 39. O disposto no artigo anterior aplica-se aos titulares de unidades administrativas organizadas em nível de assessoria.

9. A afirmação de que o cargo de Ministro de Estado trata-se de cargo de natureza política encontra respaldo na definição do célebre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo, que nos permite compreender o alcance do vínculo que os Agentes Políticos mantêm com o Estado, o que reforça a ideia de que tal relação diferencia-se substancialmente da relação que os servidores públicos sustentam com o Estado. Cite-se:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais á organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *mínus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isto, candidatos possíveis á condução dos destinos da Sociedade.

10. Sob essa ótica, os agentes políticos desenham os destinos fundamentais do Estado, criando estratégias políticas consideradas necessárias e convenientes para que o Estado

atinja seus fins. Consoante expõe Carvalho Filho, tais agentes "não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito à prerrogativas e responsabilidade política". São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

11. Acerca do assunto, cite-se o Parecer AGU nº GQ-35, vinculante, que define bem a relação do cargo ora analisado, com a Lei 8.112/90, e que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, *in verbis*:

4. A Lei n. 8.112, de 1990, comina a aplicação de penalidade a quem incorre em ilícito administrativo, na condição de servidor público, assim entendido a pessoa legalmente investida em cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 2º e 3º. Essa responsabilidade de que provém a apenação do servidor não alcança os titulares de cargos de natureza especial, providos em caráter precário e transitório, eis que falta a previsão legal da punição. **Os titulares dos cargos de Ministro de Estado (cargo que no item de natureza especial) se excluem da viabilidade legal de responsabilização administrativa, pois não os submete a positividade do regime jurídico dos servidores públicos federais aos deveres funcionais, cuja inobservância acarreta a penalidade administrativa.** É que o processo disciplinar se destina "a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido" (art. 148 da Lei n. 8.112, de 1990).

12. Deste modo, sem adentrar em quaisquer questões jurídicas relativas à soberania ou deslocamento territorial das atribuições do cargo de Ministro de Estado quando do seu afastamento do País, nos parece que os afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares de que tratam o art. 38 da Lei nº 8112, de 1990 são aqueles constantes da própria Lei nº 8112, de 1990 e que exigem, *s.m.j.*, o afastamento das atribuições do cargo, mesmo quando se trate de cargo de natureza especial. No entanto, não se pode olvidar que não se afigura razoável e possível que o Ministro de Estado continue a exercer todas as funções inerentes ao cargo, quando ausente do País. Tal afirmação, somada à evidente necessidade de que as Pastas Ministeriais continuem a funcionar integralmente mesmo na ausência dos Ministros, leva à conclusão de que ocorre a substituição de fato, pelo Secretário Executivo, nesses afastamentos.

13. Por todo o exposto, faz-se necessário o encaminhamento dos autos à douta Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que analise a questão e, se assim entender necessário, também responda aos questionamentos expostos no item 5 desta Nota Técnica.

3. Por sua vez, a Consultoria-Jurídica deste Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do PARECER N.º 1826-3.7/2012/KNN/CONJUR/MP, se manifestou nestes termos:

(...)

11. A substituição encontra-se disciplinada no art. 38 da Lei n.º 8.112/90:

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.

§ 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.

§ 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.

12. Ou seja, o substituto, nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular, assumirá automaticamente a substituição, com acúmulo das funções do cargo em que ocupa nos primeiros trinta dias de substituição, fazendo, para tanto, jus à opção pela remuneração de um ou outro cargo desde o primeiro dia de efetiva substituição. Transcorrido o prazo de trinta dias, o substituto deixa de acumular as funções e passa a exercer somente as atribuições inerentes às do cargo substituído, percebendo a retribuição correspondente. Tal é o entendimento da Administração esposado no Ofício Circular n.º 01/SRH/MP, de 28.01.08.

13. Já o Ofício n.º 146/2005/COGES/SRH/MP regulamenta quais as hipóteses de afastamento, impedimento legal ou regulamentar, previstas na Lei n.º 8.112/90, a serem consideradas para efeito de substituição, sendo elas:

a) art. 77 - férias;

b) art. 95 - afastamento para estudo ou missão no exterior, conforme regulamento contido no Decreto n.º 2.794, de 1998;

c) art. 97 - ausências do serviço para doar sangue (um dia); alistamento eleitoral (dois dias); casamento, falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos (oito dias consecutivos);

d) art. 102 - participação em programa de treinamento regularmente instituído, conforme disposto no Decreto n.º 2.794, de 1998; júri e outros serviços obrigatórios previstos em lei; licença à gestante, à adotante e à paternidade; para tratamento da própria saúde; por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

e) art. 147 - afastamento preventivo (até sessenta dias, prorrogável por igual período); e

f) art. 149 - participar em comissão de sindicância (trinta dias, prorrogável por igual período); processo administrativo disciplinar ou de inquérito (sessenta dias, prorrogável por igual período)".

14. Para a Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Justiça, o caso em tela se insere na alínea "b" do Ofício n.º 146/2005/COGES/SRH/MP, mais precisamente na missão no exterior (art. 95 da Lei n.º 8.112/90). Para tanto, cita o Decreto n.º 1.387/95 que dispõe sobre as hipóteses de afastamento do país de servidores civis da Administração Pública Federal em que é previsto o afastamento por "*serviço ou aperfeiçoamento relacionado com a atividade fim do órgão ou entidade, de necessidade reconhecida pelo Ministro de Estado*" (art. 1º, IV).

15. Quanto a esta questão, temos que a Lei n.º 5.809, de 10.10.72, classifica as missões no exterior, quanto ao tipo, como: a) permanente, b) transitória e c) eventual e, quanto à natureza, como: a) diplomática, b) militar e c) administrativa. Dentre as hipóteses de missão considerada eventual - aquela em que não há mudança de sede ou alteração de lotação e limitada ao período de 90 dias - encontram-se a de *membro de delegação de*

comitiva ou de representação oficial (art. 6º, II) e em missão de representação, de observação ou em organismo ou reuniões internacionais (art. 6º, III):

"Art. 6º É eventual a missão na qual o servidor tem de permanecer em serviço, no exterior, em uma das seguintes situações, por período limitado a 90 (noventa) dias, sem mudança de sede ou alteração de sua lotação, sejam estas em território nacional, no exterior ou em navio:

I - designado para o exercício, em caráter provisório, de missão considerada permanente ou transitória;

II - membro de delegação de comitiva ou de representação oficial;

III - em missão de representação, de observação ou em organismo ou reuniões internacionais;

IV - comandante ou integrante de tripulação, contingente ou força, em missão operativa ou de adestramento em país estrangeiro;

V - em serviço especial de natureza diplomática, administrativa ou militar; e

VI - em encargos especiais."

16. Ao que parece, não há dúvidas de que o caso em exame encontra-se dentre as hipóteses consideradas para efeito de substituição. Aliás, nos casos de Ministros de Estado, a sua ausência do território nacional, por si só, implica na substituição pelo respectivo Secretário-Executivo.

17. Neste sentido, o Decreto n.º 6.532, de 05.08.08 que dispõe sobre "a substituição de Ministros de Estado em suas ausências do território nacional, nos seus afastamentos ou em outros impedimentos legais ou regulamentares", ao prever a investidura do Secretário-Executivo das funções de substituto do Ministro de Estado, assim preconiza:

"Art. 1º Na falta de nomeação presidencial específica, os Ministros de Estado serão substituídos, interinamente, em suas ausências do território nacional, nos seus afastamentos ou em outros impedimentos legais ou regulamentares, pelas seguintes autoridades:

I - os Ministros de Estado, titulares de Ministérios, Chefes da Casa Civil, da Secretaria-Geral, da Secretaria de Relações Institucionais e do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, e do Controle de Transparência, pelos respectivos Secretários-Executivos;"

18. Veja que, nos termos do dispositivo acima citado, há expressa previsão de substituição automática do Ministro de Estado pelo respectivo Secretário-Executivo quando a primeira autoridade estiver ausente do território nacional, além dos casos de afastamentos ou impedimentos legais e regulamentares.

19. No entanto, extrai-se que o ponto fulcral da controvérsia estaria no quanto disposto na Orientação Normativa SAF n.º 96, publicada no DOU de 06.05.91, in verbis:

ON n.º 96: "o titular de cargo em comissão não poderá ser substituído, nos termos do artigo 38 da Lei n.º 8.112, de 1990, durante o período em que se afastar da sede para exercer atribuições pertinentes a esse cargo".

20. Para a Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Justiça, tal normativo não se aplicaria aos agentes políticos, como é o caso do Ministro de Estado, mas tão apenas aos que possuem cargo em comissão *stricto sensu*.

21. De fato, a diferenciação conceitual realizada pela Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Justiça e pelo DENOP/MP entre agentes políticos e servidores públicos encontra-se em consonância com a doutrina mais balizada. Certo, ainda, que os

agentes políticos não estão sujeitos a diversas regras aplicáveis aos servidores públicos, mas há de atentar que as diferenciações se encontram, sobretudo, no campo da responsabilização administrativa, como mesmo apontado nas manifestações dos órgãos técnicos. Assim, a partir de uma interpretação sistemática, infere-se que a ON n.º 96/91, ao fazer referência direta ao art. 38 da Lei n.º 8.112/90, estaria a abranger os ocupantes de cargo de Natureza Especial, como é o caso do Ministro de Estado.

22. Não há porque pensar diferente já que o art. 38 da Lei n.º 8.112/90, ao dispor sobre a substituição, não diferencia a aplicação do instituto entre *os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*.

23. Importante, entretanto, analisar a correta interpretação da citada Orientação Normativa n.º 96/91. Nesta linha, cabe observar que o próprio DENOP, por meio da citada Nota Técnica n.º 55/CGNOR/DENOP/SRH/MP, já havia analisado caso de pagamento de substituição em decorrência de afastamento de servidor do país, semelhante ao posto em exame, pela qual assim concluiu:

"6. A leitura combinada do artigo 38 com a Orientação Normativa n.º 96/91 denota claramente que, para efeito de pagamento de substituição, são considerados suficientes os afastamentos, impedimentos legais e regulamentares, da Lei 8.112/90, com a ressalva de que somente ensejarão tal pagamento quando o titular afastado não estiver exercendo as atribuições do próprio cargo à distância. Desta feita, é possível afirmar que a regra geral estatui que as substituições decorrentes das situações previstas pela Lei 8.112/690 devem ser Remuneradas. Todavia, vale a específica ressalva de que, se o titular de seu cargo estiver exercendo suas atribuições de origem em lugar diverso, não deverá haver pagamento de substituição.

7. A efetiva comparação entre as atividades exercidas durante o deslocamento do servidor somente pode ser efetuada pelo órgão de gestão de pessoal local, com vistas à correta definição a respeito do pagamento ou não ao substituto determinado."

24. Ou seja, para o DENOP é preciso analisar a situação fática. O pagamento de substituição é devido, em regra, quando dos afastamentos, impedimentos legais e regulamentares de que trata a Lei 8.112/90, salvo se o titular estiver exercendo as atividades inerentes ao seu cargo à distância.

25. Infere-se que a ON SAF n.º 96 veio a evitar a "duplicidade de autoridade", ou seja, que duas autoridades tenham concomitantemente competência para exercer os mesmos atos, já que a lógica da substituição pressupõe que o substituto só poderá exercer a função de titular quando este não a esteja exercendo. Assim, também se evita os diversos abusos quanto ao pagamento da substituição, dentre eles aquele baseado na interpretação de que o simples afastamento do titular da sede ensejaria o direito à percepção do adicional pelo substituto. Daí conclui-se que, nos casos em que o titular, mesmo fora de sua sede, possa exerça suas atividades sem qualquer prejuízo, a substituição restaria prescindível e, por conseguinte, não seria devido o pagamento.

26. Tal qual como dito pelo DENOP, deve ser aferido, a partir do caso em concreto, se o afastamento do titular ensejaria, de fato, a necessidade de substituição. Tudo indica que o presente caso se enquadra nesta hipótese, especialmente diante da necessidade de funcionamento permanente da Pasta Ministerial, caso em que os atos decisórios que dependem exclusivamente da autoridade máxima, muitas vezes, não podem esperar o seu retorno.

27. Neste sentido, como visto, o Decreto n.º 6.532, de 05.08.08, que dispõe sobre a substituição de Ministro de Estado reforçou tal entendimento ao prever a substituição automática do Ministro de Estado quando este estiver ausente do território nacional.

28. Por fim, sempre é válido lembrar que, a partir do momento em que o substituto designado tem o dever de exercer tais funções, arcando com os ônus desta responsabilidade, também tem o direito a receber o adicional remuneratório a título de contraprestação pelos serviços prestados, uma vez que é vedada a prestação de serviços de forma gratuita. Esta é a dicção do art. 4º da Lei n.º 8.112/90: "É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei".

29. Assim sendo, conclui-se que:

a) o pagamento de substituição de Ministro de Estado se submete à disciplina do art. 38 da Lei n.º 8.112/90 e seus respectivos regulamentos, inclusive a Orientação Normativa SAF n.º 96, publicada no DOU de 06.05.91;

b) a aplicação da ON SAF n.º 96 deve ser feita a partir do caso concreto. A substituição deverá ocorrer, em regra, quando dos afastamentos, impedimentos legais e regulamentares de que trata a Lei 8.112/90, salvo se o titular estiver exercendo as atividades inerentes ao seu cargo à distância;

c) deve ser aferido se o afastamento do titular geraria, de fato, a necessidade de substituição. Nos casos em que o titular, mesmo fora de sua sede, exerça suas atividades sem qualquer prejuízo, a substituição restaria prescindível e, por conseguinte, não seria devido seu pagamento;

d) ao que se indica, no presente caso, a substituição é automática porquanto o Decreto n.º 6.532/08 previu que os Ministros de Estado serão substituídos pelos respectivos Secretários-Executivos em suas ausências do território nacional;

e) se o substituto designado tem o dever de exercer tais funções, arcando com os ônus desta responsabilidade, este também tem o direito a receber o adicional remuneratório a título de contraprestação pelos serviços prestados, sendo vedada a prestação de serviços de forma gratuita.

CONCLUSÃO

4. Assim, em face do exposto, esta Secretaria de Gestão Pública adota o as conclusões externadas pela Consultoria Jurídica deste Ministério, no item 29 do PARECER N.º 1826-3.7/2012/KNN/CONJUR/MP, no sentido de que o pagamento de substituição de Ministro de Estado se submete à disciplina do art. 38 da Lei n.º 8.112/90 e seus respectivos regulamentos, inclusive a Orientação Normativa SAF n.º 96, de 1991, sendo essencial a análise pelos órgãos setoriais do SIPEC se o afastamento do titular geraria, de fato, a necessidade de substituição. Nos casos em que o titular, mesmo fora de sua sede, exerça suas atividades sem qualquer prejuízo, a substituição restaria prescindível e, por conseguinte, não seria devido seu pagamento, exceto no caso de ausências do território nacional, em que a substituição é automática, em face do contido no Decreto n.º 6.532, de 2008.

6. Com estas informações, e considerando a relevância do tema, submete-se a presente Nota Técnica à consideração das instâncias superiores, com proposta de devolução dos autos à Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Justiça, para adoção das providências pertinentes ao caso, bem como a sua divulgação entre os órgãos integrantes do SIPEC.

À consideração da Senhora Coordenadora-Geral.

Brasília, 09 de Janeiro de 2013.

TEOMAIR CORREIA DE OLIVEIRA

Chefe da Divisão de Provimento, Vacância e Benefícios da Seguridade Social

De acordo. Ao Senhor Diretor para apreciação.

Brasília, 09 de Janeiro de 2013.

ANA PAULA DE OLIVEIRA FERNANDES

Coordenadora-Geral de Elaboração, Orientação e Consolidação das Normas - Substituta

De acordo. Encaminhe-se a Senhora Secretária de Gestão Pública - Substituta, para deliberação.

Brasília, 09 de Janeiro de 2013.

ANTONIO DE FREITAS

Diretor do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal

Aprovo. Encaminhe-se à Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Justiça, na forma proposta, bem como se faça divulgar nos meios eletrônicos disponíveis nesta SEGEP, para amplo conhecimento das diversas unidades de recursos humanos dos órgãos federais.

Brasília, 09 de Janeiro de 2013.

CATARINA BATISTA DA SILVA MOREIRA

Secretária de Gestão Pública - Substituta