



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

NOTA/MP/CONJUR/SMM/Nº 0252 - 3.10 / 2009

PROCESSO Nº: 02003.000560/2005-82

EMENTA: CONSULTA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR, TENDO EM VISTA A PUBLICAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE SUA DESIGNAÇÃO COMO SUBSTITUTO EVENTUAL. POSSIBILIDADE DA CONVALIDAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS. PARA A MODERNA DOCTRINA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, A AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO ATO, EXCEPCIONALMENTE, NÃO TERÁ COMO CONSEQUÊNCIA A SUA NULIDADE, Á LUZ DO BEM COMUM E DESDE QUE NÃO HAJA PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO E À SEGURANÇA JURÍDICA. PROCEDIMENTO TAMBÉM ADOTADO PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. PELA MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SRH .

1. Os presentes autos já tramitaram por esta Consultoria Jurídica quando, por meio da NOTA/MP/CONJUR/GAN/Nº 1774 - 3.13/2008, fls.61/62, foram restituídos à Secretaria de Recursos Humanos - SRH, a fim de que fossem apensados os dois Processos Administrativos que teriam tratado de casos análogos, um sendo referente ao Sr [REDACTED]



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

(Processo nº 02003.000193/2005-17) – fls. 51 -, e o outro, relativo ao [REDACTED]

[REDACTED] (Processo nº 03090.001063/2005-22).

2. Retornam os autos com o apensamento dos referidos processos, onde se constata, efetivamente, que se tratam da mesma matéria.

3. A Coordenação Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas, em seu despacho de fls.56/64, consulta esta CONJUR/MP acerca da possibilidade de pagamento de substituição ao servidor [REDACTED] 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 substituto¹.

4. O órgão da SRH esclareceu que, em processo análogo a este, concluiu pela inexistência de óbices jurídicos, porém consta nos presentes autos manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA, órgão da Procuradoria Geral Federal, fls.24/29, entendimento jurídico, com a seguinte conclusão:

(...) “a falta de publicação caracteriza-se mácula a princípio da publicidade esculpido no art.37 da CF. Por último impende observar que a convalidação, é a ratificação ou refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido. Já a ausência de publicação da Portaria não admite convalidação, porque é a publicação que dá validade e vigência ao ato, e nosso ordenamento jurídico não admite a retroação no tempo da vigência de Portaria publicada a posteriori.

Diante do exposto, embora a Portaria tenha sido editada por agente capaz e competente, com objeto próprio, forma adequada, motivo incensurável e fim público, lhe falta a publicação, que é requisito essencial de existência e validade para que atue no mundo jurídico e por conseguinte possa gerar o direito ao pagamento da substituição.(grifo nosso)

5. Acerca do tema, convalidação de ato tido como nulo, devido a sua publicação extemporânea, a subscritora da presente Nota já elaborou estudo, constante do

¹ Por meio da Portaria nº 794, de 11/05/2005, conforme item 12 de fls.58
Nota- SMM 252 – 3.10 / 2009



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

PARECER/MP/CONJUR/SMM/Nº 1601 - 3.17 / 2008, e, por sua pertinência a análise destes autos, permitimo-nos transcrever:

9. *Para alguns doutrinadores, também com relação ao princípio da publicidade vige a máxima pas de nullité sans grief, ou seja, não há nulidade se não houver gravame. E assim, se, a despeito de não ser realizada a publicidade tal como 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.***

10. *Esse raciocínio, que busca instrumentalizar a publicidade dos atos administrativos, já foi, inclusive, acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do seguinte julgado:*

*“Demonstrada a suficiente abrangência publicitária da licitação e ausente alegação objetiva de prejuízo, **prevalece o interesse público, como cancelador da legalidade do ato, perdendo significado a irregularidade ocorrida.**” (RESp nº 287.727-CE, Relator Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma STJ, DJU 24/09/2002. (grifo nosso)*

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”**².*

12. *Neste diapasão, a moderna doutrina de direito administrativo tem admitido que **“embora o princípio da legalidade imponha a anulação dos atos viciados, as relações jurídicas devem ter segurança e as situações constituídas há muito requerem a manutenção do ato.”**³ “Para Miguel Reale, é possível a convalidação dos atos administrativos eivados de nulidade que não firam legítimos interesses de*

² Curso de Direito Administrativo, Raquel Melo Urbano de Carvalho, Editora Podium, 2008, pág. 179/181



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

*terceiros ou do Estado, quando da inexistência de dolo. É a sanatória excepcional do nulo em homenagem à boa fé”. O argumento principal é o de que **“há interesse público em se proteger a boa fé e a confiança dos administrados, garantindo-lhes a proteção da segurança jurídica,** que não pode ser atingida por ilações relativas a uma suposta atuação de má fé por parte do administrador, uma vez que esta não se presume, afigurando-se, assim, desprovida de razoabilidade a pretensão de anulação” do ato ou procedimento em razão de eventuais vícios formais, **mormente se estão irremediavelmente superados pelo decurso do tempo**⁴”.*

13. Parece-nos, a princípio, ser esta a situação dos presentes autos, quando todos os atos administrativos foram praticados, de boa fé, com a finalidade de promover a nomeação da servidora para ocupação de cargo comissionado, de nível DAS 102.2, no Ministério do Planejamento. Há que se invocar, aqui, o princípio da segurança jurídica para limitar o poder de revisão do ato administrativo, quando a sua invalidação e a supressão dos efeitos dele decorrentes poderá causar maior prejuízo ao interesse social do que a sua manutenção.

14. Na lição de Raquel Melo Urbano de Carvalho⁵ “a noção de interesse público ou utilidade pública, em torno da qual se estrutura e gira todo o Direito Público, pode exigir, **em dadas situações, a permanência no mundo jurídico do ato originariamente inválido, em razão da necessidade da segurança jurídica**”. São situações onde o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado, mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado tempo, **consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato, sendo que a alteração desse estado de coisas sob o pretexto de restabelecer a legalidade causará mal maior do que preservar o status quo.**

15. Para Almiro do Couto e Silva⁶ no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito (legalidade e segurança jurídica) a segurança prevalece sobre a legalidade, como imposição da justiça material.

³ obra citada

⁴ REO – 1997.39.00.0010815-2, DJU de 16/12/2005 - TRF 1ª Região

⁵ obra citada, pág.85

⁶ em Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública em relação a seus atos administrativos, Revista de Direito Administrativo, v. 204, pág.25

Nota- SMM 252 – 3.10 / 2009



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

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 2009⁷.

À consideração superior.

Brasília (DF), 28 de janeiro de 2009.

SUELI MARTINS DE MACEDO
Coordenadora - Geral Jurídica de Recursos Humanos

De acordo. À apreciação do Senhor Consultor Jurídico.

Em /01/2009.

KARINE ANDRÉA ELOY BARBOSA
Consultora Jurídica-Adjunta

Aprovo. Encaminhe-se o processo à Secretaria de Recursos Humanos - SRH.

Em /01/2009.

WILSON DE CASTRO JUNIOR
Consultor Jurídico

⁷ Portarias nº 13 e 19 do Advogado Geral da União Interino.
Nota- SMM 252 – 3.10 / 2009