

PROCESSO: SGP nº 117005/2012 (Protocolado nº 001/2012 STM)
INTERESSADO: SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS
ASSUNTO: Súmula Vinculante nº 13

Parecer CJ/SGP nº 239/2012

EMENTA. SERVIDOR. Aplicação da Súmula vinculante nº 13. Questionamento a respeito das orientações veiculadas no Ofício Circular UCRH nº 09/2012. Pareceres PA 72/2010 e 184/2010. Despachos do Procurador do Estado Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica do Governo. Constituição de vínculo afetivo em momento posterior às nomeações de ambos os servidores. Nomeações sucessivas de titulares em cargos em comissão. Controvérsia. Formas de provimento. Provimento originário e derivado. Artigo 18, LC 180/78. Nomeação de titular em cargo em comissão só pode derivar, sempre, de provimento originário. Cargos isolados. Considerações finais e proposta de encaminhamento à Procuradoria Administrativa, da Procuradoria Geral do Estado. Artigo 21, I, LC 478/86.

1. Trata-se de consulta formulada no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos referente à situação de dois de seus servidores comissionados, ante as orientações veiculadas através dos Ofícios Circulares UCRH nºs 02/2012 e 09/2012.

2. O Chefe de Gabinete, por meio do Despacho CG/STM nº 1589/2012, submeteu à análise do órgão jurídico daquela Pasta a situação funcional dos servidores S. F e F. P. M (fls. 121/123).

2.1. Relata que ambos foram nomeados na Pasta em datas muito anteriores à constituição do vínculo afetivo (união estável em 02/11/2006), razão pela qual estariam na situação excepcional contemplada no item “b”¹ do Ofício Circular UCRH nº 09/2012.

2.2. Entende que esses servidores não estariam enquadrados na vedação compreendida pela Súmula Vinculante nº 13, uma vez que ingressaram na Pasta em 1991 (S. F) e 1996 (F. P. M), e “as sucessivas nomeações se constituíram em uma ‘forma de promoção’, dada ao servidor por preenchimento de requisitos técnico-profissionais alcançados ao longo do tempo no desempenho de suas atividades no serviço público”, não havendo que se falar em “concessão de favorecimento ilegítimo, imoral ou antiético”, a ensejar a prática de nepotismo.

1 “b) excluir os casos em que o vínculo de parentesco foi constituído em data posterior, ainda que próxima, à nomeação ou contratação de ambos os servidores ou empregados;”

2.3. Aduz, ainda, que “em nenhum momento ficou consignado nos Pareceres PA nº 72/2009 e 184/2009”, bem como nas manifestações exaradas pela d. Assessoria Jurídica do Governo que, “para a caracterização da prática de nepotismo se levaria em consideração a *última nomeação* dos servidores envolvidos”, conforme entendimento adotado pela Unidade Central de Recursos Humanos desta Pasta.

3. Instada, a Consultoria Jurídica que serve aquela Pasta manifestou-se por meio do Parecer CJ/STM nº 284/2012 (fls. 124/132), concluindo, em apertada síntese, e em abono às razões elencadas na manifestação da Chefia de Gabinete, que a situação funcional dos servidores envolvidos não incide na prática no nepotismo, não se logrando “verificar qualquer favorecimento na hipótese em exame, seja porque cada um tem vida funcional independente, seja porque nunca foi interrompido o exercício de suas atividades perante o Estado” (item 13, “in fine”).

3.1. Ao final, concluindo que se trata de caso controverso, propôs a oitiva deste órgão jurídico, nos termos do artigo 6º do Decreto nº 54.376/2009² (fls. 124/132).

4. Encaminhados os autos à análise da Unidade Central de Recursos Humanos (fls. 137/138), a Sra. Coordenadora ratificou seu entendimento outrora manifestado, sustentando que “embora não tenha ocorrido a interrupção de exercício, após a constituição da união estável em 02/11/2006, ambos os servidores tiveram quebra do vínculo funcional, caracterizada pela exoneração de um cargo e nova nomeação em outro cargo e, portanto, para efeitos de aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do STF, considera-se a data da última nomeação”, invocando, ainda, a respeito do rompimento do vínculo, os termos do Parecer PA-3 nº 304/94 (fls. 140/143).

5. Instruem o presente expediente: (i) cópia do Decreto nº 54.376, de 26 de maio de 2009 (fls. 2/7); (ii) cópias do Processo SGP nº 20.837/2008, dentre os quais, os Pareceres PA 72/2010 (fls. 8/27), PA 189/2009 (fls. 28/54), 184/2010 (fls. 55/73), despachos do Procurador do Estado Chefe da Assessoria Jurídica do Governo (fls. 79/82 e 98/101), Ofícios Circulares UCRH nº 02/2012 (fls. 102/107) e nº 09/2012 (fls. 108/110); (iii) mensagens eletrônicas trocadas entre os servidores da STM e da UCRH (fls. 111/119); (iv) certidão de conclusão de graduação do servidor F. P. M (fls. 120).

6. Assim instruídos, vieram os autos a esta Consultoria Jurídica para exame e manifestação.

2 “Artigo 6º – Os casos controversos envolvendo identificação de parentesco para os fins deste decreto deverão ser submetidos à Unidade Central de Recursos Humanos, da Secretaria de Gestão Pública, que poderá solicitar, quando necessário, o pronunciamento da Consultoria Jurídica que serve à Pasta”.

É o relatório do necessário. Opino.

7. Como se infere, o cerne da questão reside na aplicação da Súmula Vinculante nº 13.

8. Conforme revela a instrução dos autos e já é de conhecimento deste órgão jurídico, tramitou no Processo SPDOC nº 20.837/2008 expediente que versou sobre a aplicação do ato sumular no âmbito do Poder Executivo Estadual, no bojo do qual foram levantados vários questionamentos acerca de sua interpretação, cuja elucidação era necessária para que a Unidade Central de Recursos Humanos pudesse traçar orientação geral aos Órgãos Setoriais e Subsetoriais de Recursos Humanos.

9. Em face das orientações jurídicas contidas nos Pareceres PA nº 72/2010 e 184/2010³, bem como dos despachos exarados do Procurador do Estado Assessor-Chefe da AJG⁴ nos autos do Processo SPDOC 20.837/2008, em especial aquele datado de 29 de junho de 2012⁵, emitiu a Unidade Central o *Ofício Circular UCRH nº 09/2012* (fls. 108/110), dirigido a todos os órgãos setoriais de recursos humanos da Administração Direta e das Autarquias, com as seguintes orientações:

“a) identificar as situações em que haja vínculo de parentesco ou afetivo entre titulares de cargos em comissão ou ocupantes de emprego de confiança, na mesma pessoa jurídica, desde que os respectivos servidores ou empregados não sejam titulares de cargo efetivo ou tenham sido admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho após aprovação em concurso público;

b) excluir os casos em que o vínculo de parentesco foi constituído em data posterior, ainda que próxima, à nomeação ou contratação de ambos os servidores ou empregados;

c) notificar os servidores ou empregados comissionados puros para que, no prazo de 15 (quinze) dias, comprovem a apresentação do pedido de exoneração ou de rescisão do contrato de trabalho de um dos integrantes da relação atingida;

(...)”

10. Assim, mais uma vez os órgãos jurídicos que servem as Pastas estão sendo instados a dirimir dúvidas e controvérsias decorrentes da aplicação da Súmula nº 13 da Colenda Corte, cuja dificuldade foi muito bem exposta por todos os pareceristas que enfrentaram a questão nos autos do Processo SPDOC 20.837/2008⁶.

3 Da lavra do Dr. Elival da Silva Ramos.

4 Todos aprovados superiormente, ora pelo Procurador-Geral do Estado, ora pelo Secretário-Chefe da Casa Civil.

5 Cópias às fls. 98/101 dos autos.

6 Transcrevo, por elucidativo, trecho do Parecer PA nº 72/2010, da lavra do Dr. Elival da Silva Ramos:

11. Nesse passo, já advertiu o parecerista, no Parecer PA nº 184/2010⁷, o cuidado que deve cercar a interpretação de texto sumular, “que envolve, como não poderia deixar de ser, o labor exegético, porém bem menos adstrito ao limite da textualidade do que sucede em relação ao aplicador de textos legislativos ou mesmo regulamentares”. E continua:

“20. E isso em face da própria natureza atípica da norma sumular, que é expedida pela mais alta Corte Judiciária do País (órgão dotado, portanto, de habilitação técnica singular), após reiteradas decisões em matéria constitucional (acervo jurisprudencial esse que traça balizas a serem observadas), tendo por objetivo pacificar controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Com respeito a esse último aspecto, resulta claro por que **o aplicador de súmula vinculante não pode se afastar em demasia do texto-base**: se assim for, ao invés de dirimir controvérsias, o ato normativo sumular dará ensejo a infindáveis dissídios interpretativos, cada exegeta extraindo de seu texto, ou construindo a partir dele, soluções nem sempre compatíveis entre si.

21. Reitero, portanto, a conclusão já anteriormente assentada: não cabe à Administração Estadual construir normas de exceção para suprir supostas “lacunas” da Súmula nº 13”. (grifos nossos e no original)

12. Assentadas estas premissas, passemos à análise do caso retratado nos autos.

13. Segundo depreende-se dos autos, os servidores S. F e F. P. M ingressaram na Secretaria de Transportes Metropolitanos, respectivamente, em 02/10/1991 e em 25/11/1996, ambos com nomeações diversas para cargos em comissão ao longo dos anos, e mantêm união estável desde 02/11/2006 (fls. 121/122).

13.1. Consta, ainda, que a “última” nomeação da servidora S. F ocorreu em 12/01/2009 para o cargo de Assistente Técnico V, e a do servidor F. P. M, aos 02/01/2012, para o cargo de Assistente Técnico III.

13.2. Considerando, pois, a *data de ingresso* de ambos os servidores na Pasta, a Chefia de Gabinete daquela Secretaria manifestou entendimento no sentido de que a situação retratada não enseja a prática de nepotismo, eis que o vínculo afetivo teria sido constituído em data posterior às nomeações⁸.

13.3. No seu entendimento, esses servidores não estariam enquadrados na vedação compreendida pela Súmula Vinculante nº 13, uma vez que “as sucessivas

²⁴. De outra parte, como era previsível que acontecesse, inúmeras dúvidas e questionamentos têm surgido no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário de todo o País acerca da maneira correta de dar execução às prescrições sumulares. Afinal, não é simples fixar balizamentos normativos em matéria tão complexa, que há décadas vinha desafiando o legislador (competente) brasileiro.”

7 Igualmente da lavra do Dr. Elival da Silva Ramos, atual Procurador-Geral do Estado.

8 Leia-se, a “primeira” nomeação naquela Pasta.

nomeações se constituíram em uma ‘forma de promoção’, dada ao servidor por preenchimento de requisitos técnico-profissionais alcançados ao longo do tempo no desempenho de suas atividades no serviço público”, não havendo que se falar em “concessão de favorecimento ilegítimo, imoral ou antiético”, a ensejar a prática de nepotismo.

14. Com o devido respeito ao entendimento manifestado, corroborado pelo órgão jurídico preopinante, entendemos assistir razão à Sra. Coordenadora da UCRH.

15. Com efeito, conquanto o pronunciamento da Especializada citado na manifestação de fls. 140/143 refira-se à situação funcional e objeto diverso dos autos – trata o Parecer PA-3 304/94 de analisar a viabilidade de transporte de gratificação incorporada de vínculo laboral regido pela CLT para um novo cargo –, aderimos à conclusão alcançada no sentido de que a nomeação de um cargo comissionado para outro de igual provimento acarreta “*quebra do vínculo funcional, caracterizada pela exoneração de um cargo e nova nomeação em outro cargo*” (fls. 142).

16. Outra solução não se vislumbra, em decorrência do tipo de provimento pelo qual é designado um titular de cargo em comissão.

17. Como cediço, provimento é o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função, segundo a doutrina de Maria Sylvia Z. di Pietro⁹. Pode ele ser originário ou derivado.

17.1. No âmbito estadual, temos as seguintes formas de provimento de cargos públicos, conforme dispõe o art. 18 da LC 180/78¹⁰:

“Artigo 18. São formas de provimento de cargos públicos:

I – a nomeação;

II – a transposição;

III – o acesso;

IV – a reintegração;

V – a reversão;

VI – o aproveitamento; e

VII – a readmissão.”

18. O *provimento originário* não decorre de anterior vínculo da pessoa com a Administração. Segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o provimento não guarda qualquer relação com a anterior situação do provido;

⁹ *Direito Administrativo*, 24ª edição, São Paulo:Atlas, 2011, p. 602.

¹⁰ Semelhante dispositivo contém o nosso Estatuto Estadual (art. 11 da Lei 10.261/68).

por isto se diz autônomo ou, então originário”¹¹. E arremata: “a única forma de provimento originário é a *nomeação*, a qual se define, pois, como o provimento autônomo de um servidor em cargo público”¹².

18.1. Constitui-se na primeira investidura¹³, embora não expresso no artigo 37, II, da Lei Maior e, *ressalvados os cargos de provimento em comissão*, pressupõe a aprovação prévia do provido em concurso de provas ou de provas e títulos.

18.2. E, nos termos do art. 20 da LC 180/78, as *nomeações* serão feitas: (i) em comissão; (ii) em caráter efetivo; (iii) em caráter temporário.

19. Já o *provimento derivado*, como o próprio nome indica, pressupõe um vínculo anteriormente existente do servidor com a Administração, podendo este ser vertical, horizontal ou por reingresso.

19.1. Nos termos do dispositivo supradestacado, são modalidades dessa forma de provimento a transposição, reintegração, acesso, reversão, aproveitamento e readmissão (incisos II a VII do art. 18, LC 180/78).

19.2. Em virtude da regra disposta no art. 37, II, da CF¹⁴, o Estado de São Paulo traçou orientação à Administração no sentido de que “em face da nova disciplina constitucional da matéria, não mais subsistem as formas de provimento derivado de cargo público denominadas readmissão, reversão a pedido e transposição”, nos termos do Despacho Normativo do Governador, de 12 de março de 1990 (publicado no DOE de 14/03/90).

20. Extrai-se dos conceitos acima expostos que a designação de alguém para titularizar um cargo em comissão só pode derivar de *provimento originário*, mediante o ato de nomeação, por se tratar de cargo de confiança, o qual é – ou deveria ser – ocupado em caráter transitório, exonerável *ad nutum*.

21. Não há, pois, falar-se em “promoção”¹⁵ aos ocupantes de cargos de provi-

11 *Curso de Direito Administrativo*, 28 ed., São Paulo:Malheiros, 2011, p. 309.

12 Celso Antonio Bandeira de Mello (ob.cit., p. 309).

13 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 16 ed., São Paulo:Saraiva, 2011, p. 333.

14 “Art. 37. (...).

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

15 Cumpre registrar que a Lei Complementar nº 1080/2008 inovou na questão, trazendo os institutos da progressão e da promoção. **Progressão** é a “passagem do servidor de um grau para outro imediatamente superior dentro de uma mesma referência da respectiva classe” (art. 22), o que o aproxima do conceito da antiga promoção conferida pelo EFP e por todos conhecida. Já a **promoção, segundo a LC 1080/2008**, foi definida como “a passagem do servidor da referência 1 para a referência 2 de sua respectiva classe, devido à

mento em comissão, uma vez que referido instituto, tal como definida no Estatuto paulista, além de não constituir modalidade de provimento derivado¹⁶, corresponde à passagem do servidor de um grau a outro da mesma referência, obedecidos os critérios de antiguidade e merecimento (art. 84, LC 180/78).

22. De se ver, assim, que só há de se falar em promoção aos titulares de cargos públicos organizados em carreira¹⁷, cujo provimento deu-se em caráter efetivo¹⁸, “nos quais se ingressa nos níveis iniciais e pode-se ascender aos níveis superiores”¹⁹, pelos critérios já citados.

23. De outra banda, e segundo a lição de Edmir Netto de Araújo, os titulares de cargos em comissão ocupam *cargos isolados*, isto é, “embora inseridos em certa classe, não integram qualquer carreira, não havendo, portanto, possibilidade de evolução funcional vertical”. E arremata: “Muitas vezes tais cargos são vocacionados ao provimento em comissão, como Ministros, Secretários, Chefes de Gabinete, Assessores Técnicos, etc”²⁰.

24. Do exposto, permito-me concluir que a nomeação de um titular de cargo em comissão será *sempre* derivada de um provimento originário, acarretando, por consequente, a *quebra total* do vínculo funcional sempre que houver a exoneração de um cargo e nomeação para outro²¹, não importando sejam sucessivas as nomeações do provido²². Não há, pois, nesse contexto, falar-se em exercício ininterrupto.

24.1. Nesse passo, estamos com a conclusão alcançada pela Sra. Coordenadora da UCRH:

aquisição de competências adicionais às exigidas para ingresso no cargo de que é titular ou função-atividade de que é ocupante” (art. 28). A progressão, regulada pelo recentíssimo Decreto nº 57.782, de 10 de fevereiro de 2012, será realizada anualmente (art. 6º), já a promoção tem previsão de realização a cada 2 anos, sempre no segundo semestre (art. 9º do Decreto nº 54.779/2009).

16 Em que pese o Estatuto Federal instituir a promoção como modalidade de provimento de cargo público (art. 8º, II, da Lei 8.112/90). No nosso estatuto, temos uma modalidade de provimento equivalente, denominada **acesso** (art. 18, III, LC 180/78), que é a elevação do funcionário, dentro do respectivo quadro a cargo da mesma natureza de trabalho, de maior grau de responsabilidade e complexidade de atribuições (art. 33, EFP).

17 “Artigo 8º – Carreira é o conjunto de classes da mesma natureza de trabalho, escalonadas segundo o nível de complexidade e de responsabilidade”. (NR)

18 E respeitada a regra estampada no inciso II do art. 37, da CF/88, conforme exposto no item 19 supra e respectivos subitens.

19 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344.

20 Ob.cit, p. 344.

21 Ressalvadas as exceções de ordem legal, como a contagem de tempo de serviço para todos os fins, segundo assegurado pelo artigo 76 do EFP.

22 Até em decorrência do mérito do provido ou por razões de necessidades da Administração.

“Portanto, ocorrido o rompimento do vínculo há a desconstituição dos direitos com base nele constituídos, salvo as exceções das hipóteses em que a ordem normativa expressamente estipula. Dessa forma, para efeito do cumprimento do disposto na Súmula Vinculante nº 13, do STF, o exercício ininterrupto não configura hipótese de exceção. Ou seja, para cada nova nomeação devem ser analisados os critérios de vedação contidos na Súmula”.

25. Assim, a despeito de não constar expressamente na Súmula Vinculante nº 13 do STF, permito-me mais uma vez, ante as considerações expendidas, concluir que a única nomeação a que se refere o texto sumular para os fins ali contidos é aquela na qual o titular de cargo em comissão encontra-se investido, ou seja, a *atual* nomeação²³.

26. Destarte, com o devido respeito à conclusão alçada pelo órgão jurídico preopinante, entendemos que a situação retratada nos autos configura uma das situações colhidas pelas vedações veiculadas pela Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o entendimento conferido pelos pronunciamentos jurídicos exarados sobre a matéria²⁴.

27. Diante da repercussão da matéria, e entendendo tratar-se de caso controverso, sugerimos seja submetida à apreciação da Subprocuradoria Geral da Área de Consultoria do Estado para, se entender pertinente, colher a manifestação da Procuradoria Administrativa, a teor do artigo 21, inciso I, da LC 478/1986²⁵.

É o parecer, que submeto à consideração superior.

CJ/SGP, 26 de dezembro de 2012.

SUZANA SOO SUN LEE

Procuradora do Estado

²³ Entendo que a atual nomeação é preferível à *última*.

²⁴ Pareceres PA 72/2010, 184/2010, e Despachos do Procurador do Estado Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica do Governo exarados nos autos SPDOC 20.837/2008.

²⁵ “Artigo 21 - São atribuições da Procuradoria Administrativa:

1 – emitir pareceres em processos sobre matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral; (...).”

1. De acordo com as conclusões do Parecer nº 239/2012.
 2. Com efeito, sem adentrar no mérito²⁶ das sucessivas nomeações²⁷ para os cargos em comissão ocupados pelos servidores em pauta²⁸, cada uma dessas nomeações constitui, à evidência, forma originária de provimento desses cargos públicos. Fácil, daí, concluir que as nomeações posteriores eram inevitavelmente antecedidas pelas exonerações daqueles anteriormente ocupados, o que, também, configura sucessivos rompimentos de vínculo, e não hipótese de “promoção”, incabível dada a natureza dos referidos cargos.
 3. Restituam-se os autos à UCRH, para ciência do entendimento manifestado por este órgão jurídico, recomendando-se o posterior encaminhamento à Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria, por se tratar de assunto de interesse da Administração Pública Estadual, conforme sugerido no item 27 do pronunciamento retroemitido.
- Consultoria Jurídica, 26 de dezembro de 2012.

MARY CHEKMENIAN
Procuradora do Estado Chefe
da Consultoria Jurídica

26 Se “constituíram em ‘uma forma de promoção’, dada ao servidor por preenchimento de requisitos técnico-profissionais alcançados ao longo do tempo no desempenho de suas atividades no serviço público” (fls. 122 destes autos).

27 Conforme consta do Despacho CG/STM nº 1589/2012, no qual, inclusive, menciona-se as respectivas datas das nomeações (fls. 121).

28 S. F e F. P. M.

