

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: PGS41/18 (GDOC 16847-70014/2018)

INTERESSADO: FERNANDO LUÍS GRACIANO PEREZ

PARECER: PA nº 33/2018

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. CARGO PÚBLICO. VACÂNCIA. ACUMULAÇÃO IRREGULAR DE CARGOS. As regras de direito que regulam a relação funcional entre o servidor público estatutário e o Estado encontram-se no estatuto funcional de cada pessoa política, como corolário da autonomia federativa que cada ente dispõe para organizar seus serviços e servidores. Artigos 18, caput e 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, c.c. art. 24, § 2º, nº 4, da Constituição Estadual. O servidor que se vale de quaisquer das formas de vacância admitidas no regime jurídico de origem não está na titularidade do cargo, de modo que não se há falar em acumulação irregular de cargos públicos.

1. Trata-se de consulta da Divisão de Administração de Pessoal do Departamento de Administração e Planejamento da Polícia Civil a respeito da viabilidade de ser dada posse ao interessado no cargo de Perito Criminal, do quadro da Secretaria da Segurança Pública, sem incidir em situação de acumulação irregular de cargos públicos.

2. Segundo consta no requerimento que inaugura este expediente, aduz o interessado que requereu “a vacância de cargo de perito oficial forense/perito criminal de 1ª classe que ocupava no Estado de Mato Grosso do Sul” e que tal circunstância seria suficiente para descaracterizar o acúmulo de cargos, com apoio em dispositivos da Lei Federal nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos federais) e em precedente do Superior Tribunal de Justiça¹ (fls. 1/4).

3. De seu turno, os órgãos de recursos humanos manifestaram entendimento de que a opção pela vacância para posse em outro cargo público não seria suficiente para afastar o óbice do acúmulo irregular de cargos públicos, por aquela ostentar “características de licença sem vencimentos”, o que impediria o exercício

1 Refere-se o interessado à alteração de posição do Superior Tribunal de Justiça levada a efeito no MS nº 12.576/DF (3ª Seção, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JUNIOR, j. 26/02/2014).

de outro cargo público diante do disposto no artigo 13 do Decreto Estadual nº 41.915/1997² (fls. 10/13).

4. Instada a opinar, assentiu a Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública em que a opção pela vacância do cargo de origem em virtude de posse em outro cargo demove a vedação da acumulação vedada pela Constituição “pois não só elide a concomitância da remuneração, como também torna o cargo de origem efetivamente vago”, rematando, assim, que “a posse não pode ser denegada ao argumento de que somente a exoneração é capaz de elidir a acumulação, sempre que o interessado comprovar que o regime jurídico de seu cargo de origem prevê esta opção” (Parecer CJ/SSP nº 20/2018³, fls. 14/21).

5. Consta, às fls. 22, cópia do “Termo de Posse” do interessado no cargo de Perito Criminal, do SQC-III, do quadro da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, no dia 12 de janeiro de 2018 (fls. 22).

6. Considerando a necessidade de fixação de orientação jurídica uniforme a toda a Administração Pública, propôs a Chefia da Consultoria Jurídica a submissão do assunto à análise da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral que, por sua vez, encaminhou os autos a esta Especializada para análise e manifestação.

É o relato do essencial. Opinamos.

7. Compreende-se por regime jurídico estatutário o conjunto de regras de direito, de índole não contratual, que regulam a relação funcional entre o servidor público e o Estado. Como é cediço, tal disciplina normativa encontra-se nos estatutos funcionais de cada pessoa política, como colário da autonomia federativa que cada ente dispõe para organizar seus serviços e servidores (artigos 18, *caput* e 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, c.c. art. 24, § 2º, nº 4 da Constituição Estadual⁴).

2 *Verbis*: “Artigo 13 - O servidor em licença para tratar de interesses particulares nos termos da legislação em vigor, não poderá exercer cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou fundacional do Estado”.

3 De autoria do Procurador do Estado JULIO ROGERIO ALMEIDA DE SOUZA, Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública.

4 *Verbis*: Constituição Federal de 1988: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...]”; “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: [...] c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; [...]”; Constituição Estadual de 1989:

8. As formas de provimento e vacância dos cargos inserem-se no panorama das regras que compõem o regime jurídico, cabendo, pois, a cada ente federativo discipliná-las desde que observado o regime constitucional superior⁵.

9. Nesse passo, a hipótese de **vacância em decorrência de posse em outro cargo inacumulável** tem previsão em alguns estatutos funcionais⁶. E, como bem intuiu o parecerista preopinante, tal condição está estreitamente ligada ao instituto da **recondução**, por meio da qual se admite o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado na hipótese de inabilitação em estágio probatório no novo cargo. É o caso da Lei nº 1.102, de 10 de outubro de 1990 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul)⁷, regime jurídico do cargo de origem do interessado, que disciplinou a matéria nos seguintes termos:

Art. 49. Recondução é o retorno do funcionário estável ao cargo anteriormente ocupado.

§ 1º A recondução decorrerá de:

I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; e

II - reintegração do anterior ocupante.

§2º - Encontrando-se provido o cargo de origem o funcionário será aproveitado em outro, observado o disposto no artigo 52 desta Lei.

Art. 56. A vacância do cargo público decorrerá de:

I - exoneração a pedido ou de ofício;

II - demissão;

III - readaptação;

“Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.[...] § 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:[...] 4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;(NR)[...]”

- 5 Afirmou JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO que, “para o regime estatutário, há um regime constitucional superior, um regime legal contendo a disciplina básica sobre a matéria e um regime administrativo de caráter organizacional” (*Manual de Direito Administrativo*, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 599). É exemplo a observância à regra do concurso público para investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações de livre provimento (CF, 37, II).
- 6 O Estatuto paulista não contém semelhante previsão (v. art. 86 da Lei Estadual nº 10.261/1968 e art. 58 da LC 180/1978).
- 7 A exemplo da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e contém dispositivos similares nos artigos 29 e 33, VIII, *in verbis*: “Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; II - reintegração do anterior ocupante. Parágrafo único. Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, observado o disposto no art. 30”; “Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de: [...] “posse em outro cargo inacumulável; [...]”

IV - *aposentadoria*;

V - *falecimento*;

VI - *posse em outro cargo inacumulável*.

(g.n.)

10. Logo, se o **regime jurídico de origem** do servidor que pretende ser empossado no Estado de São Paulo contempla tal hipótese de vacância, e esta vem a ser verificada no caso concreto, não há que se falar em acumulação irregular de cargos públicos, eis que a vacância é “a situação do cargo que fica sem seu titular”⁸. Há algumas particularidades, contudo.

11. Com efeito, diferentemente da exoneração, na qual há efetivamente um rompimento do vínculo funcional, a declaração de vacância pela posse em outro cargo inacumulável “mantém esse vínculo suspenso, sujeito à condição resolutiva de aprovação no estágio probatório no cargo de destino”⁹.

12. Ocorre, *in casu*, uma espécie de “vacância provisória”, isto é, o cargo fica temporariamente sem o seu titular, até o eventual retorno deste em decorrência da recondução. Pode, contudo, o cargo estar provido em razão da nomeação de outro titular, hipótese em que o servidor reconduzido será aproveitado em outro cargo, como decorre do parágrafo único do artigo 49 da Lei 1.102/1990 da lei sul-mato-grossense. Conquanto se cuide de situação anômala, não deixa de ser circunstância autorizada pelo estatuto funcional de determinados entes federados aos servidores que adquiriram estabilidade no âmbito daquele ente, assegurando-lhes a recondução caso não logrem êxito no estágio probatório no novo cargo.

13. São essas as razões que tornam impertinente o exame do caso concreto sob as luzes que cercam a discussão concernente ao acúmulo de cargos na hipótese de afastamentos sem remuneração¹⁰. A licença sem vencimentos é hipótese absolutamente distinta, na qual o servidor jamais deixa a titularidade do cargo, restando incólume o vínculo funcional.

14. É igualmente desimportante ao Estado de São Paulo a virada de entendimento do Superior Tribunal de Justiça capitaneada pelo Min. SEBASTIÃO REIS JUNIOR no bojo do julgamento do MS nº 12.576/DF (3ª Seção, j. 26/02/2014). Como se depreende do julgado, a Corte firmou posição no sentido de que a recondução

8 Na dicção de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*O Funcionário Estadual e seu Estatuto*. São Paulo: Max Limonad, 1975, p. 50). Ainda nessa linha, a qual nos filiamos, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO sustenta que a vacância é uma *situação fática funcional*, ou seja, “o fato administrativo-funcional que indica que determinado cargo público não está provido” (ob.cit., p.624), contrapondo-se à parcela da doutrina que a compreende como “ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª edição. RJ: Forense, 2018, p. 763).

9 Trecho da decisão monocrática proferida pelo Min. OG FERNANDES, no RMS 37.962/ES (j. 18/06/2014).

10 Objeto de análise dos Pareceres PA n.ºs 167/2006 e 39/2014.

independe do regime jurídico a que está subordinado o servidor, superando anterior posicionamento da mesma Terceira Seção que entendia caber declaração de vacância de servidor estável apenas na hipótese em que não ocorresse diversidade de regime jurídico entre os cargos, impondo-se a exoneração nas demais situações¹¹. A discussão relativa à exegese dos dispositivos que cuidam da recondução interessará ao regime jurídico de origem do interessado¹². Importa, ao desfecho dos autos, o fato de que o servidor que se vale de quaisquer das formas de vacância admitidas no regime jurídico de origem **não está na titularidade do cargo**, de modo que não se há falar em cumulação irregular de cargos públicos.

15. Endossamos, assim, a conclusão da Consultoria Jurídica preopinante, *in verbis*:

Isto posto, e uma vez correlacionados o direito de recondução que alguns estatutos (de outros entes federados) outorgam a seus servidores, com a posse em outro cargo público como motivo próprio de vacância de cargo público, cumpre deixar claro que ao Estado de São Paulo, para fins de verificar se existe ou não a acumulação ilícita de cargos, bastaria a comprovação de que o ente público ao qual pertence o cargo de origem do servidor está ciente do motivo de vacância e formalmente declarou vago o cargo, em razão da posse no cargo paulista. Qualquer outra discussão acerca do instituto da recondução ou da existência de direito subjetivo do interessado à recondução, perante outro ente público, é despicienda.

16. Logo, o servidor que se vale de quaisquer das formas de vacância admitidas no regime jurídico de origem não está na titularidade do cargo, de modo que não se há falar em acumulação irregular de cargos públicos.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 22 de junho de 2018.

SUZANA SOO SUN LEE

Procurador do Estado

OAB/SP nº 227.865

11 O julgado representativo da anterior jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é o MS nº 12.107/DF (Min. FELIX FISCHER, DJ 18/12/2006).

12 Com efeito, segundo o entendimento fixado no MS 12.576/DF, o interessado pode valer-se da vacância em razão de posse em cargo inacumulável e, caso não logre êxito no estágio probatório no novo cargo de Perito Criminal no Estado de São Paulo, poderia pleitear a recondução ao seu cargo de origem no Estado de Mato Grosso do Sul, em que pese a diversidade de regimes jurídicos entre os cargos. A prevalecer o anterior posicionamento, o pedido de vacância seria recebido como se exoneração fosse, uma vez que não faria jus à vacância o servidor que pretende exercer cargo em outro regime jurídico.

PROCESSO: PGS41/18 (GDOC 16847-70014/2018)

INTERESSADO: FERNANDO LUÍS GRACIANO PEREZ

PARECER: PA nº 33/2018

Acompanho a tese defendida pelo **Parecer PA nº 33/2018**, no sentido de que a vacância do cargo público, tal como disciplinada pelo respectivo regime jurídico, arreda a acumulação constitucionalmente vedada.

Como havia concluído o precedente **Parecer PA-3 nº 26/2000**¹³ ao analisar caso análogo, a vacância do cargo de origem em decorrência da posse em cargo inacumulável (e, evidentemente, da cessação do exercício das antigas atribuições) terá ocorrido no plano fático – mesmo que não haja essa previsão na legislação correspondente – e poderá vir a ser declarada mais tarde pela administração pública competente.

De toda sorte, até como forma de evitar a responsabilidade disciplinar prevista no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 41.915, de 2 de julho de 1997¹⁴, cumpre à autoridade administrativa exigir do novo servidor, quando egresso de ente político diverso, a oportuna demonstração de que o cargo anteriormente ocupado foi declarado vago a partir da data da posse no novo cargo.

Para melhor acomodação do aparelho administrativo a situações da espécie, é recomendável seja avaliada a conveniência e oportunidade de alterar-se o Decreto n.º 41.915/1997. Logo, sugiro a remessa de cópia deste parecer, se superiormente aprovado, à Unidade Central de Recursos Humanos, órgão da Secretaria de Gestão e Planejamento a que compete propor a regulamentação de dispositivos legais relativos à área de recursos humanos (art. 36, VIII. “b”, do Decreto nº 62.598, de 29 de maio de 2017).

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral com proposta de aprovação do opinativo em análise.

P.A., em 22 de junho de 2018.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo
pelo expediente da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

¹³ De autoria do Procurador do Estado EDUARDO AUGUSTO MUYLAERT ANTUNES e aprovado em toda a escala hierárquica da Instituição.

¹⁴ *Verbis*: “**Artigo 8º** - A autoridade que der posse ao funcionário ou exercício ao servidor em regime de acumulação remunerada compete: (...) § 3º - Será responsabilizada a autoridade que permitir a acumulação ilícita, aplicando-se-lhe as sanções cabíveis”.

PROCESSO: PGS41/18

INTERESSADO: FERNANDO LUÍS GRACIANO PEREZ

ASSUNTO: VACÂNCIA

PARECER: PA nº 33/2018

1. Considerando o precedente PA-3 nº 26/2000 e com fundamento no inciso IX do artigo 21 da Lei Complementar nº 1270/2015, **aprovo o Parecer PA nº 33/2018**, com os acréscimos do despacho de aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.
2. Após divulgação¹⁵, encaminhem-se os autos à d.Unidade Central de Recursos Humanos, para ciência da sugestão de aperfeiçoamento do Decreto nº 41.915/1997, restituindo-se na sequência à origem.

SubG-Consultoria, 28 de junho de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

¹⁵ “Listagem PA completa, UCRH.

