P.A. 112
Fls.

PROCESSO: PGE n.º 18488-591073/2012 (ARSESP n.º 96/2012)

PARECER: **PA n.º 4/2013**

INTERESSADA: Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP

EMENTA: **CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO PÚBLICO. NEPOTISMO**. Servidores de autarquia, irmãos entre si, investidos em empregos públicos de confiança de Assistente de Serviços. Aplicação da Súmula Vinculante n.º 13, do Supremo Tribunal Federal. Atribuições de direção, chefia e assessoramento ínsitas a todos os cargos em comissão e funções de confiança da Administração Pública, por determinação constitucional. Respeito à exigência de prévia aprovação em concurso público para postos de trabalho que não encerrem tais atribuições excepcionais. Inteligência do artigo 37, II e V, da Constituição da República. Caso concreto que, salvo se admitida a burla à exigência do concurso público, ajusta-se à hipótese da súmula. Aplicação do ato normativo nos estritos termos em que foi editado. Dever da autarquia de dispensar um dos servidores em questão, nos termos da orientação superiormente fixada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado. Ausência de direito do empregado em comissão livremente dispensado ao pagamento de acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a concessão do aviso-prévio, trabalhado ou indenizado. Precedentes: **Pareceres PA n.º 189/2009, n.º 72/2010, n.º 184/2010, n.º 4/2012 e n.º 1/2013**; despachos da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral.

1. O expediente partiu de consulta da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP, por meio de seu Secretário Executivo (fls. 13), sobre a aplicação da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado tem este teor:

> *"A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."*

2. A autarquia indagou, especificamente, se a hipótese sumulada abarca o caso de dois servidores da agência, irmãos entre si, que ocupam cargos de confiança de Assistente de Serviços. Explicou que os postos em questão são "de nível médio, de assistência meramente administrativa, sem função de direção, chefia ou assessoramento", ao passo que "o intento estampado na Súmula seria o de impedir que aquele que possua algum poder decisório ou de influência sobre a direção do órgão faça uso desse mesmo poder para obter a contratação de parente". Acrescentou que os servidores aludidos exercem atribuições em repartições distintas e passaram a integrar o quadro da entidade em 2008, depois de terem trabalhado para fundações de apoio a universidades estaduais.

3. A consulta foi instruída com cópia do Ofício Circular n.º 2/2012 da Unidade Central de Recursos Humanos - UCRH (fls. 6/11), que solicita aos órgãos setoriais a identificação de casos de incidência da Súmula Vinculante n.º 13; cópia de ofício de resposta da ARSESP à Coordenadora da

UCRH, em que a Diretora-Presidente da autarquia questiona a aplicação da súmula ao caso concreto objeto da presente consulta (fls. 4/5); e cópia do enunciado do ato sumular (fls. 12).

4. Opinou a Consultoria Jurídica da ARSESP (fls. 15/22 e 109) por que a situação descrita no expediente não se amolda à hipótese do ato normativo do Supremo Tribunal Federal, dada a inexistência dos vínculos ali proscritos entre ambos os ocupantes de cargos de Assistente de Serviços e outros servidores que, precedentemente, hajam sido investidos em cargos de direção, chefia ou assessoramento. Nessa ordem de ideias, entendendo não existir irregularidade nenhuma a ser sanada, reputou irrelevante que os funcionários em questão sejam irmãos entre si, porquanto "não são parentes da autoridade que os nomeou e nem, tampouco, estão investidos em cargos de direção, chefia e assessoramento (o que, se ocorrente, poderia indicar o favorecimento de um, pelo outro). Ao revés, ocupam eles, cargos de nível médio (assistentes de serviços), de caráter meramente administrativo, exercendo suas atividades, em diretorias distintas". De resto, propôs o órgão opinante a submissão da matéria à Procuradoria Administrativa, nos termos do artigo 21 da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado.

5. Acompanharam a peça opinativa cópias do Decreto Estadual n.º 54.376, de 26 de maio de 2009, que disciplina a aplicação da Súmula Vinculante n.º 13 no âmbito da Administração do Estado (fls. 24/30); da Resolução n.º 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores em cargos de direção e assessoramento na esfera do Poder Judiciário (fls. 31/33); dos Pareceres PA n.º 72/2010 e 184/2010 (fls. 34/74); da Lei Complementar Estadual n.º 1.025, de 7 de dezembro de 2007, que criou a ARSESP (fls. 75/100); e de fichas funcionais e atos de admissão dos servidores em questão (fls. 101/108).

6. Por determinação da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral (fls. 111), chegam-nos os autos para exame e parecer.

É o relatório.

7. De compulsar estes autos, dificilmente se poderia afirmar que o caso dos servidores Karina Daves Bispo e Carlos Alberto Daves Bispo, irmãos entre si, envolva favorecimento por vínculo de parentesco. Se esta fosse a pergunta, tenderíamos, aliás, à resposta negativa: nada há por aqui que sequer indique o nepotismo, esse agravo qualificado aos princípios que regem a Administração Pública.

8. Não é disso, infelizmente, que se trata. Em jogo está o cumprimento da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, cujos dizeres não têm outro efeito senão o de liquidar os elementos de incerteza – de ordem gramatical, lógica, sistemática, histórica, teleológica (ou sociológica) – que poderiam dar margem a interpretações divergentes do texto constitucional[1]. E da subsunção da situação descrita neste expediente à hipótese da súmula vinculante não nos fica dúvida nenhuma, desde que aceita a premissa que tentaremos explicar a seguir.

9. No nosso ordenamento constitucional, a regra é que o preenchimento de cargos e empregos na Administração Pública seja feito por meio de concurso público, consoante dispõe o artigo 37, II, da Constituição da

[1] Como afirmamos no **Parecer PA n.º 1/2013**, ainda pendente de apreciação superior, "Não se percorre, pois, o caminho contrário, isto é, não se apela àqueles mesmos elementos para reconstituir o suposto 'sentido perdido' do enunciado da lei, sob risco de aumentar, ao invés de diminuir, a insegurança que justificou a edição do ato sumular". A ideia original é aquela transmitida pelo **Parecer PA n.º 184/2010**, da lavra do Procurador do Estado ELIVAL DA SILVA RAMOS, atual Procurador Geral, com estas palavras: "o aplicador da 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".

P.A.
Fls. 116

República, *verbis*: "*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*".

10. "Concurso público", ensina CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, "é o processo administrativo pelo qual se avalia o merecimento de candidatos à investidura em cargo ou emprego público, considerando-se as suas características e a qualidade das funções que lhe são inerentes. É pelo concurso público que se concretiza a igualdade de oportunidades administrativas e a impessoalidade na seleção do servidor, impedindo-se tanto a pessoalidade quanto a imoralidade administrativa"[2].

11. Desse "paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos"[3], concebido para assegurar aos interessados tratamento isonômico e impessoal de acordo com os princípios constitucionais que regem a Administração, **escapam**, no dizer do mesmo artigo, as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, para cujo recrutamento, pois, o concurso público não é exigido.

12. Sucede que não são quaisquer postos de trabalho que podem ser declarados de livre nomeação ou exoneração. A Constituição ressalva, noutro inciso do artigo citado, que "*as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei,* ***destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento***" (artigo 37, V, g.n.).

---

[2] *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 201.
[3] Palavras do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI-MC n.º 2.364/AL,

P.P. 117
Fls.

13. Isso significa, como lucidamente adverte IVAN BARBOSA RIGOLIN, que, "para a viabilidade formal de existir cargo em comissão ou função de confiança, [exige-se] a **necessária e razoável demonstrabilidade da natureza de chefia ou direção** – de algum setor, unidade, área, departamento, divisão, grupamento, turma, seção, equipe, contingente, colegiado, por exemplos – ou ainda de alguma forma ou espécie de **assessoramento profissional e nitidamente caracterizado**. Sem tais demonstráveis requisitos inconstitucional será a criação de cargos em comissão ou funções de confiança"[4].

14. Por outras palavras, "inexiste possibilidade de ter o legislador constitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo"[5].

15. Logo, fosse de prevalecer a versão sustentada neste expediente de que os servidores livremente admitidos para o emprego de confiança de Assistente de Serviço "ocupam cargo (...) sem função de direção, chefia, ou assessoramento", como afirmado textualmente pela Diretora Presidente da ARSESP (fls. 4), a questão do nepotismo nem sequer se colocaria: **antes, o provimento de todos esses postos de trabalho teria sido irregular pela burla à exigência constitucional de concurso público para todos os cargos, funções e empregos públicos cujas atribuições sejam meramente técnicas ou operacionais**.

16. Não pretendemos, porque excede o âmbito da consulta, examinar a constitucionalidade dos dispositivos legais que instituíram os empregos de confiança da autarquia consulente sem definir para essas unidades de

---

[4] "Cargo em comissão: se é constitucional a função criada (art. 37, V, da CF), o Judiciário não pode apreciar o mérito da criação", *in* Boletim de Direito Administrativo, v.º 19, n.º 3, pp. 187-197, mar. 2003, p. 191, *apud* Supremo Tribunal Federal, ADI 4.125, Relª. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, julgada em 10.6.2010.

[5] CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 179.

P.A. 118
Fls.

competência, ao menos explicitamente, as respectivas atribuições (artigos 49 e 56 da Lei Complementar Estadual n.º 1.025, de 7 de dezembro de 2007). Todavia, não podemos deixar de registrar que o Supremo Tribunal Federal tem invariavelmente repelido a possibilidade de haver cargos em comissão ou funções de confiança sem as atribuições excepcionais de que trata o inciso V do artigo 37 da Constituição da República, como demonstra o seguinte trecho extraído de julgado daquela Corte:

> "Quanto ao mérito da ação, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos normativos impugnados, tendo em vista que os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998 possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para estes cargos, nos termos do artigo 37, V, da Constituição Federal.
>
> Destarte, verifica-se que os dispositivos impugnados referem-se à criação de cargos em comissão de Assistente, Assistente Técnico de Informática, Assistente Técnico de Laboratório, Assistente de Plenário, Secretário I, Secretário II, Supervisor de Segurança, Secretário III, Assistente de Segurança, Agente de Contadoria do Cartório, Secretário IV, Secretário V, Motorista Oficial e Secretário VI (ANEXO II); Assistente Técnico e Secretário (ANEXO VIII), todas estas atividades com atribuições meramente técnicas e que, por conseguinte, não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção.

> **A exigência constitucional de concurso público (CF, 37, II) não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza**, conforme consolidada jurisprudência deste Tribunal: ADI (MC) 1.269, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.8.1995; e ADI (MC) 1.141, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 4.11.1994.
>
> Desse modo, verifica-se, no caso ora em apreço, a violação ao disposto nos incisos II e V do art. 37 da Constituição Federal, na medida em que a ocupação dos cargos de natureza meramente técnica, como se tem na espécie, deve ocorrer mediante a realização de prévio concurso público."[6]

17. Recomendável, pois, que as autoridades competentes da ARSESP, tendo em conta a vagueza da definição legal do emprego de confiança de Assistente de Serviços, **cuidem que os ocupantes desses postos exerçam de fato atribuições de assessoramento, chefia ou direção**, nos limites permitidos pela nomenclatura legal de seus postos, a fim de que se explique terem eles sido admitidos sem a prévia realização de concurso público. A manutenção de empregados em lugares de confiança sem que desempenhem tais atribuições excepcionais pode, em tese, vir a caracterizar ato de **improbidade administrativa**, nos termos da Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992[7].

---

[6] ADI 3.706, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgada em 15.8.2007, g.n.

[7] O artigo 11 dessa lei estabelece que "*Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de*

18. Bem compreendido isso, não há como afastar a incidência da Súmula Vinculante n.º 13 ao caso descrito nos autos. Carlos Alberto Daves Bispo foi admitido pela ARSESP para o emprego público de confiança de Assistente de Serviços em 15 de fevereiro de 2008 (fls. 107); sua irmã, Karina Daves Bispo, passou a ocupar outro posto de Assistente de Serviços, da mesma pessoa jurídica da Administração Pública indireta, em 1º de agosto do mesmo ano (fls. 101). A admissão de Karina, portanto, deu-se enquanto o irmão estava investido em "*cargo de direção, chefia ou assessoramento*"[8], no dizer da súmula, **salvo se admitido desrespeito à exigência de prévia aprovação em concurso público para postos que não encerrem essas atribuições**. Irrelevante o nível hierárquico do posto de assessoramento, como esclarecido no **Parecer PA n.º 72/2010**[9] (nossos os destaques):

> "(...) até que seja revisto o texto sumular, as nomeações de servidores, no âmbito do Poder Executivo Estadual e para o exercício de cargos em comissão, que mantenham vínculo de parentesco até o terceiro grau, na linha reta, colateral ou por afinidade, com servidores que, precedentemente, ocupem cargos

---

honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço."

[8] Embora, rigorosamente, esses agentes não ocupem cargos, mas empregos públicos, é de aceitar que a súmula, por estender a vedação nela contida à "*administração pública (...) indireta em quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*", abrange também servidores de regimes não estatutários. A nosso ver, o ato sumular apenas acompanha a terminologia do texto constitucional para os postos de confiança na Administração Pública, entre os quais não se acha expressa a peculiar figura do "emprego de confiança".

[9] De autoria do Procurador do Estado ELIVAL DA SILVA RAMOS, atual Procurador Geral, e aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 22 de junho de 2010.

P.A. 121
Fls.

de direção, chefia ou **assessoramento** também no âmbito do Poder Executivo, **não importando a Secretaria de lotação ou o nível hierárquico desses últimos cargos**, configuram situações colhidas pelas vedações veiculadas pela Súmula Vinculante n.º 13, do Supremo Tribunal Federal.

O mesmo se diga em relação às situações similares constatadas no âmbito de **entidade autárquica** ou de pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta estadual, observado o disposto no artigo 7º do Decreto n.º 54.276/09."

19. Daí porque, a partir da data da publicação do ato sumular, momento em que ele ganhou eficácia vinculante, ficou a ARSESP obrigada a sanar a irregularidade, **mediante a dispensa *ad nutum* de um dos empregados em questão**. Destacamos trechos de dois despachos proferidos pela Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral com fundamento em manifestações anteriores desta Especializada, que não deixam dúvidas sobre as providências administrativas esperadas em casos que tais:

"No que diz respeito à interpretação do termo 'mesma pessoa jurídica' [empregada pela Súmula Vinculante n.º 13], (1) no âmbito da Administração Centralizada '*cada Poder* [Executivo, Legislativo e Judiciário] *deve ser equiparado a uma pessoa jurídica distinta, para efeito de aplicação do enunciado sumular*' (Parecer PA nº 72/2010, item 32), inferindo-se daí que todas as Secretarias de Estado e órgãos que lhe são vinculados

P.A. 122
Fls.

integram a "pessoa jurídica Executivo'; (2) no âmbito da Administração Indireta, **as autarquias**, fundações e estatais devem ser consideradas, entre si e em relação à Administração Centralizada, pessoas jurídicas diversas.

(...) deve-se ressaltar que a **exoneração de ocupante de cargo de provimento em comissão prescinde de qualquer notificação prévia ao servidor/empregado**:

(...)

Ademais, penso que **cabe à Administração**, e não àqueles servidores públicos (expressão aqui utilizada em seu sentido amplo), **decidir quem deve ser exonerado**.

A rigor, e interpretando-se literalmente a Súmula Vinculante nº 13, a situação ilícita ocorre quando da segunda nomeação para cargo/emprego em comissão, de modo que esta última é que deveria ser desfeita.

No entanto, perscrutando a *ratio* da Súmula Vinculante, parece-me razoável sustentar que, detectada situação por ela vedada, possa a Administração fazer a opção de qual servidor/empregado será exonerado/demitido. Certamente haverá situações em que será preferível a manutenção do último vínculo em detrimento do primeiro.

> Esse entendimento confere certa discricionariedade à Administração e, ao mesmo tempo, leva ao cumprimento da Súmula Vinculante em tela."[10]

> "(...) foi a edição do Decreto estadual n.º 54.376/2009 que levou, por ordem do Chefe do Poder Executivo, à **obrigatoriedade da observância do texto sumular também para as situações de nepotismo ocorridas antes da publicação da Súmula Vinculante nº 13**. A norma regulamentar não distingue entre nomeações contrárias à súmula anteriores e posteriores à sua publicação, todos os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança devem preencher os formulários trazidos no édito como anexos."[11]

20. Insistimos em que, por melhor disposição que tenhamos em procurar divisar outras possíveis soluções para o caso, achamo-nos tolhidos pelo enunciado claríssimo da Súmula Vinculante n.º 13, que "deve ser cumprida nos estritos termos em que foi editada"[12]. Enfim, consoante também asseverado noutra ocasião por esta Especializada, "A esta Procuradoria Administrativa, como órgão consultivo que é, bem como à própria Procuradoria Geral do Estado a cuja estrutura se integra, não compete flexibilizar a orientação

---

[10] Despacho proferido pelo Subprocurador Geral do Estado nos autos do Processo PGE n.º 18487-1026421/2012, em que figura como interessada a Secretaria da Fazenda, e aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 9 de outubro de 2012 (nossos os negritos; cópia anexa).

[11] Despacho proferido pela Procuradora do Estado Assessora respondendo pelo expediente da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, nos autos do Processo PGE n.º 18487-185973/2012, em que figura como interessado o Ministério Público do Estado de São Paulo (nossos os negritos; cópia anexa).

[12] **Parecer PA n.º 189/2009**, de autoria do Procurador do Estado ELIVAL DA SILVA RAMOS, atual Procurador Geral, e aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 4 de dezembro de 2009.

normativa questionada e sim ao próprio Supremo Tribunal Federal, nos precisos termos do *caput* do artigo 103-A, *in fine*, da Constituição da República"[13].

21. No mais, desde a aprovação do **Parecer PA n.º 4/2012**[14], está em vigor na Procuradoria Geral do Estado orientação no sentido de serem indevidos o pagamento de acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a concessão do aviso-prévio, trabalhado ou indenizado, ao empregado público em comissão livremente dispensado.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 23 de janeiro de 2013.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado
OAB/SP n.º 245.540

[13] **Parecer PA n.º 184/2010**, *cit.*
[14] De nossa autoria e aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 1º de outubro de 2012.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: PGE 18488-591073/2012 (ARSESP nº 96/2012)

INTERESSADO: AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP

PARECER: **PA nº 4/2013**

De acordo com o Parecer PA nº 04/2013.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2013.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

Processo ARSESP nº 0096/2012 (GDOC nº 18488-591073/2012)

Interessado: Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP

Assunto: Processo Administrativo - Nepotismo

O Parecer PA nº 04/2013 (fls. 112/124), que contou com a aquiescência da i. Chefia da Procuradoria Administrativa (fl. 145), concluiu que *"...não há como afastar a incidência da Súmula Vinculante nº 13 ao caso descrito nos autos. Carlos Alberto Daves Bispo foi admitido pela ARSESP para o emprego público de confiança de Assistente de Serviços em 15 de fevereiro de 2008 (fls. 107); sua irmã, Karina Daves Bispo, passou a ocupar outro posto de Assistente de Serviços, da mesma pessoa jurídica da Administração Pública indireta, em 1º de agosto do mesmo ano (fls. 101). A admissão de Karina, portanto, deu-se enquanto o irmão estava investido em 'cargo de direção, chefia ou assessoramento', no dizer da súmula,* ***salvo se admitido desrepeito à exigência de prévia aprovação em concurso público para postos que não encerrem essas atribuições.*** *..."* (item 18, pág. 120 – grifos no original).

Aparto-me desse entendimento, pois conforme foi dito no excerto acima transcrito, tanto a admissão de Carlos Alberto Daves Bispo (**15 de fevereiro de 2008**) quanto a de sua irmã,

Karina Daves Bispo (**1º de agosto de 2008**), foram **anteriores** à Súmula Vinculante nº 13, publicada em **29 de agosto de 2008**.

O artigo 103-A da Constituição Federal[1] é expresso no sentido de a súmula vinculante somente ter eficácia a partir de sua publicação na imprensa oficial[2]:

> *"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que,* ***a partir de sua publicação na imprensa oficial****, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."* (grifei).

Assim, constituídos ambos os vínculos antes do advento da Súmula Vinculante nº 13, e conforme precedentes manifestações desta Procuradoria Geral do Estado[3], não seria o caso de desconstituí-los por força dessa súmula, que tem eficácia *ex nunc*.

Entretanto, o mesmo não pode ser dito quando a questão é analisada sob a ótica do Decreto Estadual nº 54.376, de 26 de maio de 2009.

---

[1] Incluído pela EC nº 45.

[2] *"(c) sua publicação na Imprensa Oficial, que não é pressuposto de instituição, mas de sua eficácia vinculante."* SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 8ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 574.

[3] Consubstanciadas nos Pareceres PA nºs 189/2009, 72/2010, 184/2010, 4/2012 e manifestações desta Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral no Expediente GDOC nº 16847-102642/2012 (juntadas por cópia as fls. 125/137 e 138/144).

É certo que, segundo sua ementa, esse ato normativo *"Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Direta e Autárquica, do disposto na Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal"*, podendo levar um açodado intérprete a inferir que ele somente se aplica a partir da publicação da SV nº 13.

No entanto, o artigo 2º desse decreto é claro ao estabelecer que os *"**atuais titulares de cargos** da natureza a que alude o artigo anterior, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica, deverão, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da publicação deste decreto, preencher e entregar, ao órgão de recursos humanos da respectiva Secretaria de Estado ou Autarquia, declaração nos termos, conforme o caso, dos Anexos I ou II deste decreto."* (grifei e sublinhei).

Ora, a utilização do adjetivo "atual" açambarca não somente os casos de nepotismo posteriores à SV nº 13, mas também aqueles constituídos em momento anterior.

É justamente a situação tratada nos autos.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 13 não haveria necessidade de desconstituição de quaisquer dos dois vínculos, mas o Decreto nº 54.376, de 26 de maio de 2009, de modo contrário, impinge a Administração (no caso, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP) a fazê-lo.

Nesse passo, reitero aqui o que já disse outrora:

> *"A rigor, e interpretando-se literalmente a Súmula Vinculante nº 13, a situação ilícita ocorre quando da segunda nomeação para cargo/emprego em comissão, de modo que esta última é que deveria ser desfeita.*

No entanto, perscrutando a ratio da Súmula Vinculante, parece-me razoável sustentar que, detectada situação por ela vedada, possa a Administração fazer a opção de qual servidor/empregado será exonerado/demitido. Certamente haverá situações em que será preferível a manutenção do último vínculo em detrimento do primeiro.

Esse entendimento confere certa discricionariedade à Administração e, ao mesmo tempo, leva ao cumprimento da Súmula Vinculante em tela."

Dito isso, remetam-se os autos ao Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de parcial aprovação do Parecer PA nº 04/2013.

São Paulo, 23 de abril de 2013.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Processo ARSESP nº 0096/2012 (GDOC nº 18488-591073/2012)

Interessado: Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP

Assunto: Processo Administrativo - Nepotismo

Nos termos da manifestação do Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, aprovo parcialmente o Parecer PA nº 04/2013.

Restituam-se os autos à sobredita Subprocuradoria, a quem caberá divulgar o parecer junto aos órgãos de execução a ela jungidos, bem como à Unidade Central de Recursos Humanos – UCRH, da Secretaria de Gestão Pública.

São Paulo, 24 de abril de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado