BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

NOVEMBRO/DEZEMBRO 2017

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

www.pge.sp.gov.br – BOLETIM CEPGE, v. 41 – n. 6 – novembro/dezembro 2017

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado
Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto
José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria
Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal
Maria Lia Pinto Porto Corona

Corregedor Geral
Adalberto Robert Alves

Ouvidoria
Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco, Maria Lia Pinto Porto Corona, Adalberto Robert Alves, Mariângela Sarrubbo Fragata, Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Henrique Martino Monteiro, Priscilla Souza e Silva Menário Scofano, Rebecca Correa Porto de Freitas, Renan Raulino Santiago, Rodrigo Augusto de Carvalho Campos, Rogério Augusto da Silva, Valéria Cristina Farias

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe
Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria
Camila Rocha Schwenck,
Joyce Sayuri Saito, Valter Farid Antonio Junior

Comissão Editorial

Presidência
Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva
Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Rafael Carvalho de Fassio, Sérgio de Castro Abreu

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016.
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP
Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 300 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Sumário

Editorial 7

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos 9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições 9

Peças e julgados

Apelação interposta pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/SP). Mensagem publicitária televisiva, produzida pela AMBEV, no contexto de campanha intitulada "Musa do Verão", veiculada no ano de 2006. Autuação lavrada pelo PROCON/SP, com base na regra do art. 37, § 2º, do CDC, à vista do caráter abusivo da mensagem publicitária. "Coisificação" da mulher caracterizada, porquanto a peça publicitária mostra "clones" da musa do verão, representada por conhecida personagem da mídia, sendo entregues, em carrinhos, por homens para homens, supostamente também consumidores da cerveja. Liberdade de criação que não se concilia com mensagem que discrimina o gênero feminino, tratando a mulher como objeto de consumo. Procedimento de autuação e imposição de multa que se mostra em conformidade com os parâmetros estabelecidos no art. 57 da LF nº 8.078/90, tratando apenas a Portaria 23/2005, editada pelo PROCON, de aplicá-los. Valor da multa que se revela em conformidade com a norma do art. 57 da LF nº 8.078/90. Regra do art. 111 da Constituição do Estado que se viu observada. Sentença reformada. Recurso provido 11

Parecer da Procuradoria Administrativa

SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DÚVIDA QUANTO AO PRAZO PARA EXONERAÇÃO DE SERVIDOR EM VIRTUDE DA CONSTATAÇÃO DE SUA INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO EFETIVO. À luz do princípio da máxima efetividade da Constituição, deve-se interpretar o artigo 41 da Lei Maior, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, de modo a garantir eficácia tanto ao caput quanto ao § 4º desta norma. Assim, são condições igualmente indispensáveis à aquisição de estabilidade em cargo efetivo: (i) decurso de três anos de efetivo exercício (artigo 41, *caput*); (ii) manifestação favorável à confirmação do servidor, emitida por comissão instituída para realizar avaliação especial de desempenho (artigo 41, § 4º). Sem a avaliação positiva, o servidor não há de ser considerado estável, ainda que decorrido o triênio constitucional ou o prazo

estipulado em lei ou regulamento para o desfecho do processo de avaliação. A inobservância do prazo, porém, poderá ensejar responsabilização funcional quando constatada a inexistência de motivo justo. Proposta de alteração do entendimento vigente na Procuradoria Geral do Estado acerca do tema. Exame da doutrina e da jurisprudência pátrias. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 360/1995, 04/1999, 237/1999 e 124/2000; Pareceres PA nº 464/2003 e 134/2014; Pareceres AJG nº 251/2015 e 38/2017 53

Ementário

Consultoria 91
Contencioso Geral 94
Contencioso Tributário-Fiscal 97

Editorial

Caros leitores,

Chegamos ao fim de 2017. Neste ano, o Centro de Estudos enfrentou grandes desafios. Talvez o maior deles tenha sido o de manter a qualidade de seus serviços, não obstante a carência de servidores e procuradores. Unificamos setores, reorganizamos equipes com o objetivo de aperfeiçoar os trâmites administrativos e, graças ao primoroso e irretocável trabalho da Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos, Dra. Mariângela Sarrubbo Fragata, foi possível superar os obstáculos que se colocaram à frente dos novos projetos.

No total, em 2017, foram oferecidas mais de 5.000 (cinco mil) vagas em mais de 50 (cinquenta) diferentes cursos, além daquelas relativas aos cursos de extensão e especialização promovidos pela Escola Superior da PGE. Foram analisados mais de 3.000 (três mil) solicitações de reembolso relativas aos programas Pró-Livro, Pró-Hardware, Pró-Software e ajuda financeira para cursos externos.

No que tange ao Setor de Divulgação, são muitos os desafios para manter nossas publicações atualizadas: reunir material, organizar reuniões da Comissão Editorial, coordenar a editoração, revisar os textos, dentre outros. Porém, nada supera o orgulho de ver mais uma publicação completa e, mais do que isso, à altura de seus leitores.

Neste número, algo muito especial se apresenta: o trabalho da Dra. Maria Bernadete Bolsoni Pitton que, com esmero, defendeu a dignidade da mulher, repudiando à sua "coisificação". Sim; esta foi a expressão utilizada pelo relator que analisou o recurso de Apelação nº 0005431-07.2010.8.26.0053, interposto pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP.

Em que pese o fundamento jurídico pautado no Código de Defesa do Consumidor, a questão de fundo é muito maior, uma vez que ainda se verifica divergência de entendimento entre autoridades do Poder Judiciário, ao examinar uma publicidade de cerveja que utiliza a mulher como um objeto. A ação demandou árduo e rico trabalho dos colegas em exercício no PROCON/SP, inclusive, em embargos de divergência, considerada a posição conservadora de alguns julgadores que entenderam tratar-se de mera publicidade bem-humorada. Preponderou, contudo, os consistentes argumentos apresentados pela PGE em defesa do valioso princípio da igualdade que, não raro, sofre violentos atentados sob a camuflagem de "bem-humoradas" propagandas.

Neste número, destaca-se também o parecer PA nº 71/2017, de lavra da Dra. Juliana de Oliveira Duarte Ferreira que, após meticulosa análise, entendeu possível a exoneração por inaptidão para o exercício do cargo constatada em estágio probatório, mesmo depois de vencido o prazo trienal. Trata-se de entendimento inovador que reviu posição institucional anterior, exarada há quase 20 (vinte) anos.

Assim é a atuação da PGE, instituição da qual me orgulho pertencer. Sempre atentos, os valorosos procuradores não medem esforços na defesa do bem comum. Mesmo nas situações mais difíceis, como a que se apresentou em 2017, em que tivemos um enorme déficit de procuradores e servidores, grandes vitórias foram alcançadas, em todas as áreas que compõem a PGE.

E por fim, despeço-me de 2017 expressando a minha mais sincera gratidão a toda a equipe do Centro de Estudos e, renovo as esperanças para que 2018 seja um ano ainda melhor e mais profícuo.

Estou certa de que o peso dos afazeres diários não permite aos colegas a leitura tranquila do nosso material. Mas toda leitura, ainda que breve, sempre resulta em um enriquecimento intelectual hábil a enfatizar ainda mais o importantíssimo papel exercido pela PGE no contexto da Administração Pública. E, não exatamente pela organização do material pelo Centro de Estudos, mas pela qualidade das peças e dos trabalhos dos combativos Procuradores do Estado de São Paulo.

Desejo a todos uma excelente leitura e um 2018 repleto de realizações!

JOYCE SAYURI SAITO
Procuradora do Estado Assistente
Centro de Estudos - PGE

Cursos do Centro de Estudos

09.11 – Workshop – Acordo de Leniência. Impactos nas licitações e contratos administrativos

14.11 – Formação de pregoeiros

16.11 – Workshop – Execução contra a Fazenda Pública: fase requisitorial

17.11 – Recursos Humanos e nome social: utilização na Administração Pública

23.11 – Workshop – A administração da dívida ativa e o combate à sonegação fiscal

29.11 – Semipresidencialismo e Semiparlamentarismo com Direito Constitucional Comparado

30.11 – Seguros e Concessões

08.12 – 2º Encontro do Fórum de Compartilhamento de Soluções: boas práticas administrativas

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

06.11 – Sistema de gerenciamento de registro de preço – e-GRP – Secretaria da Fazenda

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO Nº 0005431-07.2010.8.26.0053

Procedimento Ordinário

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 57.659.583/0001-84, por sua procuradora do Estado, infra-assinada, nos autos do processo em epígrafe que lhe move **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, ante a respeitável decisão de fls. vem interpor **RECURSO DE APELAÇÃO**, nos termos do art. 513 e seguintes, do Código de Processo Civil, e requerer o recebimento das inclusas razões, para apreciação do Egrégio Tribunal *Ad Quem*.

Requer sejam as intimações dos atos processuais feitas em nome dos Procuradores do Estado **MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON,** OAB/SP 106.081; **ADRIANO PUGLIESI LEITE**, OAB/SP 172.844 e **TATIANA DE FARIA BERNARDI,** OAB/SP 166.623.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081

RAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara
Ilustres Julgadores,

I – SÍNTESE DO PROCESSO

Cuidam os autos de ação anulatória movida pela apelada em relação à apelante, visando à anulação de auto de infração 1.037, série D5, processo administrativo nº 803/06, lavrado pela Fundação PROCON por infração ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

Em sua defesa alegou a apelada, em síntese, o seguinte:

> *a) Inocorrência de publicidade abusiva, vez que não traz de conteúdo ofensivo à figura feminina e saiu do ar há mais de três anos, não havendo mais razão para punição;*
>
> *b) Para haver publicidade discriminatória, seria necessário que a discriminação não fosse banal e se revestisse de conteúdo antiético, o que não seria o caso, já que a publicidade "Musa do Verão" não extrapolara os limites do razoável;*
>
> *c) Desproporcionalidade da multa ao final aplicada, arbitrada com base em critérios subjetivos e em desconformidade com a pouca gravidade da infração e da mínima vantagem econômica auferida.*

Em sede de contestação, a apelante alegou que:

> *a) a apelada infringiu o artigo 37, § 2º, da Lei do Consumidor, por ter veiculado, nos meados de março de 2006, publicidade do produto "Cerveja Skol" sob o título " Musa do Verão", de cunho discriminatório por transmitir a ideia de que a mulher, assim como a cerveja, seriam um objeto de consumo;*
>
> *b) a publicidade deve atender s sua "função social", não pode deixar de respeitar o interesse de toda a coletividade;*
>
> *c) constatou-se que houve discriminação sexista na campanha publicitária "Musa do Verão", onde a mulher foi colocada em posição inferior e subordinada ao homem;*
>
> *d) Inexistência de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da penalidade imposta.*

Após regular instrução foi o feito julgado procedente, tendo a r. sentença decidido no sentido de inexistência de violação ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90, por descaracterização da prática de propaganda discriminatória, tomando por base o julgamento de Ação Civil Pública conexa, que reconheceu a improcedência do pedido formulado pelo Ministério Público em face da apelada.

Fato é que a sentença merece ser anulada, tendo em vista o claro teor discriminatório e sexista da peça publicitária em questão, que reforça o estereótipo equivocado da mulher como objeto, o que caracteriza o total descumprimento do artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

II – DA CONDUTA INFRACIONAL

A conduta infracional praticada subsume-se ao disposto no artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90, vez que a publicidade mostra uma praia com um palco montado, em que é apresentada a vencedora do concurso para "musa do verão" (representada pela atriz Bárbara Borges). Há muitos fãs e fotógrafos em volta e os seguranças não permitem que ninguém se aproxime. No meio do alvoroço, um desconhecido faz a seguinte afirmação: "se o 'cara' que inventou a Skol tivesse inventado a "musa do verão", ela não seria assim. Seria assim [...]." Então se inicia uma sequência de cenas descrevendo o processo de clonagem da musa e a entrega dos clones a homens de diversos lugares. Cada um recebe a sua musa de uma maneira diferente. Um dos homens demonstra insatisfação porque sua musa era barbada: "pô, justo a minha veio com defeito!". Ao final do filme, um senhor abre a porta e indaga: "é importada?".

Em outras palavras, se o "cara" que inventou a Skol tivesse inventado a "musa do verão", ela estaria ao alcance de todos os homens, assim como a cerveja Skol; a musa é clonada e **entregue em carrinhos** a diversos homens; um deles reclama que a sua musa **veio com defeito** (porque tinha bigode); e um senhor pergunta se a sua musa **era importada**. Sabemos que somente uma coisa (e não uma pessoa) pode ser colocada em cima de um carrinho e entregue aos consumidores ou ainda ser defeituosa ou importada.

Ao comparar a musa a um produto, no caso a cerveja Skol, que está à disposição de todos os homens, a publicidade "Musa do Verão" "coisifica" a mulher e, consequentemente, coloca-a em posição inferior e subordinada em relação ao homem.

O homem é o dominante e a mulher, a dominada.

Estamos claramente diante de uma publicidade sexista, que abusa de estereótipos que nada acrescentam de positivo nos esforços desenvolvidos para tornar a sociedade mais igualitária.

As publicidades criativas que se utilizam do humor em suas peças são bem-vindas, o que se tenta combater, como é o caso da publicidade sob análise, é que a mulher seja retratada de forma estereotipada, aumentando ainda mais a dificuldade existente de combater a discriminação.

A publicidade em questão faz parte da campanha publicitária "Invenções", patrocinada pela apelada[1], juntamente com outras, tais como "Tarja de Censura", "Sutiã", "Provador" e "Bebedouro" (doc. 02 – fls. 172/176).

Tudo é redondo: o corpo da mulher, os seus seios, as suas pernas, as suas nádegas, o rótulo da cerveja, as tarjas de censura em cada seio, o botão *eject* para abrir o sutiã de maneira mais fácil e rápida, o provador que cobre apenas o rosto da mulher, deixando seu corpo seminu todo descoberto, o bebedouro que fica a poucos centímetros do chão a ponto de permitir que qualquer pessoa possa ver as suas pernas e nádegas. A circularidade remete aos *slogans*: "com Skol tudo fica redondo" ou "Skol, a cerveja que desce redondo".

Em suma, a publicidade "Musa do Verão" é abusiva por conferir tratamento desigual e desvantajoso à mulher, que é utilizada como um objeto de consumo disponível a todos os homens. Carrega, portanto, mensagem de conteúdo machista, servindo de instrumento para a manutenção da violência e discriminação contra a mulher.

O caminho realizado pela mulher na busca de um espaço na sociedade foi marcado pela violência e discriminação.

Por séculos, as mulheres não foram consideradas como sujeitos de direitos e obrigações. Em muitas culturas, não eram vistas nem como seres humanos, detentores de dignidade e respeito. Geralmente eram colocadas em regime de clausura doméstica: se fossem casadas, serviam apenas para cuidar do marido, dos filhos e do lar; se fossem solteiras, tinham que ficar em casa ajudando nos afazeres domésticos e esperar que o pai encontrasse um marido para poderem casar e ter uma família. Não tinham o direito de expressar a sua vontade. Era normal que se casassem jovens, pois quando chegavam aos vinte anos já eram consideradas solteironas.[2]

No século XIX, a vida das mulheres da camada senhorial sofreu algumas modificações, à proporção que se intensificava o processo de urbanização. Passaram a frequentar igrejas, bailes e teatros, apesar de não participarem efetivamente do mundo cultural. Praticamente não tinham o direito de estudar, direito esse relegado aos homens.

Em geral, o ensino que lhes era ministrado era muito fraco, mesmo em escolas frequentadas por meninas burguesas. Um dos problemas é que a escolaridade

1 Disponível em: <http://www.ambev.com.br/not_04.php?noticia=142>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2007.

2 Flávia Patrícia Martins Jordão, "O Erotismo e a Sensualidade da Mulher na Publicidade e na Propaganda", 2005, Dissertação (Mestrado em Comunicação), Universidade de Marília, São Paulo, p. 18-19. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/trabalhos.php?area=4>. Acesso em: 23 de maio de 2007.

se iniciava aos sete ou oito anos e aos quatorze ou quinze anos, as meninas eram retiradas da escola porque o casamento já esperava por elas.[3]

A partir do século XX, com a revolução industrial, o progresso científico e o desenvolvimento dos meios de comunicação como rádio, jornais e televisão, a mulher começou sua luta, ficando clara a discussão sobre igualdade de gêneros.[4]

Mais amadurecida, com uma visão mais crítica da realidade, a mulher começou a fazer escolhas, como tomar pílula anticoncepcional, fumar em público, usar calças compridas ou minissaias, ser mãe solteira.[5]

Em fins do século XX e início do século XXI, a mulher passou a ocupar lugar de destaque no meio social, ingressando nas áreas de domínio público, na política, na economia, nas letras, nas artes, nas empresas, nos meios de comunicação de massa. E o homem passou a ser um parceiro nas atividades domésticas e na educação dos filhos.[6]

Apesar de todas as conquistas sociais e políticas, ainda nos dias atuais a mulher não tem sido considerada por alguns setores da mídia como um ser humano integral, que não tem apenas um corpo, mas também uma alma. A mulher pensa, raciocina, sente, emociona-se.

Ao explorar somente o seu corpo, a mídia "fragmenta" a mulher, como explicam Jacira Melo, Diretora Executiva do Instituto Patrícia Galvão, e Marisa Sanematsu, jornalista:

> *"A **publicidade**, como debate o texto a seguir, **continua na contramão da história das mulheres.***
>
> *Diferentes pesquisas sobre a imagem da mulher na publicidade mostram que as mulheres consideram que **a representação dominante é a da 'mulher sexual'**. É importante salientar que são pesquisas realizadas ao longo das últimas duas décadas por agências de renome nos mercados publicitários nacional e internacional. Esses estudos revelam que **há uma crítica geral à exploração publicitária do corpo da mulher, usado como chamariz para promover a venda dos mais diversos produtos. A imagem sexualizada da mulher é a mais fortemente rejeitada pelas próprias mulheres**.*
>
> *Uma das mais recentes pesquisas realizadas nesse campo – batizada de Miss Understood – foi coordenada pela agência Leo Burnett, que promoveu grupos*

3 Op. Cit, p. 19-20.

4 Op. Cit., p. 21-22.

5 Op. Cit., p. 22.

6 Op. Cit., p. 22-23.

de discussões em sete países: Brasil, México, Estados Unidos, Inglaterra, Índia, Japão e China (Leo Burnett, 2004). Foram ouvidas 180 mulheres das classes A e B, entre 16 e 40 anos, que têm o hábito de ver TV e ler jornal e revistas, com o objetivo de descobrir do que a mulher gosta ou o que rejeita, e qual é o modo de se comunicar com ela.

Segundo os resultados da pesquisa, as mulheres não suportam enrolação, detestam ser retratadas por meio de estereótipos e valorizam, acima de tudo, o humor e a emoção. *Marlene Bregman, uma das coordenadoras do estudo da Leo Burnett no Brasil, diz que a mulher quer respeito, além de humor, emoção e sexo. 'Sim, mulher adora sexo! Ela não gosta é de machismo, de ser retratada como a gostosona cretina, reduzida a curvas e peitão...', disse ela em reportagem da revista Cláudia (2005). Como se vê, as mulheres são bastante críticas aos padrões da publicidade. A pesquisa da agência Leo Burnett serve de advertência para criativos da publicidade de diversos países:* ***as mulheres se veem com diferentes capacidades, desejos e instrumentais, para além do sexo, e, assim, rejeitam as propagandas que as reduzem a objeto sexual****.*

(...)

Um outro estudo, 'A mulher na publicidade', coordenado pela executiva de planejamento e pesquisa da agência de publicidade F/Nazca S&S, Cecília Novaes, levantou os arquétipos mais comuns da publicidade brasileira e os classificou entre aqueles que suscitam maior e menor identificação (Novaes, 2005). O resultado é que o público feminino se identifica mais com os arquétipos das mulheres trabalhadoras, fortes, livres e mães. ***Os arquétipos de menor identificação são o da mulher-objeto****, das empregadas domésticas e das mulheres maravilhosas.*

(...)

Os estereótipos valem para as diferentes personagens, mas em especial para as mulheres. Esses estereótipos fragmentam as mulheres, que, na maioria das vezes, estão nos filmes de publicidade resumidas a um par de seios ou a um exuberante traseiro. Por quanto tempo mais vamos debater a publicidade e cobrar a ausência da mulher por inteiro?"[7] *(grifamos)*

Considerando que a palavra e a imagem têm tal força a ponto de produzir o que se diz e o que se vê, permitir esse tipo de publicidade é potencializar a violência contra as mulheres e realimentar a discriminação por elas sofrida ao longo de séculos.

Nesse sentido, vejamos a explicação da Promotora de Justiça do Rio de Janeiro Heloísa Carpena Vieira de Mello:

7 Disponível em: <http://www.patriciagalvao.org.br/novo2/fragmentosdamulhernapublicidade.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2007.

> *"Se não tem função informativa, como sustenta grande parte da doutrina, a propaganda abusiva possui* ***notável importância do ponto de vista cultural, como estimuladora ou reprodutora de comportamentos****, ainda que não perca de vista seu compromisso com a venda de um produto ou serviço. Para confirmar esta afirmação, basta observar o quanto* ***têm se tornado frequentes peças publicitárias onde sequer aparece o produto anunciado, predominando imagens que refletem o estilo de vida associado ao seu uso."***[8] *(grifos nossos)*

É isso o que faz a publicidade "Musa do Verão": mantém a visão social construída de que o homem é superior à mulher e, por isso, pode ser por ele "consumida".

Não se pode olvidar que a publicidade deve atender à sua "função social", o que significa que, apesar de ser um poderoso instrumento para aumentar a venda de produtos e serviços, não pode deixar de respeitar o interesse de toda a coletividade.

É o que afirma a especialista em Comunicação Michele Araújo de Menezes:

> *"A* ***função social da publicidade****, de caráter informativo, de promoção de ideias, produtos e serviços (de maneira saudável e ética) e de entretenimento,* ***começa a ser questionada a partir do momento em que os fins (aumentar as vendas de produtos e serviços dos clientes) não justificam os meios.***
>
> *(...)*
>
> *Alguns segmentos (ou públicos) da sociedade são os que geram maior polêmica em relação à publicidade, entre eles* ***as mulheres, que mesmo com toda luta para conquistar sua independência, continuam restritas a tarefas domésticas ou sendo usadas em propagandas com apelo sexual.***
>
> *(...)*
>
> *Caracteriza-se aqui a* ***função social da propaganda****, que visa a informar a população, incluir minorias,* ***acabar com preconceitos****, respeitar culturas, trabalhar a publicidade com ética, tudo isso sem deixar de focar a função comercial de vender produtos e serviços."*[9] *(grifamos)*

Assim, a possibilidade de veicular publicidade para aumentar a vendagem de cerveja não dá à fabricante a liberdade de descumprir valores sociais e produzir depreciações e polêmicas, como assevera a advogada Rosangela Amatrudo:

---

8 "Prevenção de Riscos no Controle da Publicidade Abusiva". In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set de 2000, v. 35, p. 125.

9 "A Responsabilidade Social nas Agências de Publicidade e Propaganda", 2006, Monografia (Especialização em Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 36-40. Disponível em: <http://gestcorp.incubadora.fapesp.br/portal/monografias/pdf/Microsoft%20Word%20-%20capas/>. Acesso em: 01 de junho de 2007.

> *"**A publicidade abusiva, independentemente de boas, ou más intenções, assim será caracterizada pela norma pelo simples fato de causar quaisquer danos aos valores não econômicos, isto é, lesões aos valores da sociedade**, seja qual for a extensão ou intensidade destes danos causados à sociedade.*
>
> *A Constituição Federal dá a todos a liberdade de expressão e comunicação, entretanto, **não nos dá através destas a liberdade de jogar com os valores e com as emoções de uma sociedade, causando depreciações ou criando polêmicas que possam influir prejudicialmente na cultura de um povo."**[10] (grifos nossos)*

O tema, portanto, tem sido amplamente debatido, o que demonstra que esse tipo de publicidade não fere somente a mulher, mas toda a sociedade, conforme se denota pela repercussão do artigo da socióloga e professora Berenice Bento, publicado no jornal Folha de S. Paulo (03/01/2007), sob o título "A cerveja e o assassinato do feminino", em que declara:

> *"**Como não ficar estarrecida com a reiterada violência contra as mulheres nos comerciais de cerveja? Com raras exceções, a estrutura dos comerciais não muda: a mulher quase desnuda, a cerveja gelada e o homem ávido de sede.** As campanhas são direcionadas para o homem, aquele que pode comprar.*
>
> *(...)*
>
> *Todos os comerciais são de cervejas diferentes e estão sendo exibidos simultaneamente. Nesses comerciais não há metáforas. **A mulher não é 'como se fosse a cerveja': é a cerveja.** Está ali para ser consumida silenciosamente, passivamente, sem esboçar reação, pelo homem.*
>
> *(...)*
>
> *Agora, **é incalculável o estrago que imagens reiteradas de mulheres quase desnudas, que não falam uma frase inteligente, que estão ali para servirem à sede masculina, invisibilizadas em duas tragadas, provocam na luta pelo fim da violência contra as mulheres**.*
>
> *Da mesma forma que o 'piadista' racista e/ou homofóbico acha que tudo não passa de 'brincadeira', **o marqueteiro misógino supõe que sua 'obra-prima' apenas retrata uma verdade aceita por todos, inclusive por mulheres: elas existem para servirem aos homens.** E como é uma verdade aceita por todos, por que não brincar com ela? Ou seja, nessa lógica, ele não estaria fazendo nada mais do que reafirmar algo posto. Será? **Não é possível***

10 "Publicidade Abusiva". In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez de 2004, v. 52, p. 207.

> ***que defendam aquela sucessão de imagens violentas como 'brincadeiras'*** *(...)"*[11] *(grifamos)*

A jornalista Ligia Martins de Almeida, comentando o artigo escrito por Berenice Bento (09/01/2007), assegura:

> *"A imagem da mulher na propaganda – especialmente nos anúncios de cerveja – estava a merecer, e não é de hoje, um estudo mais sério.* ***Já era hora de alguém tentar explicar por que beber cerveja só é um prazer completo quando os homens são cercados por mulheres seminuas.*** *Será a cerveja um poderoso afrodisíaco? Ou será que a cerveja torna os homens irresistíveis às mulheres lindas, jovens e de corpo mais que perfeito?*
>
> *(...)*
>
> ***Esses felizes consumidores vão chegar ao máximo do prazer*** *– depois de consumir hectolitros de cerveja, sem ressaca ou qualquer tipo de mal-estar –* ***consumindo aquelas mulheres lindas – que, aliás, só existem para serem consumidas e dar prazer aos homens.***
>
> ***Tratar as mulheres como produtos de consumo incomoda, é de mau gosto e machista. Mas talvez o que perturbe mais é ver que, na opinião dos publicitários, as mulheres só têm valor quando são 'gostosas' e disponíveis. Mulheres que desfilam biquínis sumários na praia com a exclusiva intenção de proporcionar aos bebedores de cerveja um prazer a mais.***
>
> *(...)*
>
> *Se a mídia quiser discutir o assunto – sem medo da reação de seus anunciantes – vai descobrir muitos outros anúncios nos quais, a pretexto de vender de sabonete a geladeiras,* ***os publicitários despem as mulheres como se estas fossem, como a loira gelada, um objeto de prazer masculino.***"[12] *(grifos nossos) (doc. 05 – fls. 186/188)*

Em entrevista realizada pelo Observatório da Imprensa, a ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéia Freire, demonstrou o desejo de dialogar com as fabricantes de cerveja sobre as publicidades veiculadas:

> *"Quando nós discutimos a violência, nós não nos preocupamos em olhar as matrizes que formam a violência. Essa questão das campanhas das cervejarias tem sido reiteradamente criticada pelas mulheres.*
>
> *(...)*

11 Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0301200709.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2007.

12 Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=415OPP001>. Acesso em: 12 de março de 2007.

> *Começamos a trabalhar numa linha, espero que nos próximos anos consigamos, que é fazer um trabalho formal, mesmo, de observatório, para onde as pessoas possam se dirigir e que vá além da retirada do ar, promova um trabalho de discussão com as empresas.* ***Das cervejarias nós nunca nos aproximamos. Acho que é preciso fazer isso."***[13] *(grifamos)*

Em notícia publicada no jornal Folha de S. Paulo (30/01/2007), sob o título "Cervejarias descumprem veto a erotismo", as fabricantes de cerveja inclusive se comprometeram a evitar o uso de mulheres em publicidades com apelo sexual:

> *"****Três anos após se comprometerem a não recorrer ao apelo sexual em anúncios de bebidas alcoólicas, as cervejarias voltaram a abusar de cenas com conotação erótica nas campanhas publicitárias deste verão****.*
>
> ***Integrantes do mercado publicitário e representantes dos produtores de álcool admitem que parte da última safra de propaganda desrespeita o acordo de autorregulamentação.***
>
> *'É preciso que haja muita responsabilidade para que a gente não perca a liberdade', alerta Dalton Pastore, presidente da Associação Brasileira de Agências de Publicidade.*
>
> *O superintendente do sindicato das cervejarias, Marcos Mesquita, também reconheceu 'algumas irregularidades sob o conceito ético' na nova safra de comerciais, sem citar nomes. 'Todos esses equívocos ou casos de mau gosto são pontuais'."*[14] *(grifos nossos)*

Se as cervejarias se comprometeram a não explorar a imagem da mulher dessa forma, é porque admitiram, *a contrario sensu*, que tais publicidades são abusivas. Porém, continuam descumprindo o seu compromisso com toda a coletividade ao utilizarem a mulher como se fosse um produto, que pode ser adquirido e consumido pelo homem, no caso a cerveja que "desce redondo" como as curvas do seu corpo quase nu.

É o que infere o publicitário Luis Henrique de M. Paulo, em artigo publicado no Observatório da Imprensa (27/03/2006), sob o título "Continuam cegos, surdos e sem imaginação":

> *"De um modo ou de outro,* ***o fato é que nada de realmente novo surgiu nas campanhas de cervejas nos últimos 10, talvez 20 anos: continuam apelando para a ideia de 'gostosa' fazendo uma espécie de metáfora por***

13 Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/blogs.asp?id_blog=4&id=2397F63C-DBEA-4EF0-810C-25D436E82EAD>. Acesso em: 11 de abril de 2007.

14 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3001200701.htm>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2007.

> ***aproximação entre a bebida e a mulher da vez****. Talvez não haja mesmo nada para mudar, pois não deve ter mudado a cabeça do bebedor de cerveja, mas em vista do acirramento da disputa entre as cervejarias, não era a hora de usarem de um pouco mais de esforço criativo, sair dessa mesmice (apesar das gostosas) e se sobressair com algo inovador que seja lembrado por muito tempo e leve seu cliente à liderança do setor?"*[15] *(grifamos)*

Outra notícia publicada na Folha OnLine (24/10/2006), sob o título "Mulheres: clichê cansado", afirma que essas publicidades, apesar de ainda existirem, têm perdido sua força e tendem a se restringir a hipóteses em que o corpo da mulher seja realmente necessário:

> *"Modelos de biquínis minúsculos, cervejas geladas, homens sorridentes no bar.* ***Esse cenário, comum em propagandas que associam mulheres a produtos tidos por 'masculinos', pode não estar com os dias contados, mas tem perdido força.***
>
> *(...)*
>
> *'As agências entenderam que [as mulheres] rejeitam a marca', diz Selma Felerico, professora da pós-graduação em comunicação da Escola Superior de Propaganda e Marketing. Para ela,* ***a tendência é que a mulher deixe de ser um objeto sexual nas peças e que o corpo seja usado 'quando necessário' - em propagandas de protetor solar, por exemplo.***
>
> *(...)*
>
> *Mas o recurso publicitário de atrair atenção para um produto por meio de representação sexualizada da mulher ainda persiste, tendo como seu carro-chefe a propaganda de cerveja.* ***'A garrafa lembra o corpo da mulher; a 'loira gelada' lembra a 'loira social'. A propaganda liga o prazer erótico à degustação'****, analisa Tânia Hoff, professora do programa de mestrado em comunicação e práticas de consumo da ESPM.* ***'Já que não tem a mulher, ele bebe a cerveja',*** *completa Flailda Garboggini, diretora da faculdade de publicidade e propaganda da PUC-Campinas. (...)*
>
> *Ainda que se reconheçam os avanços, é difícil sair do lugar comum. 'A exploração continua', pondera Marcos Cobra, professor de marketing da FGV-EAESP (Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas).* ***'O sexo vende porque dá destaque à marca e a associa a momentos prazerosos'.****"*[16] *(grifos nossos)*

15 Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=374OPP002>. Acesso em: 16 de maio de 2007.

16 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2006/topofmind/fj2410200623.shtml>. Acesso em: 15 de maio de 2007.

Com uma visão otimista, a publicitária e presidente do Grupo *Full Jazz* de Comunicação Christina Carvalho Pinto acredita que a publicidade do futuro rejeitará todos os estereótipos e não mais confundirá a mulher com a cerveja:

> *"Isso me leva a pensar que a propaganda do futuro vai mergulhar ainda mais fundo na alma humana e nas misteriosas necessidades individuais. A comunicação vai ser mais e mais sincera.* ***Todos os estereótipos serão definitivamente rejeitados, pois não encontrarão ressonância em nenhuma tribo de consumidores.*** *Homens e mulheres serão cada vez mais retratados na sua imensa capacidade de viver múltiplos e fascinantes papéis. Todos os tipos físicos serão respeitados em sua beleza original e legítima. A morenice das brasileiras vai deixar de se oxigenar por estimulação irracional da mídia.* ***O mundo vai perceber que cerveja e corpo de mulher não são rigorosamente o mesmo assunto.*** *A manipulação das crianças será banida dos comerciais e dos lares.* ***O conteúdo ético de cada peça publicitária será considerado sagrado.*** *Nosso talento para o humor será ampliado. Nossa capacidade de emocionar será valorizada.*
>
> *E o respeito que merecemos, por tudo o que lutamos e pelas competências que desenvolvemos, será vivido todos os dias no relacionamento entre agências e anunciantes. Teremos futuro se começarmos a viver tudo isso hoje."*[17] *(grifamos)*

O tema tem sido discutido não só no Brasil, mas também em outros países do mundo. A título de exemplo, citamos a França e o Reino Unido.

Na França, foi produzido um relatório intitulado "A imagem das mulheres na publicidade", produzido pela Secretaria dos Direitos das Mulheres e divulgado no dia 11 de julho de 2001, que propunha "um reforço da capacidade de expressão e ação da sociedade civil", em particular das associações de luta contra a violência e a discriminação das mulheres. Segundo pesquisa de opinião realizada à época, 50% (cinquenta por cento) das mulheres ouvidas se sentiam revoltadas ao verem o corpo feminino seminu como pretexto para a venda de todos os tipos de produtos.

Outra pesquisa feita em junho de 2001, na qual se perguntou "que tipo de publicidade choca mais você?", as respostas foram**: aquelas que mostram as mulheres em atitudes sexualmente provocantes; aquelas que caricaturizam as mulheres: no fogão, no volante, como mulheres-objeto; aquelas que mostram mulheres inteiramente nuas; aquelas que mostram mulheres que sofreram violência.**[18]

17 Disponível em:<http://www.fulljazz.com.br/lancamento/pt/secoes/ccp/comunicacao_mododeusar.aspx> Acesso em: 24 de maio de 2007.

18 Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos/obspp180720011p.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2007.

Dentre as regras do código sobre a utilização da imagem da mulher na publicidade francesa, elaboradas em 1975 pelo *Bureau de Vérification de la Publicité* (BVP), que controla os anúncios publicitários, estão: "a publicidade deve respeitar a dignidade da mulher e não chocar a sensibilidade do público"; "a imagem da mulher não deve ser vista como uma provocação"; "a exploração da nudez é desaconselhada"; **"a mulher não deve ser reduzida à função de objeto publicitário";** "a publicidade não deve sugerir a ideia de uma inferioridade da mulher".[19] (doc. 11 – fls. 208/210)

No Reino Unido, a rigidez no controle da publicidade de bebidas alcoólicas é tão grande quanto na sua venda.

As regras para os anúncios foram criadas em 1975 e estabelecem que a publicidade "não deve ligar o álcool à sedução, à atividade sexual nem implicar que a bebida pode aumentar a atração, a masculinidade ou a feminilidade".[20]

Isso tudo nos leva à seguinte conclusão: a publicidade "Musa do Verão" é abusiva por utilizar a mulher como um produto, uma coisa, uma mercadoria, um objeto de consumo e por agravar a violência e discriminação contra ela.

A apelada pode sim utilizar a publicidade para aumentar a venda do seu produto. O que ela não pode é discriminar a mulher como meio para conseguir o seu objetivo. O aumento dos lucros não é (ou não deveria ser) um fim único, ele está vinculado a outro maior, que é o interesse da coletividade em receber informação de forma ética e moral acerca dos diferentes produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Diante da manifestação de toda a sociedade, mulheres e homens, de diversas classes sociais, profissionais das mais variadas áreas, do Brasil e de outros países, os órgãos de defesa do consumidor assumem um papel importantíssimo na luta contra a publicidade discriminatória de natureza sexista.

Cabe ressaltar que a apelada, na petição inicial, tropeça no seu próprio discurso e reconhece o rebaixamento da figura feminina à condição de coisa, a exemplo da cerveja de sua fabricação. Nesse sentido, confira-se o item 7 (fl. 4):

> *"O anúncio, estrelado pela estrela global Bárbara Borges, visava a democratizar a então eleita musa do verão, sempre vista como alguém distante e inacessível, tornando-a próxima e tangível a todos...* ***assim como uma boa cerveja deve ser."***

19 Idem.

20 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3001200710.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2007.

Ou seja: em meio a um discurso debochado e repleto de ironia, muito próximo a uma bem-humorada conversa de botequim, uma clara demonstração de que, sob a ótica da autora, mulher e cerveja são, sim, bens de consumo... são "coisas"... Mais claro que isso, impossível.

Assim, a postura da apelante diante da peça publicitária de responsabilidade da autora não constitui "só marola" (fl. 7, item 15) e tampouco ato que a coloca na condição de "bode expiatório" de toda a indústria cervejeira (fl. 8, item 19).

Trata-se de reação necessária a evidente abuso no exercício da liberdade de criação, que feriu valores socialmente relevantes, em especial a proteção à mulher, objeto de construção e afirmação ao longo de décadas, o que não significa que medidas idênticas venham a ser tomadas contra outras empresas que venham a incorrer no mesmo ilícito.

E dizer que a figura do "sexo frágil" foi relegada às páginas dos livros didáticos como retrato de um passado distante (fl. 10, item 25) significa ignorar o atual panorama social e jurídico do País.

Como único, definitivo e importante exemplo, basta lembrar a edição da Lei 11.340/06 – a Lei Maria da Penha – que justamente buscou conferir tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica.

Evidente que se desejamos construir uma sociedade igualitária temos que transmitir claramente estes valores e, a publicidade em questão perpetua justamente um estereótipo que precisa ser combatido.

E, independentemente do entendimento da ACP nº 9000005-45.2009.8.26.0100, utilizada como fundamento pelo juízo *a quo*, para a decisão, a publicidade é sexista na medida em que "coisifica" a figura feminina, tratando-a como objeto.

O posicionamento do relator ao proferir seu voto foi equivocado, pois, parte da premissa de que a publicidade não "coisifica" a figura feminina e sim busca o humor.

> *A intenção do comercial, ao contrário do caráter ofensivo que se pretendeu impor, é a de promover criatividade ou brincadeira que associa a beleza, o clima quente e as vestes reduzidas, o bom humor , a alegria ....."*
>
> *"Nessas circunstâncias e considerando o que foi mostrado no filme em comento, o objetivo não é de "coisificar" mulher nenhuma, mas sim, causar impacto com humor..." (TJ, Apelação nº 9000005-45.2009.8.26.0100, relator Des. Enio Zuliani, j. 26/04/2012)*

O humor não é necessariamente inócuo e a publicidade informa, cria e estimula padrões de comportamento, e em nada contribui para a construção de uma sociedade mais igualitária para homens e mulheres o discurso sexista utilizado na publicidade em questão.

E não pode ser salvo-conduto para propagar, legitimar ideias que discriminam, que colocam a mulher na condição de um objeto consumível.

Portanto, acertado o posicionamento da apelante ao lavrar o auto de infração por ofensa ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

III - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer seja dado **PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO,** para o fim de reformar integralmente a sentença, julgando subsistente o auto de infração e a multa aplicada, invertendo-se o ônus da sucumbência.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081

Registro: 2016.0000177238

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0005431-07.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇAO DE PROTEÇAO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON/SP, é apelada COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV S/A.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, contra voto do 3º Juiz, que declarará. Declarará voto convergente o revisor. Sustentou oralmente o Dr. Victor Lamas", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 11 de março de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 10.585

Apelação Civil nº 0005431-07.2010.8.26.0053 – Comarca de São Paulo

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP

Apelada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV

AÇÃO ORDINÁRIA – Mensagem publicitária televisiva, produzida pela AMBEV, no contexto de campanha intitulada "Musa do Verão", veiculada no ano de 2006. Autuação lavrada pelo PROCON/SP, com base na regra do art. 37, § 2º, do CDC, à vista do caráter abusivo da mensagem publicitária. "Coisificação" da mulher caracterizada, porquanto a peça publicitária mostra "clones" da musa do verão, representada por conhecida personagem da mídia, sendo entregues, em carrinhos, por homens para homens, supostamente também consumidores da cerveja – Liberdade de criação que não se concilia com mensagem que discrimina o gênero feminino, tratando a mulher como objeto de consumo. Procedimento de autuação e imposição de multa que se mostra em conformidade com os parâmetros estabelecidos no artigo 57 da LF nº 8.078/90, tratando apenas a Portaria 23/2005, editada pelo PROCON, de aplicá-los. Valor da multa que se revela em conformidade com a norma do art. 57 da LF nº 8.078/90. Regra do art. 111 da Constituição do Estado que se viu observada. Reforma da sentença – Recurso provido.

Vistos, etc.

Trata-se de ação ordinária movida pela Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON/SP, na qual alega a autora que foi autuada e multada por suposta infração à regra do artigo 37, § 2º, da Lei Federal nº 8.078/90, pois a campanha publicitária televisiva "Musa do Verão", segundo a requerida, seria abusiva, promovendo determinada marca de cerveja na base da equiparação da mulher a um mero objeto. Afirma a autora, de outra forma, que a noticiada campanha não é abusiva, argumentando a Companhia, neste contexto, com a inexistência de conteúdo discriminatório na peça publicitária por ela veiculada, cujo enredo se passa num mundo de fantasia, como é próprio desta ferramenta do *marketing*. Aduz ainda que o valor da multa é exorbitante, não se justificando. Argumenta com a existência de julgamento, proferido na Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, que reconheceu a ausência de ofensa à norma do artigo 37, § 2º, da Lei Federal nº 8.078/90, no qual o órgão colegiado afastou o pedido de reparação a título de danos morais coletivos e difusos formulado pelo Ministério Público, acórdão este que transitou em

julgado. Busca, assim, a anulação do ato administrativo ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa.

Em contestação, a Fundação PROCON alega que a campanha "Musa do Verão" é abusiva, por conferir tratamento desigual e desvantajoso à mulher, que é apresentada, no contexto da peça publicitária, como um objeto disponível, pronto para o consumo de todos os homens. Diante disto, correta se mostraria a autuação, lavrada por infringência à regra do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como razoável seria o valor da multa, aplicada com base na Portaria PROCON nº 23/2005.

O juízo de primeiro grau julgou procedente a ação para anular o Auto de Infração nº 1.037 D-5, fazendo-o a magistrada sob fundamento de que, diante do julgamento de improcedência da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, descaracterizada está a prática de propaganda discriminatória. Na oportunidade, condenou a requerida ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em sede de apelação, a Fundação PROCON busca a reforma da r. sentença, repetindo a argumentação desenvolvida na contestação.

É o relatório.

Não se há de falar em coisa julgada na base do julgamento da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, pela E. 4ª Câmara de Direito Privado, pois ali buscava o Ministério Público a condenação da *Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV* ao pagamento de valores a título de reparação de danos morais difusos e coletivos, supostamente causados pela veiculação da campanha "Musa do Verão", enquanto aqui se está diante de controle judicial de ato administrativo, buscando a autora a sua anulação ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa imposta. Enfim, o julgamento, na noticiada Ação Civil Pública, não prejudica nem vincula o deslinde da presente ação.

É certo que, na noticiada Ação Civil Pública, na qual buscava o Ministério Público de São Paulo a reparação de danos morais experimentados por todo o universo de mulheres, diante do conteúdo supostamente discriminatório da campanha publicitária conhecida como "Musa do Verão", a E. 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, ao tempo em que afastou o reconhecimento da prescrição, aplicando, por analogia, a regra do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgou improcedente a demanda, fazendo-o sob fundamento de que sobredita propaganda não seria abusiva. Todavia, os motivos invocados no julgamento não fazem coisa julgada (art. 469, III, do CPC).

A magistrada, é inegável, em nenhum momento reconheceu a coisa julgada, mas decidiu a causa como se o pronunciamento da E. 4ª Câmara fosse vinculante, limitando-se a transcrever a ementa e fragmento do voto do Exmo. Relator para lançar, na base do reconhecimento da inexistência de propaganda abusiva, o decreto de improcedência.

Diga-se mais, preventa encontra-se esta 7ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso, pois antes conhecera do Agravo de Instrumento nº 990.10.113520-5, tirado pela AMBEV contra o PROCON, dando-lhe provimento, recurso este julgado em 26/07/2010 (fls. 403 a 411), ao passo que o julgamento da Apelação, na noticiada Ação Civil Pública, deu-se somente em 26/04/12 (fls. 481).

Dito isto, passa-se ao julgamento da causa.

A publicidade é acima de tudo arte, ainda que contenha, na sua essência, a técnica; é um braço da argumentação de vendas; é notícia de caráter comercial, que visa, principalmente, a construir marcas e a estimular o consumo de determinados produtos. Ela não cria valores nem muda hábitos da noite para o dia. É um fenômeno cultural dito derivado, pois reflete valores e códigos da sociedade, sem nada inventar ou inovar. Trabalha, em grande parte, com o mundo da fantasia e do lúdico, buscando despertar a atenção do consumidor.

O mundo irreal da arte publicitária poderá tornar-se real caso a campanha seja construtiva e bem aceita pelos consumidores, não se revelando legítimas, neste cenário, quaisquer limitações por parte do direito, que não tem por objetivo coatar a imaginação dos publicitários, mas sim proteger aquele que, vulnerável, sob diversos aspectos, acaba sendo influenciado diante da mensagem transmitida pela propagada.

Nesta esteira, o legislador, na regra do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, tratou da publicidade enganosa e abusiva, dispondo, no § 2º, no sentido de que "é abusiva, **dentre outras**, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".

Ao que se retira do artigo acima transcrito, a figura da publicidade abusiva é ampla, tratando a norma de estabelecer rol meramente exemplificativo, como se retira do emprego da expressão "dentre outras", que deixa margem para um largo espectro de julgamento.

Embora inexista, entre juristas e publicitários, um consenso sobre a definição de "publicidade abusiva", tem-se de levar em conta que há uma medida para todas as coisas, que existem, afinal, limites (Horácio, *Sátira*, I, 1). E estes contornos, na estipulação do conceito, hão de considerar o arcabouço de valores sociais que a Carta Constitucional buscou promover, tanto quanto o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade.

O princípio constitucional no qual está fundada a proibição da publicidade de natureza discriminatória encontra-se consolidado na regra do artigo 3º, IV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

No dizer do jurista Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, "é abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com a nacionalidade, com a profissão e com as convicções religiosas e políticas" (*Manual de Direito do Consumidor* , 6ª ed., 2014, SP, RT, p. 298).

E o abuso, ou a configuração dele, independe do elemento subjetivo, vale dizer, da intenção, da boa-fé ou da má-fé do idealizador da campanha publicitária ou do agente que a patrocina, caracterizando-se a abusividade pelo dano potencial que pode causar a valores não econômicos, não importando a extensão ou intensidade.

Mais que isto, a ideia de abuso do direito, desde a doutrina do *Segundo Saleilles*, dispensa a noção de culpa ou dolo; age de maneira abusiva aquele que faz uso anormal de um direito, enfim, aquele que se conduz de maneira contrária à função social do direito (*Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand, apud* Carlos Fernández Sessarego, Abuso del *Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 198 e 199).

Não se trata de deixar de lado ou de desconsiderar a liberdade de expressão, garantida constitucionalmente, mas de conformar o seu exercício aos valores éticos e morais que têm de ser levados em conta em qualquer segmento da atividade humana. Uma peça publicitária não pode sequer sugerir mensagem depreciativa nem ofensiva a determinado grupo social.

Cada um de nós tem uma visão da vida e das coisas, na esfera da subjetividade, da consciência individual. Todavia, a atividade humana dirigida a um valor, objeto da Ética, há de levar em consideração não só a esfera das elaborações sub-

jetivas do indivíduo (Ética individual), como também os valores da coletividade em que o indivíduo age (Ética social). Neste espaço, em que atua a consciência coletiva e no qual transitam a Moral Social e o Direito, sobreleva considerar a conduta como bem social, que supera o valor do bem para cada um (a propósito destas reflexões, v. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 12ª ed., SP, Saraiva, 1985, p. 35 a 40).

No caso em exame, a autora foi autuada pelo PROCON-SP por patrocinar a veiculação, durante o verão de 2006, da campanha "Musa do Verão". A respectiva peça publicitária mostra, num contexto fictício, um processo de clonagem da dita "musa do verão", a qual passa a ser entregue a homens de diversos lugares. Alguns gostam do clone; outros não, por acreditar que "veio com defeito". O mote traz a ideia de que se o "cara" que inventou a cerveja *Skol* tivesse inventado também a "musa do verão", ela seria acessível, sem defeito nenhum, a todos os homens.

Não se trata apenas de dizer que a campanha é manifestamente artificial, pois dá mil voltas só para mostrar o corpo feminino, associando o consumo da cerveja ao acesso dos homens a mulheres esteticamente perfeitas. Mais que isto, a campanha publicitária passa a mensagem de que seria bom se quem "inventou" uma marca de cerveja apreciada por grande parte dos homens, pudesse também "inventar" uma mulher pronta para ser consumida a qualquer tempo e a qualquer hora.

Nesse contexto de mercantilização da mulher, não se pode desconsiderar as questões de gênero para dizer, como faz a autora, que a propaganda invoca apenas símbolos do verão, a exemplo do sol, do mar, cenário no qual homens e mulheres aparecem festejando em trajes praianos. Na verdade, o que se vê no filme publicitário são "mulheres clonadas", carregadas em carrinhos, do tipo que se vê em supermercados, sendo entregues por homens para homens. Nas palavras da própria autora, a ideia é transmitir a mensagem de que, naquele mundo fantástico, mulheres com o fenótipo de musa estariam à disposição de qualquer homem, assim como as cervejas da marca *Skol*.

O argumento da peça publicitária é mais do que infeliz, pois "coisifica" a mulher, servindo-a, mediante entrega, para desfrute do consumidor. Em outras palavras, nela, o gênero feminino transforma-se em objeto de consumo. Alguém poderia dizer que se trata apenas de um "clone" de mulher, e não de uma mulher de carne e osso. Mas as propagandas nunca são feitas de pessoas de carne e osso, pelo que o argumento cede diante do poder de sugestão que o *marketing* exerce.

Tampouco se venha dizer, como afirma a autora, que apenas grupos feministas se mostraram escandalizados com a campanha "Musa do Verão". O que importa é que nela há discriminação do sexo feminino, a justificar a lavratura do

auto de infração e a imposição de multa, com fundamento na regra do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

A luta pelo espaço igualitário da mulher na sociedade é tema que ganha cada vez mais força no mundo. No momento em que a sociedade busca proscrever a ideia de que o gênero feminino é mero objeto de prazer, não se pode legitimamente sustentar que a valorização da mulher seja vista apenas como uma bandeira de determinado setor (radical) da sociedade. Todos estão envolvidos com a superação de estereótipos grosseiros, lugar comum sempre presente quando o assunto é publicidade.

Impressiona lembrar que ainda na segunda metade do século passado era comum, na propaganda, o uso da imagem de donas de casa levando palmadas do marido, como aconteceu em icônico anúncio patrocinado por uma empresa de café americana, na década de 60, dentre outros tantos exemplos. Impressiona também que, em pleno século XXI, uma empresa multinacional e multibilionária invista em campanha publicitária abertamente preconceituosa, mas que, para todos os efeitos, busca ser apenas "engraçada", na qual alguém lamenta o fato de a *Skol* não ter a mesma capacidade de produzir coisas boas, prazerosas e acessíveis, quando se trata de fornecer mulheres para o "consumo do mercado".

Não se nega, na linha do que sustenta a apelada, que o universo masculino sempre foi pródigo em produzir textos e músicas nas quais a mulher surge como fonte do desejo do homem, sempre pronta para servi-lo. É possível lembrar, nesse contexto, o grande Mário Lago, autor de "Ai, que saudades da Amélia", bem como o inolvidável Ataulfo Alves, em "Mulata Assanhada" (Ai, meu Deus, que bom seria // Se voltasse a escravidão // Eu comprava essa mulata // Prendia no meu coração // E depois a pretoria // É quem resolvia a questão).

Mas é preciso ler *Casa-Grande e Senzala* para entender por que essas relações de submissão e posse se acham quase sempre presentes sobretudo no universo do samba. Para citar Ortega y Gasset, grande admirador da obra de Gilberto Freyre, o homem é ele próprio e suas circunstâncias, pensamento que bem reflete o fato de que toda a produção humana deve ser entendida num determinado contexto de vida (social, cultural, econômico, histórico, existencial, etc.).

Bem por isto, tampouco se pode citar Drummond fora do contexto em que o grande poeta brasileiro produziu. No seu primeiro livro, *Alguma poesia*, de 1930, onde foi publicado o poema *Moça e Soldado* (e não "A mulher e o soldado"), a que faz referência a autora, o poeta trata do sentimento de desajuste do indivíduo no mundo, ele próprio, um desajustado, expulso que fora do colégio, sob acusação de mau comportamento e "insubordinação mental", por discordar de um professor durante a aula. Essa passagem, que foi marcante

na sua vida, está registrada na autobiografia que Drummond escreveu para a *Revista Acadêmica*.

Aliás, a inquietação de Drummond aparece em vários momentos de sua obra, conforme se retira da antologia poética por ele próprio organizada, em 1962, em poemas reunidos na seção que leva o título "Tentativa de exploração e de interpretação do estar-no-mundo". Este é o sentido da poesia em parte transcrita na inicial. Faltou completá-la para entender o alcance dos versos:

> "Moça bonita foi feita para namorar
> Soldado barbudo foi feito para brigar (...)
> Só eu não brigo
> Só eu não namoro"

No poema, Drummond revela o seu jeito "ensimesmado", dizendo como distante é o poeta das outras pessoas, que o nefelibata espia, sem nunca se envolver. Disto se retira que a interpretação sugerida pela autora da ação é manifestamente equivocada. Diga-se mais, o escritor de Itabira, em sua obra póstuma, *O avesso das coisas*, publicada em 1987, mostra, numa coleção de aforismos, relativos a vários temas, dentre eles a *mulher*, como prezava a inteligência e a perspicácia feminina: "A mulher é mais do que o homem quando este pretende *ser* mais do que a mulher."

É preciso interpretar, não só textos jurídicos, mas qualquer tipo de produção humana, quer seja científica, quer artística, dentro do seu contexto. E a peça publicitária que compõe a campanha "Musa do Verão" certamente vai de encontro aos valores que começaram a se formar, mercê do processo de redemocratização da sociedade brasileira, a partir dos anos 90, diante de marcos civilizatórios que não convivem mais com estereótipos e formas preconcebidas.

Enfim, a publicidade brasileira, reconhecida mundialmente pela sua capacidade criativa, vem dando mostras de que não se pode subjulgar a inteligência do público: é impensável hoje associar cigarro com práticas esportivas, noções antitéticas, tal qual se fazia antes, assim como não se cogita mais da associação entre consumo de bebida alcoólica e bom desempenho sexual, presente em vários anúncios publicitários do passado. A atuação do PROCON é fruto da consciência, que habita o coletivo, no sentido que não se pode estimular associações improváveis entre o corpo da mulher e objetos de consumo.

Não se trata de exercer o direito de tolerância, tampouco de romper com uma certa hipocrisia social, na linha do "politicamente correto", mas de perceber que a estética feminina, por mais apreciável que seja, não se confunde com lata de cerveja, produto que as pessoas consomem e depois jogam fora. É certo que,

em tempos de racionalidade instrumental (Horkheimer) e de modernidade líquida (Bauman), tudo é disponível, descartável. Mas a filosofia contemporânea, ao mesmo tempo em que interpreta o mundo a nossa volta, denuncia, faz pensar. E é terrível perceber o quão desagregadora pode ser uma mensagem publicitária, promovida a peso de ouro, que penetra na casa das pessoas sem pedir licença. De mais a mais, a televisão é serviço público, atuando as empresas, neste ramo, mediante concessão.

Nem se venha argumentar, de outra parte, com pesquisas unilaterais, cuja metodologia empregada se desconhece, na tentativa de comprovar que a sociedade brasileira apoia aquele tipo de peça publicitária. Tal argumento expõe-se à mesma crítica, formulada pela autora, quando se referiu pejorativamente ao material publicado na internet, cuja fonte e critérios se desconhece.

Quanto às demais peças publicitárias que enveredariam pela exploração gratuita da sensualidade ou daquilo que é escatológico, diga-se que dois erros não perfazem um acerto. Aliás, a defesa que instituições e pessoas apresentam, sobretudo no campo da política, quando se veem pilhadas na prática do mal feito, recorre sempre a esta forma de argumento, mais do que reducionista, infantil: "mas fulano de tal também fez isto".

Diga-se, quanto à fixação da pena-base, que ela não se fez de maneira arbitrária, observando-se, de outra forma, os parâmetros estabelecidos na Portaria nº 23/2005 do PROCON, vigente à época dos fatos, no concernente à dosimetria da sanção pecuniária, mais especificamente, quanto aos termos da equação prevista na norma do artigo 5º, em consideração à gravidade da infração, à vantagem auferida e à condição econômica do infrator.

E a fórmula acima enunciada atende à regra do artigo 57 da Lei Federal nº 8.078/90, havendo de se acrescentar que a Portaria não institui sanção *ab ovo*, limitando-se a regular o funcionamento do sistema contido no Código de Defesa do Consumidor, não havendo de se falar, portanto, em inconstitucionalidade.

Noutras palavras, a Portaria não tipifica a conduta a que se amoldaram os fatos objeto do Auto de Infração, fazendo-o o próprio Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a base e os limites para a aplicação da multa. Diga-se que o ato normativo apenas dá aplicação aos critérios utilizados para a fixação da penalidade, nos termos da Lei nº 8.078/90.

Ao que se retira dos autos, a autora foi notificada pelo PROCON para apresentar os valores referentes à receita média mensal, a fim de que se fizesse o cálculo do valor da multa a ser aplicada. Diante da inércia da empresa, a Diretoria de Fiscalização estimou a receita, nos termos da regra do artigo 4º, *caput*, da Portaria PROCON nº 23/2005 (Demonstrativo de Cálculo a fls. 128).

E não caberia ao PROCON sair à cata de balanços e balancetes, tomando o tempo útil de seu corpo técnico, para calcular a receita média mensal, mesmo porque, até mesmo no campo do Direito Tributário, é dado estabelecer a base de cálculo dos impostos, a exemplo do ICMS, com fulcro em estimativa, não ocorrendo que a Suprema Corte, em algum momento, tivesse declarado inconstitucional a Lei Estadual nº 6.374/89 ou respectivo Decreto.

Enfim, a multa, considerado o porte econômico da empresa autuada, uma das maiores do mundo, é compatível com o tipo de atividade que desenvolve, atendendo à regra do artigo 111 da Constituição do Estado e às normas infraconstitucionais que regulam a espécie.

O Judiciário não pode invadir quer função legislativa quer função executiva para excluir ou fixar a multa em percentual distinto daquele previsto na norma, a menos que vulnerado se veja o princípio da razoabilidade, o que, como já se disse, não é o caso.

Em resumo, não colhe a pretensão deduzida na inicial, tratando-se de julgar improcedente a ação proposta pela AMBEV.

Por conseguinte, condeno a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 8.000,00, nos termos da regra do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

De fato, não se trata de aplicar percentual sobre o valor da causa, porque a base de cálculo se revela excessiva. Mais razoável, à luz do artigo 127 do Código de Processo Civil, e em atenção aos critérios estabelecidos no artigo 20, § 3º, a que se reporta o § 4º, o arbitramento dos honorários em valor tarifado.

Nestes termos, dou provimento ao recurso da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA
Relator

VOTO Nº 29.517

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005431-07.2010.8.26.0053 de São Paulo

APELANTE: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON

APELADA: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV S/A

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Acompanho o douto Relator sorteado, dando provimento ao recurso de apelação, pelas razões a seguir expostas.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV – objetivando a anulação ou, subsidiariamente, a redução, da penalidade imposta pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON – em razão da veiculação de anúncio televisivo supostamente discriminatório (fls. 02/26).

A ação foi julgada procedente em primeira instância, "para declarar nula a multa imposta à autora no Auto de Infração nº 1.037 série D5" (fls. 546/548).

Contudo, a ação deve ser julgada improcedente. A publicidade, no caso em análise, é abusiva.

Em primeiro lugar, esclareça-se que não existe, na hipótese, coisa julgada a vincular o deslinde da presente ação. De fato, a abusividade da propaganda foi afastada em sede de ação civil pública com pedido de reparação de danos morais coletivos, que foi julgada improcedente. Porém, como é cediço, os motivos da decisão não fazem coisa julgada.

Assim dispõe o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor:

> *Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*

Constata-se que o conceito legal de abusividade é muito abrangente, englobando "a publicidade discriminatória de qualquer natureza".

Discriminação é, de acordo com o Novo Dicionário Aurélio, "1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação: discriminação racial. [...]"

Devido à amplitude do conceito de propaganda discriminatória, não existe consenso entre os profissionais da publicidade e os juristas.

Os órgãos de controle e o Poder Judiciário têm interpretado a norma, ao longo dos tempos, de modo a proteger a vulnerabilidade do consumidor, o que, no caso, abrange todo aquele que possa ter contato com a propaganda.

Um exemplo de interpretação é a Resolução nº 163 do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). Regulamentando o § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual é abusiva a publicidade que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança", a resolução proibiu todo tipo de propaganda destinada ao público infantil (menor de 12 anos).

Daí se verifica a interpretação protetiva do consumidor potencial que se tem dado à regra.

No caso dos autos, a propaganda de cerveja utiliza-se da figura de uma mulher para enaltecer a qualidade do seu produto. Para tanto, afirma que, se a fabricante da cerveja "fabricasse" a "Musa do Verão", uma moça atraente vestindo um biquíni, essa seria distribuída a qualquer homem que se interessasse.

Com isso, cria a ideia de que a mulher em questão é um bem a ser produzido em série e livremente consumido pelos homens. Coisificando a mulher, a peça discrimina, separa, aparta os gêneros, tratando o sexo masculino como o consumidor e o feminino como o bem a ser consumido, que deve ser perfeito (a propaganda faz alusão a um exemplar da "Musa" que teria "vindo com defeito") para satisfazer aos desejos dos consumidores.

A questão é de difícil solução.

Há, no caso, colisão entre direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de expressão e de criação do anunciante[1]; de outro, a proteção ao consumidor e à sociedade em geral contra a discriminação[2].

1 Inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

2 Artigo 3º da Constituição Federal: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Inciso XLI do artigo 5º: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

Para solucionar o impasse, é preciso utilizar o critério do balanceamento, sopesando a necessidade de proteção aos direitos colidentes conforme as circunstâncias do caso concreto.

No caso, é preciso observar o contexto social em que o dilema se instalou e o impacto da publicidade em análise.

É certo que, em meados do século passado, era comum a veiculação de publicidade demeritória da imagem da mulher. Esse tipo de propaganda era aceita porque representava o pensamento da maioria da sociedade da época patriarcal e machista, na qual a mulher era vista como realizadora de todos os desejos dos homens, tanto os sexuais quanto os relativos aos serviços domésticos.

Com o passar dos anos, ampliou-se a diversificação social, surgindo variados grupos de minorias que possuem voz ativa e representação tanto social quanto política. A fragmentação social atual reflete-se em diversas áreas do conhecimento e repercute naquilo que é tido pela sociedade em geral como normal e necessário para a garantia de uma vida plural e rica em experiências e valores.

As minorias foram paulatinamente ganhando espaço; vejam-se as conquistas, antes impensáveis, como a união homoafetiva e as cotas raciais, hoje consolidadas pelo E. Supremo Tribunal Federal, não mais se tolerando ofensas e discriminações. Atualmente, a sociedade como um todo, ou ao menos a maior parte dela, parece entender a necessidade de se tutelarem esses grupos.

Nesse contexto, o feminismo tem acirrado sua luta pela igualdade de direitos.

No ano que passou, campanhas realizadas em redes sociais, como a "primeiro assedio" e a "meu amigo secreto", tiveram estrondosa repercussão. Além disso, a mobilização das mulheres materializou-se em manifestações como as realizadas contra a aprovação da lei que dificultaria o acesso à pílula do dia seguinte.

Assim, mesmo que algumas celebridades ainda utilizem sua imagem física e sua sensualidade para se promoverem, é certo que há uma crescente conscientização a respeito da necessidade de se quebrarem estereótipos antiquados como o de que "mulher boa é bonita, burra e obediente". As mulheres tem ganhado espaço no mercado de trabalho e no mercado consumidor, de modo que há cada vez mais campanhas publicitárias voltadas a esse público e que, inclusive, promovem a aceitação da mulher real, do corpo real.

Neste ponto, observa-se que o próprio profissional de *marketing*, hoje, deve considerar essa diversidade de público e a ascensão do mercado consumidor feminino.

Atualmente, há pesquisas indicando que parcela significativa (cerca de 1/3 a perto de metade) do mercado de cerveja brasileiro é formado por mulheres[3]. Por óbvio, uma campanha de indústria cervejeira deveria considerar e valorizar essa parcela considerável do seu mercado relevante.

Porém, questões mercadológicas à parte, a propaganda em questão é mesmo abusiva, pois, ao objetificar a mulher, tratando-a como produto que deveria ser distribuído pela fabricante de cervejas para consumo masculino, faz discriminação de gênero e ofende os valores de um nicho grande da população.

Observe-se que não se pretende aqui analisar a efetiva ofensividade da peça publicitária (pois cada consumidor potencial reagiria diferentemente à propaganda), mas, à semelhança do tratamento dado à publicidade infantil, busca-se coibir o potencial abusivo da mensagem.

Sabe-se que a propaganda visa a despertar o desejo de compra do consumidor, que, ao tomar contato com um anúncio, utiliza seu cérebro primitivo, dominado pelo instinto. Por essa razão há proteção legal contra os desvios nocivos da propaganda: a pessoa está mais sujeita a ser influenciada por uma peça publicitária do que por uma peça humorística, por exemplo, independentemente do conteúdo desta.

Deve mesmo ser garantida a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, como quer o inciso IX do artigo 5º da Constituição. Porém, essa liberdade é mais ampla quando não se refere à relação de consumo, em que há manifesta vulnerabilidade do consumidor.

E essa diferenciação se dá por dois motivos. Em primeiro lugar, porque qualquer pessoa pode ser involuntariamente exposta à propaganda, quando, por exemplo, assiste à televisão ou transita pela cidade, enquanto, com relação a obras de outras naturezas, em regra, o interessado deve buscar o contato. Em segundo lugar, porque, ao procurar assistir a uma peça humorística, por exemplo, o espectador está prevenido, preparado para o que há de vir, o que não ocorre com relação à propaganda, que, normalmente, é produzida de forma a acionar os instintos mais primitivos do consumidor, estimulando em seu espírito o desejo de compra[4].

3 V. <http://www.cervesia.com.br/dados-estatisticos/609-o-mercado-cervejeiro-brasileiro-atual-potencial-de-crescimento.html>, <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,ERT280971-16355,00.html> e <http://www.sophiamind.com/wp-content/uploads/SophiaMind_cerveja.pdf>.

4 Veja-se a disseminação dos estudos e da utilização de técnicas de neuromarketing.

Assim, sem desconsiderar o direito à liberdade de expressão do anunciante, é certo que deve prevalecer, no caso em análise, a necessidade de defesa do consumidor potencial contra a abusividade consistente na discriminação de gênero e na ofensa proferida contra parcela significativa da população.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

MOACIR PERES
Revisor

Apelação nº 0005431-07.2010.8.26.0053 **32.116**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

No que pesem os sólidos e eruditos fundamentos do respeitável voto condutor, enriquecidos pelas considerações tecidas pela culta revisoria, ouso divergir do desate para manter a sentença nos termos em que proferida.

Pesa, inicialmente, o fato de o mesmo comercial, levado à aferição do Judiciário por meio de ação civil pública movida pelo Ministério Público, em que se o taxou de violador da mesma norma com base na qual a apelada foi punida art. 37, § 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ter sido reputado lícito, sem conteúdo enganoso ou, mais propriamente, abusivo. É o que cuidou de destacar a sentença ao transcrever fragmentos relevantes do voto do relator, Des. Enio Zuliani, proferido na Apelação nº 9000005-45.2009.8.26.0100.

Ora, se o Estado-jurisdição proclamou a licitude do comercial – ousado, sem sombra de dúvida –, não pode o Estado-administração, contrariando o pronunciamento jurisdicional passado em julgado, pretender ver prevalecer a sanção administrativa aplicada em virtude do mesmo fato e sob o mesmíssimo fundamento: ou há ilicitude ou não. E ficou assentado, no caso, não haver.

A douta maioria, entretanto, optou por reavaliar a questão. Foi lembrado, inclusive, que haveria prevenção desta C. Câmara, mercê do Agravo de Instrumento nº 990.10.113520-5. Com a devida vênia, tal não representa causa de desconstituição da coisa julgada anteriormente formada e que, por isso mesmo, há de ser acatada, constituindo, se tanto, fundamento para exercício de ação rescisória.

E o novo julgamento implicou decisão conflitante, contraditória à primeira, claramente apto a gerar a insegurança jurídica que compete ao Judiciário, primordialmente, afastar das relações socioeconômicas.

Só por isso, penso, o apelo não mereceria acolhida.

Não obstante o foi, motivo pelo qual passo a analisar o conteúdo de sobredito comercial.

Nele vi, a exemplo do Des. Zuliani, uma peça bem-humorada permeada de completo *non-sense* subjacente à absurda possibilidade de se reproduzir bela jovem, eleita "Musa do Verão de 2006" de modo a que cada sonhador pudesse tê-la não como uma figura distante, imaginária, mas como algo palpável, material, a seu alcance. Esforcei-me para não rir, mesmo, quando em sessão examinava a peça, pois não a conhecia (não sou dado a assistir televisão).

É bem verdade ser elástico o conceito de publicidade abusiva. É aquela que não se qualifica como enganosa, sendo indeterminado seu conceito jurídico, "que deve ser preenchido na construção do caso concreto" (Alberto Pasqualotto), "levando-se em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana" (Vidal Serrano Nunes)[5]. Nem por isso, *data venia*, seu julgamento deve dissociar-se da realidade: é fato que, nas praias, os trajes femininos são cada vez mais sumários. É fato ser o ideal da musa componente do imaginário masculino e isso desde tempos bem antigos. O que fez o comercial sob julgamento? Transpôs ao mundo da publicidade essa realidade de nossos balneários ao onírico do público destinatário da mensagem, em filme de grande impacto por sua originalidade, irradiada da intensa dose de criatividade com que se houveram seus autores. Publicitários que bem souberam sintetizar esses fatores em peça recheada pelo BOM humor característico da picardia do brasileiro associado à alegria imanente a reuniões em cervejarias: *in vino veritas*.., *in cerivisia felicitas*! E o que se faz ao punir o anunciante com pesada multa é, justamente, cercear essa criatividade, inerente à liberdade de expressão garantia fundamental consagrada na Constituição – mediante ato de censura econômica, apenas porque alguns viram a ousadia como ofensa à condição feminina. Definitivamente, não foi essa minha leitura.

Longe disso, vejo a situação em muito assemelhada à analisada por esta mesma câmara na Apelação nº 558.085-5 (atual 0160851-09.2006.8.26.0000), sob a batuta do Des. Nogueira Diefenthäler, ***mutatis mutandis***:

> *[...] não há como se falar que a peça publicitária autuada tenha conteúdo discriminatório, incite violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite os valores ambientais ou, até mesmo, que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa, tanto à sua saúde ou segurança. Ademais, nem mesmo poderia cogitar -se ofensas à saúde ou integridade do animal envolvido o que poderia cogitar-se numa ofensa a valores ambientais.*

Trata-se, sim, de comercial com nítido intuito jocoso, em que o adulto, crendo na ingenuidade do primata, vê-se surpreendido com a ação do animal, que não só reprime sua ação errônea como demonstra possuir inteligência suficiente para notar que o recipiente encontrava-se vazio. É a clássica situação de humor, em que aquele que se julga "esperto" acaba por fazer papel de "bobo" diante da reação da pessoa alvo de sua ação.

5 *Grinover, Ada Pellegrini*, e.o., "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 9ª Ed., Forense Universitária, 2007, pgs. 350/4.

E este foi o intuito da propaganda, demonstrar, com humor, que o macaco possui muito mais inteligência do que o ser humano imagina, a ponto de revidar a ação tomada pelo humano.

Não há incitação à violência, incentivo em alimentar os animais, danos ambientais ou outras ações que possam implicar a subsunção ao disposto no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim, e tão somente, a criatividade dos publicitários brasileiros, que possuem grande destaque no mercado internacional justamente por cultivarem o bom humor e a inteligência das peças que criam.

Acatar a tese defendida pelo recorrido acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva ao disposto no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a ponto de limitar sobremaneira a criatividade da publicidade (g.n.).

E vou além: acatar a tese defendida pela apelante significa ferir de morte a publicidade brasileira, instigando seus agentes a ousar apenas em cenários neutros, com locutores trajados formalmente e textos cuidadosamente revistos a fim de que suscetibilidade alguma possa vir a ser ferida, sob pena de pesadas sanções. Claro cenário de materialização da pior das censuras: a autocensura!

Peço *venia* para ficar vencido.

COIMBRA SCHMIDT
3º Juiz

Registro: 2016.0000562239

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0005431-07.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS – AMBEV S/A, é embargado FUNDAÇAO DE PROTEÇAO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON/SP.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, rejeitaram os embargos infringentes, vencido o Quinto Juiz, que declarará. Sustentou oralmente, em favor da embargante, o Dr. Victor Lamas", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), EDUARDO GOUVÊA, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA E MOACIR PERES.

São Paulo, 8 de agosto de 2016.

MAGALHÃES COELHO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 33.046
Embargos Infringentes nº 0005431-07.2010.8.26.0053/50000
Comarca de São Paulo
Embargante: Companhia de Bebidas das Americas – Ambev S/A.
Embargado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP

EMBARGOS INFRINGENTES – Divergência quanto a ser ou não discriminatória a propaganda "Musa do Verão" veiculada pela AMBEV em 2006. Propaganda que fere o artigo 37, § 2º do CDC por ser discriminatória em relação à mulher – Mantido o voto vencedor. Recurso desprovido.

I - Trata-se de ação ordinária ajuizada pela Ambev S/A com o objetivo de ver anulada multa imposta pelo PROCON/SP em razão da veiculação, durante o verão de 2006, do anúnico televisivo da cerveja Skol, denominado "Musa do Verão" porque discriminatória contra o gênero feminino em violação ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

II - O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, pois em Ação Civil Pública de nº 9000005-45.2009.8.26.0100 ajuizada pelo Ministério Público em face da autora, restou decidido que não teria ficado claro o propósito de mercantilizar gênero ou grupo social, a ponto de causar dano moral coletivo.

III - Foi interposto recurso de apelação pelo PROCON/SP e as contrarrazões foram também apresentadas.

IV - O recurso de apelação foi então provido, por maioria de votos, determinando-se, assim, a manutenção da multa aplicada pelo PROCON/SP à AMBEV S/A.

V. Inconformada, a AMBEV S/A opôs os presentes embargos infringentes.

VI. Foram, ainda, apresentadas contrarrazões ao recurso pelo PROCON/SP.

É o relatório.

Trata-se de ação ordinária interposta por AMBEV S/A com o objetivo de ver anulada multa imposta pelo PROCON/SP em razão da veiculação, durante o verão de 2006, do anúnico televisivo da cerveja Skol, denominado "Musa do Verão" porque discriminatório contra o gênero feminino em violação ao artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme relatado, em primeira instância o pedido foi julgado procedente determinando-se a anulação da multa imposta pelo PROCON, pois a magistrada entendeu, tal como compreendeu o Desembargador Ênio Zuliane no julgamento da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100 que a propaganda não teve a intenção de mercantilizar a mulher e, sendo assim, não seria abusiva porque não discriminatória.

Todavia, em sede de recurso de apelação, a sentença foi reformada por maioria de votos, a fim de que fosse mantida a multa imposta contra a AMBEV S/A.

O voto vencedor de relatoria do Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza, acompanhado pelo Desembargador Moacir Peres em voto convergente, entendeu que: (a) não havia que se falar em coisa julgada, pois o objeto da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público dizia respeito à reparação de danos morais coletivos e, assim, não coincidia com o objeto da presente ação, qual seja, a anulação de multa imposta pelo PROCON/SP em razão de ser a propaganda discriminatória em relação ao gênero feminino; (b) *o argumento da peça publicitária é mais do que infeliz, pois coisifica a mulher, servindo-a, mediante entrega, para desfrute do consumidor*. Sendo assim, há nela discriminação do sexo feminino, a justificar a lavratura do auto de infração e a imposição de multa com fundamento no artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor; (c) a fixação da pena-base não se fez de maneira arbitrária, observando-se os parâmetros estabelecidos na Portaria nº 23/2005 do PROCON/SP, vigente à época dos fatos.

Por fim, condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 8.000,00 (oito mil reais) nos termos do § 4º, artigo 20 do CPC/73.

De outro lado, o Desembargador Coimbra Schmidt, em voto vencido, entendeu pela improcedência do recurso de apelação. Em sua visão: (a) o Judiciário já teria se manifestado sobre a questão quando do julgamento da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, oportunidade em que o Desembargador Ênio Zuliane entendeu se tratar a propaganda de peça bem humorada sem qualquer conotação discriminatória. Assim, em nome da segurança jurídica, seria o caso de anular a multa imposta pelo PROCON/SP por ausência de ofensa ao artigo 37, § 2º do CDC; (b) acatar a tese de que teria havido discriminação do gênero feminino na propaganda acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva ao disposto no § 2º do artigo 37 do CDC, assim como representaria ferir de morte a publicidade brasileira, instigando agentes a ousar apenas cenários neutros, com locutores trajados formalmente e com textos cuidadosamente revistos.

Diante do julgamento não unânime, a autora, com base no artigo 530 do CPC/73, opôs os presentes embargos infringentes alegando, em síntese, que deve

prevalecer o voto vencido porque: (a) a questão debatida nestes autos está acobertada pela coisa julgada, tendo em vista a decisão proferida por este mesmo E. Tribunal de Justiça nos autos da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100 que concluiu pela inexistência de discriminação do gênero feminino e, portanto, pela não ocorrência de dano moral coletivo; (b) a divergência de opiniões dos diversos julgadores é suficiente para que se prestigie a liberdade criativa e de expressão, afastando-se a penalidade imposta pelo PROCON/SP; (c) nem o mais ingênuo dos consumidores pensa que a veiculação é real e que pode adquirir uma mulher clonada. Sustenta que se qualquer comercial puder ser sancionado sempre que alguém entender, subjetivamente, que fere algum preceito a ser seguido, se abrirá um perigoso precedente contra a liberdade de expressão. Sendo assim, não se pode dar interpretação excessivamente extensiva ao disposto no artigo 37, § 2º do CDC; (d) a propaganda foi interpretada pela população como divertida, engraçada, bem-humorada e criativa. E, em se tratando de propaganda, não haveria que ser diferente, pois ela nada cria. Apenas concebe um cenário de *mentirinha* para que o produto seja vendido.

Por fim e, subsidiariamente, requer a redução do valor da multa.

Analisando-se a sentença de primeira instância juntamente com os votos proferidos em sede de recurso de apelação, pode-se concluir que a divergência entre os julgados e, portanto, a matéria a ser tratada neste recurso diz respeito: (a) a saber se a decisão proferida em sede de Ação Civil Pública faz coisa julgada em relação à presente ação; (b) se a propaganda "Musa do Verão" veiculada no ano de 2006 tem ou não caráter discriminatório e, portanto, se viola o artigo 37, § 2º do CDC.

Os embargos não procedem, devendo prevalecer o voto vencedor do Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza que, importante destacar, proferiu decisão que não comporta reparos.

Quanto à primeira questão a ser dirimida neste voto, entendo como apontado no voto vencedor, que não há que se falar em coisa julgada.

Para afastar essa alegação não seria necessário muito mais, a não ser esclarecer que nos termos da legislação processual aplicável ao caso, Código de Processo Civil de 1973, tem-se que a coisa julgada terá lugar quando o juiz estiver diante de uma mesma lide (art. 471, CPC/73), ou seja, desde que exista absoluta coincidência entre as partes, pedido e causa de pedir de ambas as lides.

No caso, como apontou o PROCON/SP em suas contrarrazões, temos de um lado uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público enquanto substituto processual da coletividade em face da AMBEV S/A, cujo pedido era o de indenização por danos morais coletivos em decorrência da veiculação da propaganda

"Musa do Verão". De outro lado, temos ação ajuizada pela AMBEV S/A em face do PROCON/SP, cujo pedido é o de anulação de multa por violação do artigo 37, § 2º do CDC em razão da veiculação da propaganda "Musa do Verão".

De fato, entre as lides, a causa de pedir é a mesma. No entanto, nem as partes nem os pedidos coincidem. Já por essa razão, seria inviável o reconhecimento da coisa julgada no caso.

No entanto, há ainda outra razão.

O Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 470, dispunha que a questão prejudicial apenas faria coisa julgada na hipótese da parte assim o requerer. Logo, ainda que as partes tenham aderido à sugestão da juíza de primeiro grau no sentido de suspender o processo enquanto decidida a Ação Civil Pública acima referida, não há que se falar em coisa julgada para a presente ação, já que nenhum pedido nesse sentido foi feito pela AMBEV S/A.

No mais, a própria legislação aplicável ao processo coletivo dá conta de que a ação coletiva não induz litispendência ou coisa julgada em relação a ações individuais, salvo se versar sobre interesses individuais homogêneos, quanto aos lesados que intervieram na ação (art. 104, CDC e art. 22, §1º, da Lei 12.016/09).

Sendo assim, afasto o reconhecimento da coisa julgada ressaltando, inclusive, que, justamente por não serem a mesma lide, não haverá também qualquer violação à segurança jurídica se as decisões nelas proferidas forem distintas.

Feitas estas colocações, sigo para a análise do mérito, a fim de verificar se a propaganda veiculada era abusiva e se, portanto, deve ser mantida a multa aplicada pelo PROCON/SP.

De um lado, o PROCON/SP sustenta a tese de que a propaganda veiculada pela AMBEV S/A durante o verão de 2006 era abusiva porque discriminatória em relação ao gênero feminino. De outro lado, a autora da ação, para quem abusividade não há.

Assim e desde logo, têm-se como medida indispensável para o bom julgamento que se traga para o corpo desta decisão o conceito de abusividade da propaganda. Nesse sentido, enuncia o § 2º do artigo 37 do CDC que:

> *[...] é abusiva, dentre outras,* ***a publicidade discriminatória de qualquer natureza****, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*

Ora, conforme se depreende da leitura retro, será abusiva toda propaganda **discriminatória**, ou seja, considera-se abusiva a propaganda que, injustifi-

cadamente, concede tratamento diferenciado àqueles que devem ser tratados igualmente.

Pois bem. Se é abusiva, por determinação legal, toda propaganda que traz em si qualquer espécie de discriminação, resta-nos indispensável saber se a peça publicitária veiculada – **na qual mulheres eram produzidas em série, em trajes sumários, vendidas para consumidores homens, transportadas como objetos por uma empresa de logística composta de homens e entregues para homens no local indicado** – era discriminatória ou não.

Como se vê, uma análise objetiva da propaganda, ou seja, a simples descrição das cenas que a compõem, deixa patente que nela há duas figuras principais: a do homem sujeito/consumidor e a da mulher objeto/produto a ser consumido. O homem na propaganda é não apenas o "inventor" do produto "Musa do Verão" como também é o seu destinatário final. Nela, a figura da mulher é equiparada à de uma garrafa de cerveja, na medida em que a propaganda sugere que se o "cara" que inventou a cerveja skol houvesse também inventado a "Musa do Verão" ela seria assim: linda e acessível a todos que, evidentemente, pudessem pagar por ela.

Talvez a transformação da mulher no produto "Musa do Verão" não seja suficientemente chocante num mundo capitalista, onde as relações sociais são mediadas pelas mercadorias e no qual se busca dar valor a tudo.

Todavia, embora aceite o mundo em que vivemos, entendo que a dignidade humana não pode equivaler a uma garrafa de cerveja, razão pela qual a coisificação da mulher na propaganda tem, a meu ver, cunho discriminatório.

A discriminação está, portanto, no tratamento desigual que é concedido ao homem e à mulher. O homem é posto como sujeito, como aquele que detém o controle não apenas da produção como também do consumo da "Musa do Verão". À mulher, por conseguinte, é reservado o papel de produto, isto é, de coisa sem qualquer autonomia e que pode ser valorado apenas pela sua aparência. Não fossem estes os papéis reservados ao homem e à mulher na propaganda, não teria lugar a conclusão de que uma das "musas" estava com "defeito" por ter "vindo com bigode".

Alega a autora, no entanto, que esta conotação discrimitória da propaganda não ficou clara à população que a compreendeu como sendo cômica e inofensiva para a mulher. Alega mais: que a mulher há muito deixou de ser o "sexo frágil" e que sua posição na sociedade já está equiparada à do homem.

Equivoca-se duplamente a autora.

De um lado, porque é certo que a propaganda, assim como toda e qualquer linguagem, comporta diversas interpretações. Sendo assim, não ignoro a

possibilidade de que algumas pessoas tenham encontrado um sentido cômico na mensagem por ela transmitida. Todavia, não entendo ser tolerável que, sob o pretexto da comédia, a publicidade preste-se ao papel de fortalecer preconceitos e estereótipos que, apesar dos esforços em combatê-los, insistem em permanecer na sociedade brasileira.

Nós somos a sociedade que se sentiu perplexa e revoltada com a presença do pensamento de Simone de Beauvoir na prova do Enem de 2015.

Nós somos a sociedade que paga salários menores às mulheres; concede menos oportunidades de empregos formais às mulheres; tem uma proporção menor de mulheres nas escolas quando comparadas aos homens[1].

Nós somos a sociedade que, aos olhos da ONU, ainda se deve esforçar muito para alcançar a igualdade de gêneros e que deve preocupar-se com os perigos relacionados ao uso dos estereótipos femininos no campo da publicidade. Nas palavras do relatório endereçado ao Brasil em 2002 pela ONU:

> *É importante enfatizar que os perigos ligados ao uso de estereótipos estão ligados ao senso comum e ao uso disseminado deles na sociedade brasileira.* ***Os estereótipos geram dois grandes problemas: (1) a publicidade que usa a imagem da mulher como associada a produtos que têm como alvo os homens, tais como anúncios de cerveja, carros, etc;***
>
> *(2) a reprodução na mídia (novelas, shows, etc.) de mitos ligados a violência doméstica, prostituição, etc.*[2]

Por isso, não há espaço para propagandas que, sob o pretexto de criarem cenários de *mentirinha* ou de serem cômicas, reafirmam preconceitos, abrem feridas e estimulam comportamentos sociais que fazem do nosso país um dos mais inóspitos às mulheres no mundo[3].

---

1 Estes são dados disponíveis no livro publicado em 2010 pelo Sistema Nacional de Informações de Gênero (SNIG), que faz parte do Programa de Estatísticas de Gênero no IBGE, analisou dados a partir de indicadores de desigualdades de gênero.

2 Tradução livre do texto no original: It is worth emphasizing that the issues involving stereotypes are linked to common sense and strongly disseminated in the Brazilian society. They give rise to two serious problems: 1) the marketing of the image of woman ñ women as a commodity associated with products that have men as their target audience (beer, cars, etc.); 2) the reproduction in media entertainment shows (soap operas, live shows, etc.) of the same consumption patterns or the maintenance of myths related to sexual and domestic violence, prostitution, etc. (p. 86 do Relatório da CEDAW para o Brasil de 2002).

3 "Ponderamos que a ideologia do patriarcalismo e sua expressão machista disseminada de forma explícita ou sub-reptícia na cultura, nos meios de comunicação e no Sistema de Justiça Criminal reforça determinados padrões de conduta que muitas vezes levam à violência de gênero e, em particular, aos estupros. Tal fenômeno assume uma dimensão preocupante no Brasil, tendo em vista não apenas as suas consequências, de curto e longo prazo, sobre as vítimas, mas sobre a sociedade em geral. Além das perdas de produtividade, a

A discriminação da mulher no Brasil não está no passado. Ela é um desafio do presente.

Quando Simone de Beauvoir afirmou em sua célebre obra "O Segundo Sexo" (de 1949) que não se nasce mulher, mas torna-se mulher, ela quis justamente expor que não há naturalidade alguma na condição feminina como sendo o "outro" do masculino. Apontou para o fato de que a posição de inferioridade imposta à mulher não era um dado da natureza, mas sim uma construção social. Há, nesta bela conclusão algo de libertador, pois bastaria a consciência a respeito desta artificial inferioridade para que a mulher pudesse descobrir-se enquanto ser autônomo e independente do homem.

É preciso ainda trilhar o caminho desta libertação da mulher. Para tanto, é imperioso combater discursos, tais como o posto na propaganda em questão que vai de encontro à emancipação feminina.

E, registre-se, com todo respeito, que a meu ver, ao contrário do que pensa o Desembargador Coimbra Schmidt, a manutenção da multa imposta pelo PROCON/SP à AMBEV S/A não equivale a ferir de morte a propaganda brasileira que, diga-se de passagem, é infinitamente melhor do que o que se viu na "Musa do Verão" em 2006.

Há pouco, a publicidade brasileira conquistou 90 leões no Festival Internacional de Publicidade Cannes Lions 2016. Dentre eles, o trabalho "Songs of Violence" da FCB Brasil para o Estadão Digital informava aos usuários do aplicativo de celular "Shazam", sobre músicas com conteúdos ligados à violência ou que poderiam incitar o abuso contra a mulher.

Como se vê, a experiência nos mostra que há bons exemplos de propagandas inteligentes, inventivas e divertidas que apontam para a direção inversa da que a publicidade veiculada pela autora apontou.

Por isso, repito, a propaganda jamais será ferida de morte no dia em que deixar de tratar a mulher como um bem a ser consumido pelo homem.

Na realidade, a persistência da propaganda como sendo o meio mais eficaz de venda de um produto ou da reafirmação da marca não deixarão de existir enquanto estivermos vivendo numa sociedade capitalista, regida pelo lucro e caracterizada pelo consumo.

---

violência que nasce, sobretudo, dentro dos lares, reforça um padrão de aprendizado, que é compartilhado nas ruas." Esta é a conclusão de estudo produzido pelo IPEA em 2014 sobre o estupro no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>

Finalmente, entendo também que não há qualquer exagero ou ilegalidade no montante fixado pelo PROCON/SP a título de multa pela propaganda abusiva. O montante foi corretamente estipulado pelo PROCON/SP.

Daí o porquê, pelo meu voto, rejeito os Embargos Infringentes, a fim de manter os votos vencedores.

MAGALHÃES COELHO
Relator

PROCESSO: PGS 6407/17

INTERESSADO: B. M.

PARECER: PA nº 71/2017

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DÚVIDA QUANTO AO PRAZO PARA EXONERAÇÃO DE SERVIDOR EM VIRTUDE DA CONSTATAÇÃO DE SUA INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO EFETIVO. À luz do princípio da máxima efetividade da Constituição, deve-se interpretar o artigo 41 da Lei Maior, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, de modo a garantir eficácia tanto ao *caput* quanto ao § 4º desta norma. Assim, são condições igualmente indispensáveis à aquisição de estabilidade em cargo efetivo: (i) decurso de três anos de efetivo exercício (artigo 41, *caput*); (ii) manifestação favorável à confirmação do servidor, emitida por comissão instituída para realizar avaliação especial de desempenho (artigo 41, § 4º). Sem a avaliação positiva, o servidor não há de ser considerado estável, ainda que decorrido o triênio constitucional ou o prazo estipulado em lei ou regulamento para o desfecho do processo de avaliação. A inobservância do prazo, porém, poderá ensejar responsabilização funcional quando constatada a inexistência de motivo justo. Proposta de alteração do entendimento vigente na Procuradoria Geral do Estado acerca do tema. Exame da doutrina e da jurisprudência pátrias. Precedentes: Pareceres PA-3 nºs 360/1995, 04/1999, 237/1999 e 124/2000; Pareceres PA nºs 464/2003 e 134/2014; Pareceres AJG nºs 251/2015 e 38/2017.

1. Cuida-se de consulta, originária da Secretaria de Segurança Pública, em que se pretende elucidar se, vencido o prazo trienal do estágio probatório, ainda se afigura viável a exoneração de servidor considerado inapto para o exercício de cargo efetivo pela autoridade competente para decidir sobre sua avaliação especial de desempenho.

2. Na situação estampada nos autos, o Sr. B. M. tomou posse no cargo efetivo de Auxiliar de Papiloscopista Policial aos 11 de abril de 2014, data em que também iniciou o exercício do cargo e, por conseguinte, o estágio probatório.

3. Aos 5 de fevereiro de 2015, em observância ao Decreto Estadual nº 58.139/2012, que "regulamenta a avaliação especial de desempenho para fins de estágio probatório aos integrantes das carreiras policiais civis abrangidos pela Lei Complementar nº 1.151/2011", a Delegada Titular da Delegacia do Município de Santana do Parnaíba e o Delegado de Polícia Seccional de Carapicuíba apresentaram relatório de avaliação no qual concluíram que, no período de agosto de 2014 a janeiro de 2015, o interessado demonstrara "plena condição de permanecer na carreira" (fls. 08/11)[1].

4. Mais tarde, aos 5 de abril de 2016, o Delegado Titular da Delegacia de Polícia de Investigações sobre Infrações Contra o Meio Ambiente e o Delegado de Polícia Seccional de Carapicuíba apresentaram relatório de avaliação concernente ao interstício de julho a dezembro de 2015, tecendo inúmeros elogios à atuação profissional do servidor em questão (fls. 12/16).

5. Na madrugada de 4 de novembro de 2016, no entanto, ainda dentro do período de estágio probatório, o Sr. B. M. envolveu-se em incidente de trânsito no qual efetuou dois disparos de arma de fogo contra o carro de um taxista que veio a falecer em virtude do ferimento causado por um desses tiros.

6. Lavrado o Boletim de Ocorrência nº 9.965/2016 (fls. 21/25), os fatos foram imediatamente comunicados à Corregedoria Geral da Polícia Civil que, naquela mesma data, instaurou o presente procedimento administrativo, destinado a perquirir os impactos de tal acontecimento sobre o estágio probatório em curso (fls. 02/04), e avocou o inquérito policial respectivo para que seu trâmite prosseguisse no âmbito da Casa Censora (fls. 45/68).

7. Também em decorrência do indigitado evento, aos 7 de novembro de 2016, instaurou-se apuração preliminar vocacionada a apurar eventual caracterização de falta funcional (fls. 122/124).

8. Logo em seguida, aos 16 de novembro de 2016, o Delegado Titular da Delegacia de Polícia de Investigações sobre Infrações Contra o Meio Ambiente e o Delegado de Polícia Seccional de Carapicuíba apresentaram relatório de avaliação do estagiário no período de janeiro a novembro de 2016. Na manifestação, na qual não consta

1 A competência para elaboração desse relatório está prevista no artigo 4º do Decreto Estadual nº 58.139/2012, *verbis*: "Artigo 4º - O preenchimento dos requisitos aludidos nos itens 3 a 8 do § 1º do artigo 7º da Lei Complementar nº 1.151, de 25 de outubro de 2011, será apurado por meio do exame de relatórios circunstanciados, de forma fundamentada e conclusivos, elaborados pelo Delegado Seccional de Polícia ou pelo Delegado Divisionário de Polícia, segundo a área de atribuição a que esteja subordinado o policial civil em estágio probatório. Parágrafo único - Os relatórios a que se refere o "caput" deste artigo serão apresentados, semestralmente, ou a qualquer tempo para comunicar fato relevante à avaliação do policial civil de 3ª Classe, à Corregedoria Geral da Polícia Civil, independentemente de provocação, sob pena de responsabilidade, pelos dirigentes de todas as unidades em que esteve em exercício o policial civil em estágio probatório" (g.n.).

qualquer referência ao reportado evento, as autoridades policiais reiteraram opinião favorável à confirmação do interessado na carreira (fls. 40/44)

9. Cientificado da instauração do procedimento administrativo em tela, aos 2 de dezembro de 2016, o interessado compareceu à Corregedoria Geral da Polícia Civil, acompanhado por advogado regularmente constituído (fls. 83), e prestou esclarecimentos acerca dos fatos sob apuração (fls. 86/89).

10. Ato contínuo, veio aos autos defesa preliminar em que o procurador do interessado: (i) requereu sua confirmação na carreira de policial civil, argumentando que: (a) as avaliações realizadas no curso do estágio probatório demonstrariam que "o peticionário é funcionário exemplar"; (b) o disparo de arma que teria ensejado o falecimento do motorista de táxi fora efetuado em legítima defesa, para repelir "iminente e injusta agressão"; (ii) pugnou pela oitiva de duas testemunhas; (iii) apresentou documentos; e (iv) solicitou que o procedimento administrativo *in casu* não seja concluído antes do desfecho da apuração preliminar nº 1.128/2016 e do inquérito policial nº 386/2016, ambos em curso no âmbito da Corregedoria Geral de Polícia com o fito de apurar os mesmos fatos (fls. 91/108).

11. Em 17 de fevereiro e 6 de março de 2017, as testemunhas arroladas pela defesa foram ouvidas na presença do advogado do servidor (fls. 114/119).

12. Os autos foram instruídos com cópias dos seguintes documentos: (i) laudo nº 518.065/2016, relativo à perícia realizada no local do incidente (fls. 130/143); (ii) termos de oitiva de testemunhas, extraídos do inquérito policial relacionado (fls. 145/149); (iii) laudos periciais nºs 511.785/2016 e 511.778/2016, atinentes às perícias realizadas nas armas utilizadas no evento (fls. 150/157); (iv) relatório de análise nº 512.390/2016, concernente à verificação de presença de resíduos de chumbo provenientes do disparo de arma de fogo no interior do veículo do taxista (fls. 160/162); (v) laudo nº 550.466/2016, referente à perícia realizada em uma das armas encontradas no local do evento, com o fito de identificar sua numeração (fls. 163/165); (vi) laudo pericial nº 549.902/2016, relativo ao exame da arma cuja posse foi atribuída ao taxista (fls. 166/168).

13. Em 20 de março de 2017, com vistas a subsidiar decisão das Superiores Instâncias, veio a lume relatório elaborado pela Divisão de Informações Funcionais da Corregedoria Geral da Polícia Civil, do qual se extrai (fls. 170/175):

> [...] **o interregno de três anos de estágio probatório do interessado, cerne deste procedimento, se aproxima do fim, não havendo possibilidade de prorrogação de prazo, sob pena de perda do objeto.**
>
> Desta feita, entendo que não há campo para prosseguimento deste persecutório, sem prejuízo de eventual instauração de procedimentos administrativos disciplinares aptos a apurar a conduta de policiais civis já estáveis na carreira.

> Assim, não restou comprovado, até o presente momento, de maneira categórica e consistente, que o interessado tenha praticado quaisquer faltas ou tenha agido com dolo ou má-fé, não se vislumbrando, dessa forma, elementos sérios, suficientes e idôneos, aptos a autorizar qualquer tipo de proposição contrária à confirmação provisória na carreira.
>
> Face ao exarado, propomos, s.m.j., a **confirmação provisória** de B. M., na carreira de Auxiliar de Papiloscopista Policial, pois preenchidos encontram-se os requisitos de que tratam os itens 2 a 8 do § 1º do artigo 7º da Lei Complementar nº 1.151/2011 c.c Lei Complementar nº 1.259/2014, sendo desproporcional qualquer outra proposta [...]. [g.n.]

14. Encaminhados os autos ao Conselho da Polícia Civil[2], em 10 de maio de 2017 adveio a proposta de não confirmação do interessado na carreira. A decisão unânime considerou não só a gravidade dos fatos ocorridos em 4 de novembro de 2016, mas sobretudo a constatação de que o policial fornecera versão inverídica sobre o evento, induzindo a erro "Autoridades Policiais, Peritos Criminais e um grande número de Policiais Civis e Militares que, direta ou indiretamente, tomaram assento em algum dos capítulos de toda a trama" (fls. 178/191).

15. Em 30 de maio de 2017 o Sr. Delegado-Geral de Polícia ratificou a orientação traçada pelo Conselho da Polícia Civil e, propondo a não confirmação do Sr. B. M., remeteu os autos ao Sr. Secretário de Segurança Pública (fls. 192/195)[3].

---

2 Nos termos do artigo 5º do Decreto Estadual nº 58.139/2012: "A Corregedoria Geral da Polícia Civil, depois de verificar o preenchimento do requisito estabelecido no item 2 do § 1º do artigo 7º da Lei Complementar nº 1.151, de 25 de outubro de 2011, emitirá, antes do término dos 1.005 (um mil e cinco) dias, manifestação final, fundamentada e conclusiva, sobre a conduta pessoal e funcional do policial civil de 3ª Classe em estágio probatório, propondo sua confirmação ou não na carreira. § 1º - Sendo desfavorável a conclusão da Corregedoria Geral da Polícia Civil, esta dará vista dos autos ao defensor constituído, para que em 7 (sete) dias, da data da notificação, ofereça manifestação escrita para reforma da referida conclusão e junte ou indique provas que justifiquem a modificação pretendida. § 2º - Recebida a manifestação do interessado e produzidas as provas eventualmente requeridas e deferidas, se houver acréscimo ao conjunto de provas já produzidas, a autoridade policial presidente manifestar-se-á novamente e o procedimento será submetido à apreciação do Conselho da Polícia Civil que, pela maioria simples de seus membros opinará a favor ou contra a confirmação, na carreira, do policial civil de 3ª Classe em estágio probatório." (g.n.).

3 Eis o que dispõe o artigo 7º do Decreto Estadual nº 58.139/2012: "Os processos apreciados pelo Conselho da Polícia Civil, nos termos do artigo 3º e do § 2º do artigo 5º deste decreto, e os que contenham manifestação favorável da Corregedoria Geral da Polícia Civil, serão remetidos para homologação ou não do Delegado Geral de Polícia, que os enviará: I - para a Divisão de Administração de Pessoal do Departamento de Administração e Planejamento da Polícia Civil - DAP, os que acolherem a proposta de confirmação na carreira, com a finalidade de serem preparadas as apostilas dando estabilidade a partir da data em que completaram os 1.095 (um mil e noventa e cinco) dias de efetivo exercício nos cargos respectivos de 3ª Classe; II - para o Governador do Estado, por meio do Titular da Pasta, os que contiverem decisão contrária à confirmação na carreira, acompanhados dos respectivos atos exoneratórios do cargo, devidamente fundamentados. § 1º - A tramitação dos processos que contenham manifestação desfavorável deverá ser feita com a urgência necessária, de maneira a possibilitar que os atos exoneratórios possam ser expedidos antes de findo o período de estágio probatório. § 2º - O ato de confirmação na carreira ou de exoneração do servidor será publicado no Diário Oficial do Estado."

16. Antes de submeter o presente processo ao Sr. Governador do Estado para prolação do decreto exoneratório, a Chefia de Gabinete da Secretaria de Segurança Pública encaminhou-o para análise da Consultoria Jurídica que serve à Pasta.

17. Examinando o feito, o Parecer CJ/SSP nº 1.097/2017[4], com fincas no despacho de desaprovação do Parecer PA nº 237/1999, concluiu que, a despeito da regularidade do procedimento administrativo *in casu* e da higidez dos fundamentos apresentados para a não confirmação do interessado, seria imperioso o reconhecimento de estabilidade ao servidor, porquanto já decorrido o prazo trienal de seu estágio probatório[5], "sem prejuízo da apuração de reponsabilidade pela prática de falta funcional, por meio da Apuração Preliminar já instaurada" (fls. 197/213).

18. O opinativo contou com a aprovação do i. Procurador do Estado Chefe da CJ/SSP[6] que, após empreender criteriosa análise da jurisprudência administrativa e de decisões judiciais atinentes ao tema, "ante a divergência de entendimentos institucionais e a aparente evolução jurisprudencial sobre o tema", optou por sugerir à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral o reexame do posicionamento fixado com a desaprovação do Parecer PA nº 237/1999.

19. Acolhida a proposta, os autos vieram a esta Especializada, "para análise e manifestação" (fls. 218).

20. Recentemente, o interessado, por meio de seu procurador, apresentou solicitação de "sobrestamento de todo o procedimento em tramitação por essa Subprocuradoria até final deslinde do correlato processo criminal em apuração (fls. 227/231).

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

21. Em resumo, no caso telado um servidor público ocupante de cargo efetivo que vinha acumulando avaliações positivas ao longo do estágio probatório envolveu-se em grave incidente às vésperas de perfazer o prazo trienal de duração do estágio. O procedimento administrativo instaurado com o fito de apurar os reflexos de tal evento sobre a avaliação de seu desempenho, conquanto tenha tramitado em prazo razoável e perfeita observância ao devido processo legal, apenas alcançou o desfecho após o transcurso do período de prova, quando as autoridades competentes opinaram por sua não confirmação na respectiva carreira.

22. A questão jurídica a ser enfrentada neste opinativo diz respeito, assim, à possibilidade de, ultrapassado o prazo constitucionalmente estabelecido para duração do

4 Parecerista Dra. Ji Na Park.

5 Trata-se de circunstância confirmada pelo Centro de Recursos Humanos da Pasta (fls. 214).

6 Dr. Júlio Rogério Almeida de Souza.

estágio probatório, efetuar-se a exoneração do servidor em virtude de decisão que, analisando sua conduta no período de prova, reputou-o inapto a permanecer na carreira.

23. Noutros termos, quer-se elucidar se o mero transcurso do triênio constitucional enseja automática confirmação do servidor ou se o resultado positivo da avaliação de desempenho empreendida pelas autoridades competentes é também condição indispensável à aquisição da estabilidade.

24. Pois bem. Na redação original da Constituição Federal de 1988, a aquisição de estabilidade pelos servidores públicos era disciplinada nos seguintes termos:

> Artigo 41. **São estáveis, <u>após dois anos de efetivo exercício</u>, os servidores nomeados em virtude de concurso público.**
>
> § 1º - O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.
>
> § 2º - Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.
>
> § 3º - Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

25. Nesse cenário, entendia-se que o transcurso do prazo de dois anos estabelecido para a duração do estágio probatório implicava estabilização automática do servidor. Assim, ainda que este viesse a ser considerado inapto para o cargo em razão de eventos ocorridos no período de prova, não poderia ser exonerado depois de ultrapassados os dois anos de efetivo exercício. Eis o que emerge da ementa do **Parecer PA nº 360/1995**[7]**:**

> SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. Servidor que completou dois anos de efetivo exercício já adquiriu a estabilidade, sendo impossível sua exoneração a pretexto de desempenho insuficiente. Adquirida a estabilidade, a efetiva ineficiência no serviço poderá, apenas, justificar a abertura de processo administrativo para aplicação de sanção disciplinar.

26. No mesmo sentido, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, relativa a fatos ocorridos na vigência da redação original do artigo 41 da Lei Maior:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. REPROVAÇÃO. **AVALIAÇÃO HOMOLOGADA APÓS O**

7 Parecerista Dr. Carlos Ari Sundfeld.

> **FIM DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. ILEGALIDADE. EXONERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.** PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> 1. Durante o estágio probatório, o servidor público não possui a garantia da estabilidade no serviço público, podendo ser exonerado desde que não demonstre os requisitos próprios para o exercício da função pública, tais como idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, eficiência e outros, aferíveis com a observância das formalidades legais de apuração de sua capacidade.
>
> 2**. Hipótese em que tanto a homologação do resultado final da avaliação do estágio probatório quanto o ato de exoneração do servidor deram-se após ultrapassados os 2 (dois) anos previstos no art. 20, § 1º, da Lei 8.112/90, quando já alcançada a estabilidade.**
>
> 3. Recurso especial conhecido e improvido.
>
> [RESP 550.717/CE – 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07/11/2006, g.n.].

27. Contudo, à luz de tal quadro normativo os Tribunais Superiores também proferiram decisões favoráveis à exoneração de servidores reputados inaptos em estágio probatório, ainda que vencido o prazo de conclusão deste. Tais julgados consideravam o ato de exoneração meramente declaratório. Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. REPROVAÇÃO. EXONERAÇÃO. LEGITIMIDADE DO ATO. 1. **O ato de exoneração de servidor público reprovado no estágio probatório, em resultado apurado em processo administrativo regular, é de caráter meramente declaratório.** 2. Ofensa ao artigo 41, § 1º, da Carta Federal. Alegação insubsistente. Relevante é o processamento de sindicância para apuração de falta no prazo bienal. Agravo regimental não provido.
>
> [...] o impetrante tivera ciência antes de se exaurir o biênio referente ao período de estágio probatório, dos fatos que culminaram com sua reprovação, em resultado apurado em processo administrativo regular, sendo irrelevante o fato de que o ato de exoneração fora expedido após o prazo de dois anos, já que ele é de caráter meramente declaratório.
>
> [...] o preceito inscrito no **artigo 41, § 1º, da Carta de 1988, na redação anterior à EC nº 19/98**, não fixa prazo para a **publicação** do ato de exoneração de servidor nomeado em virtude de concurso público. Assim, **para dar cumprimento à norma constitucional, importante é o processamento de sindicância para a apuração de falta no decorrer do estágio probatório. [STF** – RE 248.292 AgR/RS – 2ª T, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10/10/2000].
>
> ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. REPROVAÇÃO. EXONERAÇÃO. ESTABILIDADE. **REPROVADO NO ESTÁGIO PROBATÓRIO, EM RESULTADO APURADO EM PROCESSO**

ADMINISTRATIVO REGULAR, ONDE OBSERVADAS AS RECOMENDAÇÕES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, NÃO PODE O SERVIDOR ALEGAR ESTABILIDADE PELO SIMPLES FATO DE QUE O ATO DE EXONERAÇÃO FOI EXPEDIDO APÓS O PRAZO DE DOIS ANOS, JÁ QUE É ELE DE CARÁTER DECLARATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]. Na verdade, observadas as regras de apuração da capacidade funcional do servidor (estágio probatório) o ato de consubstanciação dos resultados, em caso negativo, é meramente declaratório, não se podendo arguir vício, pela expedição após o prazo de dois anos. Entendimento contrário conduziria ao absurdo de reconhecer-se estável funcionário que foi reprovado no processo de estágio probatório. [STJ – RMS 8.337/RS – 6ª T., Rel. Min. Willian Patterson, j. 26/05/1997, g.n.].

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. FALTA COMETIDA NO PERÍODO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO. [...]. O que não poderia é ser o servidor dispensado ao simples alvedrio da Administração....Mas isso não ocorreu. Depois, como assinala a Procuradoria de Justiça do Estado, "se se exige que o ato de dispensa seja editado dentro do prazo de dois anos, estar-se-á reduzindo, significativa e injustamente o prazo legal, pois é evidente que tal tempo é dado ao estagiário e não à Administração [...]." [STJ - RMS 547/RJ – 2ª T., Rel. Min. Hélio Mosimann, j. 05/08/1992, g.n.].

28. Mas, como sabido, a **Emenda Constitucional nº 19/1998**, que deu início à reforma do aparelho estatal brasileiro, conferiu nova redação ao artigo 41 da Lei Maior[8], *in verbis:*

Artigo 41. **São estáveis após <u>três anos de efetivo exercício</u> os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.**

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

8 Da Constituição Estadual, extrai-se: "Artigo 127 - Aplica-se aos servidores públicos estaduais, para efeito de estabilidade, o disposto no artigo 41 da Constituição Federal".

> [...] § 4º **Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.** [g.n.][9].

29. Nesse novo contexto, a Procuradoria Administrativa foi instada a "discutir qual o papel e relevância conferidos à avaliação de desempenho do servidor no estágio probatório e as consequências de sua inobservância para a aquisição da estabilidade"[10], trazendo a lume o **Parecer PA-3 nº 237/1999**[11], assim ementado:

> SERVIDOR PÚBLICO. **Em virtude do novo regime da ESTABILIDADE decorrente da EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98, a confirmação do servidor não resulta apenas da passagem do prazo, dependendo também de decisão expressa, em procedimento especial de avaliação** (art. 41, § 4º). O fim do estágio probatório confere ao servidor uma estabilidade apenas provisória, a qual pode ser elidida por ato posterior de não confirmação. Há limites, porém, à tardia edição desse ato. É possível, dentro de certos limites especiais, a invalidação administrativa de ato de confirmação já editado. [g.n.].

30. O opinativo, entretanto, não contou com a aprovação da ilustre Chefia da Procuradoria Administrativa[12], segundo a qual "*verificado o transcurso do prazo do estágio probatório sem que a Administração tenha adimplido sua obrigação constitucional de realizar a avaliação especial do servidor, o mesmo alcança* ***automaticamente*** *sua estabilidade*"[13].

31. Tal entendimento foi ratificado por toda a escala hierárquica da Procuradoria Geral do Estado e, desde então, vem orientando a conduta da Administração Paulista.

32. Ocorre que o exame acurado de decisões judiciais sobre o tema revela considerável descompasso entre tal orientação e a jurisprudência consolidada acerca da aplicação do artigo 41 da *Lex Legum*, em sua redação atual.

---

9 De acordo com José Afonso da Silva, " São requisitos para adquirir a estabilidade: (a) nomeação por concurso (art. 37, II) para cargo de provimento efetivo [...]; (b) exercício efetivo após três anos; (c) avaliação especial de desempenho. [...]. Esse período de três anos é definido nos estatutos dos servidores públicos como de estágio probatório (ou estágio confirmatório), durante o qual a Administração apura a conveniência de sua confirmação no serviço. Essa apuração se resumia na aferição formal dos requisitos de assiduidade, aptidão, eficiência, idoneidade moral, etc., por meio de um simples boletim subscrito pela chefia da repartição do servidor, que possibilitava que, dependendo das simpatias ou antipatias do chefe, o mau servidor pudesse se confirmado e o bom não ser. O § 4º do art. 41, acrescido pela EC 19/1998, eliminou esse subjetivismo, ao instituir uma condição de mérito mais rigorosa, para a aquisição da estabilidade, qual seja a avaliação especial de desempenho obrigatoriamente realizada por comissão instituída especificamente para tal fim" (Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 376).

10 Estas as palavras do Dr. Carlos Ari Sundfeld, no bojo do Parecer PA-3 nº 237/1998.

11 Parecerista Dr. Carlos Ari Sundfeld.

12 Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves.

13 Grifo nosso.

33. Deveras, **a maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça defendem a tese de que a aprovação do servidor em avaliação de desempenho é *conditio sine qua non* à aquisição da estabilidade**. Sem essa aprovação, o mero decurso do prazo trienal jamais resultaria, portanto, em automática estabilidade do servidor. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. AQUISIÇÃO DA ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83 DO STJ.
>
> [...]. 2. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a aquisição da estabilidade no serviço público "somente ocorre após o implemento, cumulativo, de dois requisitos: (i) o transcurso de 3 (três) anos no cargo pretendido; e (ii) a aprovação na avaliação de estágio probatório. Portanto, por expressa previsão constitucional, o implemento de ambas as condições para continuidade no cargo afasta a tese de que apenas com o transcurso do período de três anos se adquire a estabilidade, ante a inexistência de direito adquirido ou situação estabilizada contra a própria Constituição Federal"** (RMS 024.467/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 26/4/2011).
>
> 3. A falta de prequestionamento inviabiliza o exame do recurso especial (STJ, Súmula nº 211).
>
> 4. O acórdão recorrido decidiu a questão na linha da jurisprudência desta Corte, pelo que não há falar-se com proveito em dissídio jurisprudencial. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula 83/STJ).
>
> 5. Agravo regimental não provido. [AgRg no REsp 1510246 / PB – 1ª T., REl. Min. Olindo Menezes, j. 02/02/2016, g.n.].
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA EM MOMENTO ANTERIOR. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECLUSÃO. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA. ADVOGADO DA UNIÃO. ILEGALIDADE DA PORTARIA DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA. ESTÁGIO PROBATÓRIO.
>
> [...]. 2. **O § 4º do artigo 41 da Constituição Federal, na redação incluída pela Emenda Constitucional n. 19/98, impõe como condição obrigatória para a aquisição da estabilidade a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade, razão pela qual não se trata de mera liberalidade da Administração Pública, mas sim de "poder-dever", diante de sua característica de "direito/obrigação", que não preclui em razão do decurso do tempo.**

3. **A imposição constitucional, no caso, deve ser observada, ainda que em momento posterior aos prazos fixados pelos normativos aplicáveis, não ficando a Administração dispensada de sua realização, tampouco o servidor liberado de sua concretização para o alcance da estabilidade.** Precedentes.

4. **A aquisição da estabilidade somente ocorre após o implemento, cumulativo, de dois requisitos: (i) o transcurso de 3 (três) anos no cargo pretendido; e (ii) a aprovação na avaliação de estágio probatório. Portanto, por expressa previsão constitucional, o implemento de ambas as condições para continuidade no cargo afasta a tese de que apenas com o transcurso do período de três anos se adquire a estabilidade, ante a inexistência de direito adquirido ou situação estabilizada contra a própria Constituição Federal** (RMS 024467, Rel. Ministra Laurita Vaz, Monocrática, DJ de 26/4/2011).

5. Questão de ordem suscitada por Paulstein Aureliano de Almeida não conhecida. Recurso especial da União provido para reconhecer a legalidade da Portaria nº 816/2009, do Advogado-Geral da União, que exonerou o autor do cargo de Advogado da União. [RESP 1442020/PB – 6ª T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015, g.n.][14].

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REPROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NÃO VIOLADOS. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. REEXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO. NÃO CABIMENTO.

1. **Considerando que a aquisição de estabilidade no serviço público depende de prévia aprovação em avaliação de desempenho, é irrelevante que o ato de exoneração de servidor público, de natureza meramente declaratória, seja posterior ao prazo legal do estágio probatório.** Precedentes.

2. Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa se assegurado, no processo administrativo que resultou na exoneração do servidor, o direito à ampla defesa e ao contraditório.

3. O ato de exoneração, ao contrário da suspensão, não tem caráter punitivo, mas se baseia no interesse da Administração na dispensa do servidor que não preenche os requisitos legais para um bom desempenho do cargo. Não ocorrência de *bis in idem*.

4. Compete ao Poder Judiciário apreciar a legalidade do ato administrativo e a regularidade do processo administrativo que culminou na exoneração do impetrante, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo vedada qualquer interferência no mérito administrativo.

14 Na hipótese, o ato exoneratório foi publicado "quando passados quase seis anos desde a posse e exercício do servidor, encontrando ele já em situação de estabilidade".

5. Recurso ordinário improvido. [RMS 13810/RN – 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29/04/2008, g.n.]

34. Há, todavia, **julgados do Superior Tribunal de Justiça que condicionam a validade da exoneração posterior ao decurso do triênio constitucional à conclusão (ou ao menos ao início) do processo avaliatório em data anterior ao término de tal prazo.** Nessa linha:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. AVALIAÇÃO. REPROVAÇÃO. ATO DE EXONERAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO DEMONSTRADA. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. ÓBICE DA SÚMULA 126/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. [...] 3. Ainda que superados esses óbices, registre-se que ao afirmar que "**concluído o procedimento de avaliação dentro do prazo, com resultado desfavorável, é possível, mesmo ultrapassado tal intervalo, a edição do ato de exoneração, o qual tem eficácia declaratória**", a decisão recorrida não destoou do entendimento consolidado no âmbito desta Corte Superior. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. [AgRg no REsp 1431535 / SE – 1ª T., Rel Min. Sérgio Kukina, j. 01/03/2016, g.n.].
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. ASSÉDIO MORAL PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AVALIAÇÃO PELO CHEFE IMEDIATO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REVISÃO PARA A COMISSÃO DE AVALIAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DESCABIMENTO. ATO DE EXONERAÇÃO APÓS MAIS DE TRÊS ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. (...) 4. **Se as avaliações do estágio probatório são concluídas nos primeiros três anos de efetivo exercício, não se mostra ilegal a exoneração do servidor público após esse triênio, uma vez que o ato de exoneração, nessa hipótese, tem natureza declaratória.** Precedentes. 5. Recurso ordinário desprovido. [RMS 23504/RO, Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe de 2/8/2010, g.n.].
>
> SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. LEI Nº 8.112/90, ART. 20, § 1º PERÍODO DE AVALIAÇÃO. EXONERAÇÃO. SÚMULA 21 DO STF. [...] 2. **Iniciado processo administrativo para formalizar a exoneração do servidor que não alcançou o número suficiente de pontos, no qual se observou o devido processo legal, ainda que logo após vencido o prazo de vinte meses e só findo após o do decurso do prazo total do estágio probatório, não há que se falar em ilegalidade do ato administrativo**. 3. Recurso a que se nega provimento." [RMS 9946/DF, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, j. 20/09/1999, g.n.].

35. Ainda, há julgados outros em que o STJ **condiciona a legitimidade da conclusão do processo exoneratório após o decurso do prazo trienal à existência de justificativa plausível para a demora da Administração:**

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. EXIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**. EXONERAÇÃO APÓS AQUISIÇÃO DA ESTABILIDADE. NÃO CABIMENTO. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO PROVIDO.**

1. Em se tratando de exoneração de servidor público que se encontra em estágio probatório, não se apresenta necessário prévio processo administrativo disciplinar. No entanto, devem-lhe ser assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes do STJ.

2. Não obstante os fundamentos do acórdão recorrido, não há notícia nos autos da instauração de um procedimento em que tenha o recorrente figurado formalmente como acusado.

3. **Adquire estabilidade o servidor após exercer efetivamente por 3 (três) anos cargo provido mediante concurso público, razão por que, transcorrido esse prazo, não mais se cogita de avaliação de desempenho em estágio probatório, exceto se houver justificativa plausível para a demora da Administração. Inteligência do art. 41 da Constituição Federal.**

4. **A eventual demora na publicação de um ato normativo local, disciplinando a avaliação de servidores públicos estaduais, porque destituído de poderes para alterar o texto constitucional, não se apresenta capaz de dilatar o prazo peremptório em tela.**

5. Hipótese em que o recorrente tomou posse e entrou em exercício em 29/7/02 e foi "exonerado" do cargo de Professor de Educação Física do Estado de Minas Gerais em 11/2/06, por ter sido reprovado na avaliação do estágio probatório, quando, no entanto, já alcançara estabilidade no serviço público.

6. No caso em que o servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. Inaplicabilidade dos enunciados das Súmulas 269/STF e 271/STF. 7. Recurso ordinário provido. [RMS 24602 / MG – 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 11/09/2008, g.n.][15].

15 No mesmo diapasão, *decisum* emanado pelo TJSP: "Servidor Público. Demissão após o decurso do prazo do estágio probatório. Procedimento de avaliação protelado injustificadamente. Ordem concedida. Sentença mantida. […]. O decurso do prazo de três anos do estágio probatório previsto no art. 41, § 4º, da Constituição Federal, ocorreu em 03/07/2003. Como ressaltado pela r. sentença, muitos anos após o decurso do prazo a administração ainda procedia à avaliação, e somente em 2006 é que veio a efetuar o ato demissório, isto após a prorrogação da avaliação. […]. Nestas circunstâncias, é de se considerar que a implementação da condição prevista no art. 41, § 4º, da Constituição Federal, e consistente na avaliação negativa do servidor, se deu após o decurso do prazo para o estágio probatório, mercê do que, havendo coincidência entre este e o prazo da estabilidade, não havia mais a possibilidade de rompimento do vínculo. […] **Assim, e porque nada nos autos além da ineficiência da administração justifica a prática tardia do ato, a r. sentença merece manutenção**, ainda pelos seus próprios fundamentos" [Apelação 9253550-89.2008.8.26.0000 – 4ª CDP, Rel. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, j. 29/04/2013, g.n.].

36. Seguindo a jurisprudência dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, **o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem considerado plenamente viável a exoneração do servidor julgado inapto despois de decorrido o prazo trienal do estágio probatório**. Confira-se:

> APELAÇÃO. Ação anulatória de ato administrativo c.c. indenizatória por danos morais. Município de Santana de Parnaíba. Exoneração de servidor em estágio probatório por reprovação em avaliação de desempenho. Nulidade do ato administrativo. Sentença de improcedência Pretensão de reforma, Impossibilidade. ***Avaliação que é condição para o servidor adquirir a estabilidade***. Aplicação do artigo 41, §4º, da CF e da LCM nº 34/2011. Ausência de irregularidade formal – Procedimento realizado em observância das garantias do contraditório e da ampla defesa e dos princípios da administração pública. Vedada a apreciação do mérito da avaliação pelo Poder Judiciário. Precedentes. Danos morais. Inocorrência. Ausência de nexo etiológico. Não provimento do recurso. [Apelação 0028295-86.2013.8.26.0068 – 10ª CDP, Rel. Maria Olivia Alves, j. 23/10/2017, g.n.].
>
> APELAÇÃO – Servidora pública municipal – Exoneração – Estágio probatório – Avaliação de desempenho insatisfatória – Higidez do processo administrativo – Observância do contraditório e da ampla defesa – Decisão devidamente motivada – Irregularidade quanto à periodicidade não se mostra apta a influir na exoneração da servidora – Reexame necessário e recurso do Município providos – Recurso da requerente prejudicado.
>
> […]. Verifica-se que a autora ingressou nos quadros do serviço público municipal em 11/02/2008, no cargo de merendeira. Em 15/03/2011, em decorrência de duas avaliações de desempenho negativas, realizadas em 24/06/2010 e em 05/01/2011, foi exonerada, antes de adquirir estabilidade.
>
> O estatuto funcional do Município (Lei Complementar nº 01/91) condiciona a aquisição de estabilidade ao efetivo exercício das funções por três anos somados à aprovação em avaliação de desempenho (artigos 11 e 13), nos termos do artigo 41, *caput* e §4º da Constituição Federal.
>
> Quanto a este ponto, de se destacar, conforme apontado na r. sentença recorrida, que **não se verifica, tanto na legislação municipal, quanto na Constituição Federal, a possibilidade de aquisição de estabilidade apenas diante do lapso temporal, sendo de rigor a aprovação na avaliação. Tampouco se afigura imperiosa a publicação do resultado da avaliação no intervalo de tempo do estágio probatório, até porque "se a avaliação é feita no período em que o servidor está em estágio probatório, é natural que a Municipalidade aguarde o tér-**

> **mino de tal período para divulgar o resultado da avaliação, mesmo porque, até o encerramento do terceiro ano, o servidor pode praticar falta grave que o torne inapto para o serviço público**". [Apelação 0004036-51.2015.8.26.0296 – 1ª CDP, Rel. Aliende Ribeiro, j. 09/05/2017, g.n.].
>
> APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL (SOROCABA). EXONERAÇÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO – ESTABILIDADE. Pretensão inicial da autora, na qualidade de ex-servidora pública do Município de Sorocaba, voltada à desconstituição de ato administrativo que culminou em sua exoneração, por considerar que fora desrespeitada a sua estabilidade no serviço (art. 41, da CF/88) – Inadmissibilidade. A estabilização do servidor público pressupõe o efetivo exercício no cargo, ao longo de 3 (três) anos. Hipótese dos autos em que a servidora esteve afastada, a título de licença para tratamento de saúde, inviabilizando a regular conclusão do estágio probatório. Inexistência de estabilidade pelo só decorrer do prazo previsto na Constituição, sem que, concomitantemente, haja o efetivo exercício no cargo e a completa avaliação especial de desempenho (art. 41, §4º, da CF/88) – Período de avaliação que, ao final, concluiu pela exoneração da servidora. Legalidade. Inteligência do art. 26, da LM nº 3.800/1991 cc. Decreto Municipal nº 13.090/2001. [...]. [Apelação 0052002-04.2011.8.26.0602 – 9ª CEDP, Rel. Paulo Barcellos Gatti, j. 12/12/2016, g.n.].
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. PRETENSÃO. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMISSÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO E IMEDIATA REINTEGRAÇÃO AO CARGO. Decisão que indeferiu o pedido de antecipação a tutela para determinar a imediata reintegração da autora ao seu cargo de Engenheira Civil Municipal, com o pagamento, doravante, dos respectivos salários. Irresignação. Descabimento. **"A priori", o mero decurso do prazo de 3 (três) anos, não é capaz de, por si só, garantir a estabilidade no serviço público. Inteligência do art. 41, § 4º, da CF.** [...]. Decisão mantida. Recurso desprovido. [Agravo de instrumento 2266093-05.2015.8.26.0000 – 13ª CDP, Rel. Spoladore Dominguez, j. 08/06/2016, g.n.].

37. A **maior parte dos julgados da Corte Paulista** a que tive acesso, no entanto, **segue a tese de que a avaliação de desempenho deve ter sido ao menos iniciada no curso do estágio probatório para que seja legítima a exoneração posterior ao triênio**:

> DIREITO DISCIPLINAR. Ação ajuizada para o fim de nulificar procedimento administrativo que culminou com a exoneração de servidora municipal. Procedimento iniciado durante o estágio probatório. Exoneração efetiva-

da em razão de insuficiência de desempenho durante essa fase probatória. Critérios legais objetivos de avaliação. Inocorrência de ofensa ao devido processo legal. Legalidade da exoneração. Impossibilidade de o Judiciário interferir no mérito de decisão administrativo. Apelação não provida.

[...] a decisão final de exoneração se deu após o prazo de 3 anos do estágio probatório, efetivando-se em 1º/02/2016 (fls 287). Porém, a proposta de exoneração foi formulada em 18/06/2014, portanto dentro do prazo trienal do Estágio Probatório. E ainda que assim não fosse, a servidora não havia adquirido estabilidade pelo mero lapso de referido prazo. [Apelação 1012881-60.2016.8.26.0477 – 5ª CDP, Rel. Fermino Magnani Filho j. 16/10/2017, g.n.].

APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – Exoneração durante o período de estágio probatório. Diversamente do sustentado pelo apelante, **a estabilidade não se adquire automaticamente após o decurso do prazo de 3 (três) anos de efetivo exercício, estando condicionada, ainda, à obrigatória aprovação em avaliação especial de desempenho; se o desempenho for insuficiente, a estabilidade não deve ser declarada, mesmo que decorrido o lapso de 3 (três) anos de efetivo exercício. Avaliação de desempenho realizada dentro do prazo de estágio probatório de 3 (três) anos, pouco importando que o procedimento administrativo que resultou na exoneração do demandante tenha se encerrado em 01/11/2012, após o fim do período probatório, sobretudo se considerada a natureza declaratória deste ato administrativo** – Procedimento administrativo que culminou com o ato de dispensa adequado e conduzido segundo os ditames legais e constitucionais. Princípios do contraditório e da ampla defesa devidamente assegurados. Razoabilidade e proporcionalidade dos fundamentos que amparam a exoneração, estritamente objetivos. Exercício de competência discricionariedade administrativa legítima – Não caracterizada qualquer arbitrariedade na conduta da Municipalidade, é mesmo o caso de julgar improcedente a demanda. Sentença mantida – Recurso desprovido. [Apelação 1000676-11.2014.8.26.0625 – 1ª CDP, Rel. Marcos Tamassia Pimentel, j. 06/06/2017, g.n.].

ADMINISTRATIVO. Servidora não confirmada no estágio probatório. Medida não punitiva, que cumpriu o devido processo legal. **Ato de desligamento publicado dois meses depois de vencido o triênio que não favorece a servidora.** Mérito administrativo que não comporta exame na via jurisdicional. Sentença de improcedência confirmada. Recurso de apelação da autora, desprovido.

[...]. **Pouco importa que o ato de exoneração, não constituindo medida punitiva, tenha sido publicado depois de completado o triênio aqui apenas 2 (dois) meses, isso porque os procedimentos de avaliação se produziram no curso do estágio probatório.** [Apelação 0039510-43.2012.8.26.0602– 12ª CDP, Rel. J. M. Ribeiro de Paula, j. 27/04/2016, g.n.].

APELAÇÕES – Servidora pública municipal – Município de Campinas – Estágio probatório – Avaliação final negativa – Exoneração - Princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação respeitados – Sentença de improcedência mantida, salvo para a condenação da vencida ao pagamento das verbas de sucumbência, com a ressalva da assistência judiciária – RECURSO VOLUNTÁRIO DO AUTOR DESPROVIDO. PROVIDO O RECURSO VOLUNTÁRIO DA RÉ.

1. Não se deve confundir a dispensa de servidor, no estágio probatório, por apuração de ineficiência, com a pena de demissão por infração decorrente de processo administrativo disciplinar, pois seus requisitos materiais e formais são distintos. Logo, o rito deste não se aplica naquele.

2. Observado o contraditório, a ampla defesa e a motivação suficiente à exoneração por avaliação negativa do estágio probatório, não se justifica reintegração nem indenização.

[…]. Observe-se as boas razões que embasaram a r. sentença de improcedência da demanda:

"A requerente foi admitida em 07/06/2011, iniciando o estágio probatório; em 04/07/2014 foi apresentado o relatório final da avaliação, com a respectiva pontuação (fls. 48); em agosto de 2014, a Comissão Permanente de Avaliação Probatória recomendou a sua exoneração, por não ter atendido pontuação suficiente nas avaliações periódicas durante o triênio (fls. 83/86); interpôs recurso administrativo em 04/09/2014 (fls. 99/100); a Comissão Permanente de Avaliação Probatória ratificou em 13/10/2014 o parecer pela exoneração (fls. 104/115), que foi acolhido pelo Secretário Municipal de Recursos Humanos em 30/10/2014 (fls. 116), tendo a exoneração sido determinada por ato do Prefeito Municipal datado de 24/11/2014 (fls. 125) e publicado no dia seguinte (fls. 126).

[…]. Ademais, **a estabilidade do servidor não é decorrência automática do decurso do tempo, quando, ao tempo do estágio probatório, pende de solução final o processo administrativo de avaliação final, cujo trâmite não se mostra com excesso abusivo de prazo para sua conclusão**. [Apelação 1001328-72.2015.8.26.0114 – 1ª CDP, Rel. Vicente de Abreu Amadei , j. 05/07/2016, g.n.].

ATO ADMINISTRATIVO – EXONERAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO – Ação ordinária objetivando a invalidação dos atos administrativos que acarretaram a inabilitação e a exoneração da autora do quadro de servidores públicos da Prefeitura Municipal de São José dos Campos, reintegrando-a definitivamente ao cargo de Professor II de Matemática, com o pagamento dos vencimentos que faria jus, se em efetivo exercício estivesse, bem como ao pagamento de indenização por danos morais – Ação julgada improcedente – Servidora pública exonerada, ainda durante o período do estágio probatório, por apresentar inaptidão para o exercício da função de professor – Inexistência de ilegalidade na conduta administrativa que resultou na sua dispensa, com fundamento na Constituição Federal e nas

LCM nºs 056/92 e 453/11 – Inexistência de cerceamento do direito de defesa, conforme documentos trazidos aos autos, porquanto a autora foi cientificada de todos os conceitos que lhe foram atribuídos no procedimento – **Inexistia fato impeditivo do decreto de exoneração após o decurso do prazo trienal a contar da posse da autora, ocorrida em 26/01/2010, pois todas as avaliações foram realizadas dentro do previsto prazo constitucional de três anos (art. 41 da CF)** – Sentença mantida (art. 252 do RITJSP/2009) – Apelo desprovido. [Apelação 1002526-16.2015.8.26.0577– 8ª CDP, Rel. Ponte Neto, j. 27/04/2016, g.n.][16].

SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – Auxiliar de Educação – Exoneração – Avaliação negativa – Não aprovação em estágio probatório – Pretensão de anulação do ato administrativo pelo decurso do prazo e pelo cerceamento de defesa – Oportunidade para a impetrante se manifestar – Devido processo legal observado – Cerceamento – Inocorrência – Decurso do triênio – Processo administrativo iniciado em tempo – O ato de exoneração tem caráter declaratório – Sentença mantida – Recurso não provido.

[…]no que se refere ao escoamento do triênio do efetivo exercício de suas funções, como também ponderou o d. magistrado singular, a autoridade administrativa apurou o resultado negativo nas avaliações antes do seu transcurso (em 02/06/2011), sendo forçoso reconhecer que ocorreu tempestivamente, tendo havido tão somente a homologação da decisão dias depois de completado o triênio.

E tal fato, por si só, é bem de se ver, não eiva de vício o processo, evidentemente, uma vez que importa considerar, dentro de limites de razoabilidade, que o processo administrativo de avaliação se iniciou dentro do prazo previsto para tanto, e também ponderar que o ato de exoneração de servidor público em estágio probatório, por motivo de inadequação, tem natureza declaratória, podendo, bem por isso, ser expedido após o decurso do período. [Apelação 0038114-65.2011.8.26.0602 – 7ª CDP, Rel. Magalhães Coelho, j. 14/01/2013, g.n.].

16 No bojo do v. aresto, colhe-se: "[…]. Frise-se que a aquisição da estabilidade não decorre automaticamente do exercício do cargo pelo período de três anos. Entendimento contrário impede, por exemplo, que aqueles que praticam faltas graves nos últimos dias do período de estágio, fiquem sujeitos à devida exoneração. De fato, não seria razoável que o prazo do estágio probatório pudesse ser utilizado apenas em benefício do funcionário, visto que, se ao término do estágio fosse constatada a prática de grave infração administrativa praticada pelo servidor no curso do período de prova, não restaria à Administração, para excluí-lo do serviço público, outra medida que não o processo administrativo disciplinar, ainda que o procedimento avaliatório já tivesse sido iniciado, ou estivesse em fase de conclusão. Destarte, o excesso de prazo na conclusão do procedimento avaliatório não conduz ao reconhecimento da prescrição, da decadência ou da preclusão do direito da Administração de submeter à requerente à avaliação em estágio probatório" [g.n.].

SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Rinópolis. LM nº 491/70. DM nº 1.928/02. Estágio probatório. Suspensão. Avaliação. Pontuação inferior ao mínimo exigido. Motivação e defesa – 1. Estágio probatório. O servidor em estágio probatório se sujeita à avaliação do adequado desempenho de suas funções. Tal avaliação é feita em procedimento administrativo sumário, onde o servidor (se contrário o parecer) deve ser ouvido. Não se confunde, tal avaliação, com processo disciplinar, a dispensa não constitui pena e não se aplicam à avaliação os requisitos formais mais rigorosos do processo disciplinar. Hipótese em que o procedimento foi bem conduzido, com oportunidade à impetrante de contradizer as conclusões da avaliação. – 2. Estágio probatório. Suspensão do prazo. O art. 18, § 4º da LM nº 491/70, ao prever que suspensões e afastamentos suspendem o curso do estágio probatório, não ofende o art. 41 da Constituição Federal. Ao contrário, dá-lhe cumprimento e protege o funcionário, uma vez que o não exercício impede a demonstração do bom desempenho e fatalmente levará à sua exoneração. – 3. **Avaliação de desempenho. Caráter declaratório. A exoneração tem natureza declaratória e pode ser publicada depois do período de estágio, se a avaliação ou a sindicância tiveram início no prazo.** Precedentes. – Segurança denegada. Recurso da impetrante a que se nega seguimento. Aplicação do art. 557 do CPC. Agravo interno desprovido. [Apelação 0392023-87.2003.8.26.0000, 10ª CDP., Rel. Des. Carvalho, j. 27.04.2009, g.n.].

ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. Estágio Probatório. Avaliação final favorável. Posterior procedimento administrativo que decretou a exoneração da servidora. Impossibilidade. Necessidade de que a constatação da aptidão seja realizada no curso do referido período. Inteligência do artigo 41 da Constituição Federal. Precedentes. Sentença de procedência. Manutenção. Recurso não provido.

[...] **é forçoso reconhecer que o ato exoneratório é ilegal porque o respectivo procedimento administrativo teve início apenas após o termo final do estágio probatório.**

Com efeito, estabelece o artigo 41, da Constituição Federal, que os servidores nomeados para o cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público adquirem estabilidade após três anos de efetivo exercício, observada a realização de avaliação especial de desempenho (§ 4º). Por outro lado, estatuto dos funcionários públicos municipais de São Bernardo do Campo estabelece expressamente, no artigo 23, *caput*, que durante o período do estágio probatório, de 730 dias de exercício, será apurada a conveniência, ou não, de ser confirmada a nomeação do servidor.

Dessa forma, considerando que a aptidão do servidor deve necessariamente ser apurada no curso do referido período, a exoneração da apelada, no caso, decretada muito tempo após o final do estágio probatório é ilegal, não podendo, portanto, prevalecer. [Apelação 3018065-95.2013.8.26.0564 – 10ª CDP, Rel. Paulo Galizia, j. 24/08/2015, g.n.].

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSORA. ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO.

1. A jurisprudência tem entendido que a Administração Pública deve realizar a avaliação especial de desempenho dentro do prazo do estágio probatório, caso contrário, o servidor será automaticamente considerado estável.

2. **É forçoso reconhecer que o ato exoneratório é ilegal porque o respectivo procedimento administrativo teve início apenas após o termo final do estágio probatório**.

3. Sentença de improcedência do pedido reformada. Recurso provido. [Apelação 0068104-86.2006.8.26.0114 – 3ª CDP, Rel. Camargo Pereira, j. 10/05/2016. g.n.].

[…]. Na espécie, verifica-se que a Autora iniciou exercício no serviço público, em 31 de outubro de 2008 (fls. 78), principiando-se daí o prazo em tela.

Ao longo do estágio probatório da servidora, foram efetivadas seis avaliações para apurar sua capacidade e aptidão no serviço. A última ocorreu em 29 de setembro de 2011 (fls. 292), tendo a Recorrente se insurgido em face desse resultado e a Comissão deflagrado o procedimento para sua exoneração.

O mero decurso do prazo de três anos não tem o condão de, por si só, garantir a estabilidade ao servidor; feitas, logicamente, as avaliações dentro do período de estágio probatório.

Se as avaliações do estágio probatório foram concluídas nos primeiros três anos de efetivo exercício, a luz de tal requisito, não se mostra irregular a exoneração do servidor público após esse triênio.

Entretanto, a demissão de servidor público em estágio probatório, não obstante prescindir do formalismo do processo administrativo, também se submete aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. [Apelação 0002230-74.2012.8.26.0299 – 3ª CDP, Rel. Marrey Uint, j. 11/10/2016, g.n.].

38. O exame da jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, a seu turno, revela que esta Corte **ainda não assentou entendimento sobre o tema**.

39. Com efeito, nos idos de 2008, a Corte Suprema foi instada a apreciar o Mandado de Segurança nº 23.441/DF[17], em que um membro do Ministério Público do Trabalho sustentou ostentar direito líquido e certo à vitaliciedade desde o momento em que finalizado o prazo do estágio probatório, afirmando a ilegalidade do ato de exoneração perpetrado depois do decurso de tal interstício[18].

40. A relatora original do v. aresto, Min. Ellen Gracie, interpretando o artigo 128, § 5º, da Lei Maior, posicionou-se no sentido de que o decurso do prazo do estágio probatório não enseja automática vitaliciedade do membro do Ministério Público. Veja-se:

> No que diz respeito à impossibilidade de exoneração, após dois anos de exercício, a não ser por sentença judicial, prevista no art. 128, § 5º da Constituição Federal, **com mais razão no caso de faltas ocorridas durante o biênio com a apuração nele iniciada, é jurídico e admissível que a administração possa deixar de confirmar o servidor em seu cargo ainda que a conclusão do ato de exoneração ocorra após o biênio**. Entendimento contrário impede, por exemplo, que faltas graves, cometidas nos últimos dias do período de estágio, fiquem livres da devida exoneração. Nesse sentido, não só tem sido a copiosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trazida aos autos (RMS 8.337, relator Min. Willian Patterson, RMS 547, rel. Min. Hélio Mosimann, entre outros) como também a decisão desta Corte Maior quando do julgamento do RE 248.292-AgR, rel. Min. Maurício Corrêa, que entendeu que *"o ato de exoneração de servidor público, no estágio probatório, em resultado apurado em processo administrativo regular, é de caráter meramente declaratório"* [g.n.].

41. O Min. Joaquim Barbosa, em voto-vista, concordou integralmente com tais argumentos[19], mas concluiu pela concessão da segurança por considerar

17 MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCURADOR DO TRABALHO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. VITALICIEDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA CONCEDIDA. [MS 23.441/DF – Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2008].

18 Lembre-se que a Constituição confere tratamento específico aos membros do Ministério Público no tocante à estabilidade, garantindo-lhes vitaliciedade nos termos de seu artigo 128, § 5º, I: "Artigo 128. O Ministério Público abrange: [...]. § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado" [g.n.].

19 Nas palavras do i. Ministro: "De fato, não seria razoável que o prazo do estágio probatório pudesse ser utilizado apenas em benefício do servidor, visto que, ao término do estágio, caso constatada alguma infração administrativa ou ilícito penal praticado pelo servidor no curso do período de prova, não restaria à Administração, para excluí-la do serviço público, outra medida que não o processo judicial, ainda que o pertinente procedimento administrativo já tivesse sido iniciado, ou estivesse em fase de conclusão ou

caracterizadas nulidades insuperáveis no processo exoneratório em questão.

42. Os demais ministros acederam à concessão da ordem, sobretudo por verificarem que, em virtude de medida cautelar exarada pelo Min. Marco Aurélio, a impetrante permanecera em exercício do cargo por mais de dez anos. Revelaram, contudo, posições divergentes acerca da matéria de fundo discutida no *mandamus*.

43. De fato, enquanto os Ministros Cezar Peluso[20], Cármen Lúcia[21], Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski[22] deixaram claro o entendimento de que o mero decurso do prazo do estágio probatório não enseja aquisição da estabilidade, os Ministros Carlos Brito[23] e Marco Aurélio[24], defenderam tese oposta.

44. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista no qual examinou o artigo 128, § 5º da Constituição Federal, adotou posição intermediária, sustentando que, embora a aquisição da vitaliciedade dependa apenas do transcurso do estágio probatório, no caso concreto o decurso desse prazo, por si só, não impediria a

---

até mesmo concluído. É preciso ressaltar que o período de estágio probatório, como o próprio nome indica, visa à avaliação da conduta do servidor já investido no cargo após aprovação em concurso. Todo estagiando sabe que está sendo analisado e que "sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade" (art. 20 da Lei 8.112/1990). [...] entendo que o fim do prazo do estágio probatório não significa impedimento absoluto à prática do ato de exoneração de serviço público ou de membro do Ministério Público e da Magistratura, naqueles casos em que tenha sido devidamente instaurado processo administrativo no qual tenham sido observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, consubstanciando-se o ato de exoneração em mera manifestação formal da Administração".

20 Em suas palavras: "Quanto à tese jurídica sustentada pela Relatora e pelo Ministro-Presidente, com o devido respeito a Vossa Excelência e ao Ministro Marco Aurélio, penso seja a tese correta, até porque pode ser que, nos últimos meses ou às vésperas de completar o estágio probatório, o servidor cometa ato tal que justifique instauração de procedimento que demande tempo. [...]. Isto é, o fato de o procedimento iniciar-se durante o estágio probatório e terminar depois, a mim me parece que não é obstáculo. Mas, no caso, não me parece possível denegar a segurança."

21 A i. Ministra foi enfática ao asseverar: "[...] quanto à tese de fundo, não tenho a menor dúvida em acompanhar a relatora [...]".

22 De acordo com o i. Ministro: "Para mim, à luz da Constituição, não existe estabilidade por decurso de prazo, pelo automatismo do transcurso de três anos. É preciso que haja uma avaliação formal. Por isso, entendo que não importa que haja o transcurso desses dois – como era no passado -, agora três anos de prazo para que essa avaliação possa ser superada. Com essas considerações, afirmando ser preciso um pronunciamento formal da Administração – que a Constituição exige -, acompanho agora a divergência apenas porque estou sensibilizado com as características, as particularidades do caso concreto."

23 Disse o i. Ministro: "o normal é se fazer periodicamente a avaliação probatória para que o artigo 41 opere sem problemas. A incidência se dá automaticamente. Vencido o estágio probatório, qual a consequência jurídica? A estabilidade. A estabilidade opera por automaticidade nos termos do artigo 41".

24 Em julgamento anterior que tangenciou a matéria, o i. Ministro já defendera a aquisição automática da estabilidade após o decurso do triênio do estágio probatório, asseverando que "o que importa, para saber se ele [o servidor] é [...] estável, ou não, é a passagem do tempo" [MS 24.543/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso, j. 21/08/2003].

exoneração do impetrante, *"uma vez que devidamente concluído o processo administrativo pertinente em período anterior"* [25].

45. Importante atentar para o fato de que tais opiniões foram externadas no bojo de julgamento que teve por objeto a interpretação do artigo 128, § 5º, I, da Constituição Federal, norma que não condiciona, ao menos expressamente como o faz o artigo 41, a aquisição da vitaliciedade/estabilidade à avaliação especial de desempenho do servidor[26].

46. Especificamente sobre a aplicação do artigo 41 da Lei Maior, decisão monocrática proferida pelo Min. Gilmar Mendes pontuou que, sem a avaliação de desempenho, o servidor não adquire estabilidade, *verbis:*

> A estabilidade no serviço público após decorridos 3 anos de efetivo exercício, disposta no art. 41 da Constituição, tem como condição para sua aquisição "a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade", nos termos do disposto no § 4º desse mesmo artigo.
>
> Assim, **a avaliação especial de desempenho é condição *sine qua non* à aquisição da estabilidade no serviço público**. A Administração Pública, agindo conforme seu propósito, deve zelar pelo rigor e formalidade dessas avaliações. **Enquanto não aprovado na avaliação de desempenho, o servidor não adquire estabilidade no serviço público.**
>
> No caso ora analisado**, a Administração Pública realizou as avaliações dentro do período fixado na Constituição, sendo que apenas a publicação do resultado de reprovação na terceira e última avaliação foi posterior ao prazo de 3 anos estabelecido no art. 41 da Constituição**.
>
> Durante o estágio probatório, o servidor possui apenas a expectativa de direito à estabilidade, podendo vir a perder o cargo se atendidas as formalidades legais.
>
> […]. Ademais, **o fato de o ato de exoneração ter sido publicado após os três anos de estágio probatório não obsta a reprovação do servidor, assim como sua posterior exoneração. Esta Corte tem se posicionado no sentido**

25 Eis as palavras do i. Ministro: "[...] destaque-se que **a norma constitucional em apreço não exige qualquer ato constitutivo para aquisição da garantia da vitaliciedade, condicionando-a apenas ao decurso do período de dois anos de exercício**. [...]. Dessa forma, a garantia da vitaliciedade deve se operar de maneira autônoma, tão logo escorrido o período de dois anos, independentemente de declaração de aprovação do estágio probatório ou ato constitutivo. [...]**ante as peculiaridades do caso concreto, entendo que o decurso do prazo para aquisição da vitaliciedade, por si só, não viciou o ato impetrado, uma vez que devidamente concluído o processo administrativo pertinente em período anterior**" [g.n.].

26 Atente-se que, em tal oportunidade, o STF não fixou entendimento sobre a matéria sob exame, tendo concedido a segurança pleiteada com lastro em argumentos outros. Verificando o dissenso sobre o assunto, o Min. Gilmar Mendes chegou a afirmar: "*sobre isso, vamos aguardar, então, um caso adequado para discutirmos, porque não vamos chegar a consenso e vamos deferir a ordem por fundamentos diferentes*".

> **de que o ato de exoneração, nesses casos, tem natureza meramente declaratória**. [g.n.][27].

47. Curial observar que, tal qual alguns dos julgados do STJ e do TJSP adrede colacionados, **o *decisum* afirma a possibilidade de exoneração posterior ao prazo trienal, enfatizando que a avaliação negativa do servidor fora realizada dentro do período do estágio probatório**. Na mesma senda, mais recentemente, o Min. Dias Toffoli, ao relatar o RE nº 805.491 AgR/SP, aduziu:

> Agravos regimentais no recurso extraordinário. Administrativo. Reprovação de servidor em estágio probatório. Exoneração posterior. Possibilidade. Ato meramente declaratório. Precedentes. Honorários advocatícios. Valor mantido. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o ato de exoneração do servidor é meramente declaratório, podendo ocorrer após o prazo de 3 anos fixados para o estágio probatório, desde que as avaliações de desempenho sejam efetuadas dentro do prazo constitucional.** 2. Os honorários advocatícios foram fixados em conformidade com o que estabelece o art. 20, § § 3º e 4º, do Código de Processo Civil. 3. Agravos regimentais não providos. [RE 805.491 AgR/SP – 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/02/2016, g.n.].

48. Das decisões examinadas, não emergem dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal tende a repelir a ideia de aquisição automática de estabilidade após o decurso do prazo de estágio probatório e a conferir efeitos meramente declaratórios ao ato de exoneração. Mesmo antes da EC nº 19/1998 e em decisão relativa à aquisição de vitaliciedade o Pretório Excelso revelou tal inclinação.

49. Todavia, com o devido respeito à opinião do i. Ministro Dias Toffoli, soa precipitado inferir, dos parcos julgados em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema, a existência de entendimento consolidado no sentido de que a legitimidade da exoneração posterior ao período de prova ficaria condicionada à conclusão da avaliação de desempenho antes de tal interstício[28].

50. De toda sorte, ainda que quanto a alguns pontos a jurisprudência acerca da exegese do artigo 41, *caput* e § 4º, da Constituição seja vacilante, pode-se dela extrair algumas diretrizes seguras a respeito do assunto.

51. A valer, primeiro, é praticamente unânime em nossos Tribunais a ideia de que **a exoneração do servidor considerado inapto em avaliação de desempe-**

27 ARE nº 906.361/SP – Decisão Monocrática – Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 09/09/2015.

28 Note-se que nenhuma das duas decisões citadas no v. aresto proferido pelo Ministro amolda-se à tese por ele sustentada: o MS 23.441/DF, consoante mencionado, não fixou orientação sobre o assunto; o RE 248.292/RS-AgR, também adrede referido, além de ter por objeto situação ocorrida antes da EC nº 19/1998, limitou-se a afirmar o caráter meramente declaratório da exoneração.

nho pode ser realizada depois de ultrapassado o prazo do estágio probatório[29].

52. Depois, as decisões judiciais, em sua ampla maioria, com o fito de garantir concretude à norma posta no § 4º do artigo 41, sustentam que **a avaliação de desempenho é condição indispensável à aquisição da estabilidade pelo servidor**. Nesse sentido, **não há mais que se falar em aquisição automática da estabilidade em razão do decurso do prazo trienal**[30].

53. Enfim, não são poucos os julgados que demonstram sério empenho em não permitir vulneração da garantia consagrada no *caput* do artigo 41, seja **condicionando a validade da exoneração posterior a que o processo avaliatório tenha sido iniciado (ou finalizado) no curso do prazo trienal**[31], seja **pontuando que apenas em hipóteses excepcionais, com espeque em fundamentação robusta, a Administração estaria autorizada a finalizar o procedimento exoneratório depois de concluído o triênio de efetivo exercício**[32].

---

29 Nessa trilha: STF - RE 248.292 AgR/RS – 2ª T, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10/10/2000; STF - ARE nº 906.361/SP – Decisão Monocrática – Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 09/09/2015; STF - RE 805.491 AgR/SP – 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/02/2016; STJ - RMS 8.337/RS – 6ª T., Rel. Min. Willian Patterson, j. 26/05/1997; STJ - RMS 547/RJ – 2ª T., Rel. Min. Hélio Mosimann, j. 05/08/1992; Apelação 0004036-51.2015.8.26.0296 – 1ª CDP, Rel. Aliende Ribeiro, j. 09/05/2017.

30 Nessa toada: STF - RE 805.491 AgR/SP – 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/02/2016; STF - ARE nº 906.361/SP – Decisão Monocrática – Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 09/09/2015; STJ - AgRg no REsp 1510246 / PB – 1ª T., REl. Min. Olindo Menezes, j. 02/02/2016; STJ - RESP 1442020/PB – 6ª T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015; STJ - RMS 13810/RN – 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29/04/2008; TJSP - Apelação 0028295-86.2013.8.26.0068 – 10ª CDP, Rel. Maria Olivia Alves, j. 23/10/2017; TJSP - Apelação 0052002-04.2011.8.26.0602 – 9ª CEDP, Rel. Paulo Barcellos Gatti, j. 12/12/2016; TJSP - Apelação 0004036-51.2015.8.26.0296 – 1ª CDP, Rel. Aliende Ribeiro, j. 09/05/2017; TJSP - Agravo de instrumento 2266093-05.2015.8.26.0000 – 13ª CDP, Rel. Spoladore Dominguez, j. 08/06/2016.

31 O TJSP, em regra, considera viável a exoneração posterior desde que o processo tenha sido iniciado antes do decurso do prazo trienal: Apelação 1012881-60.2016.8.26.0477 – 5ª CDP, Rel. Fermino Magnani Filho j. 16/10/2017; Apelação 1000676-11.2014.8.26.0625 – 1ª CDP, Rel. Marcos Tamassia Pimentel, j. 06/06/2017; Apelação 0039510-43.2012.8.26.0602 – 12ª CDP, Rel. J. M. Ribeiro de Paula, j. 27/04/2016; Apelação 1001328-72.2015.8.26.0114 – 1ª CDP, Rel. Vicente de Abreu Amadeu, j. 05/07/2016; Apelação 0038114-65.2011.8.26.0602 – 7ª CDP, Rel. Magalhães Coelho, j. 14/01/2013; Apelação 0392023-87.2003.8.26.0000, 10ª CDP., Rel. Des. Carvalho, j. 27.04.2009; Apelação 3018065-95.2013.8.26.0564 – 10ª CDP, Rel. Paulo Galizia, j. 24/08/2015; Apelação 0068104-86.2006.8.26.0114 – 3ª CDP, Rel. Camargo Pereira, j. 10/05/2016. Também há decisão do STJ nessa linha: RMS 9946/DF, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, j. 20/09/1999. No sentido de que a conclusão do procedimento deveria ocorrer antes do decurso do triênio: AgRg no REsp 1431535/SE – 1ª T., Rel Min. Sérgio Kukina, j. 01/03/2016; RMS 23504/RO, Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe de 2/8/2010; Apelação 1002526-16.2015.8.26.0577– 8ª CDP, Rel. Ponte Neto, j. 27/04/2016; Apelação 0002230-74.2012.8.26.0299 – 3ª CDP, Rel. Marrey Uint, j. 11/10/2016.

32 Com menção expressa a este ponto na ementa do julgado, tem-se: STJ - RMS 24602 / MG – 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 11/09/2008; TJSP - Apelação 1001328-72.2015.8.26.0114 – 1ª CDP, Rel. Vicente de Abreu Amadei, j. 05/07/2016.

54. E, considerando essas diretrizes, que parecem ter sido encampadas no âmbito da Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral do Estado[33], afigura-se de fato relevante acolher a sugestão do i. Procurador do Estado Chefe da CJ/SSP e rever o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado sobre o assunto[34].

55. Para tanto, tornemos à leitura do artigo 41 da Lei Maior que, quanto à questão central ora debatida, dispõe:

> Artigo 41. São estáveis após **três anos de efetivo exercício** os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
>
> [...] § 4º Como **condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho** por **comissão instituída para essa finalidade**. [g.n.].

56. Como se vê, enquanto o *caput* do dispositivo estabelece que o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público alcançará estabilidade após três anos de efetivo exercício, o § 4º da mesma norma impõe, como condição para aquisição dessa garantia funcional, "avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade".

57. Portanto, constituem **condições para aquisição da estabilidade**: (i) **decurso de três anos de efetivo exercício** (artigo 41, *caput*); (ii) **manifestação favorável à confirmação do servidor, emitida por comissão instituída para realizar avaliação especial de desempenho** (artigo 41, § 4º).

58. As dúvidas quanto à aplicação dessa regra surgem quando a Administração, por algum motivo, apenas conclui o procedimento exoneratório decorrente de avaliação de desempenho negativa após o decurso do prazo trienal.

59. Diante dessa hipótese, o despacho de desaprovação do Parecer PA-3 nº 237/1999 sustentou que a relevância da garantia da estabilidade seria tamanha que, ultrapassados os três anos previstos no *caput* sem que a Administração tenha levado a cabo o processo exoneratório, o servidor a incorporaria automaticamente a seu patrimônio. Caso a conduta desabonadora atribuída ao estagiário pudesse configurar falta funcional, o único meio de desligá-lo do serviço público, a partir daí, seria através de procedimento administrativo disciplinar.

---

33 Nesse sentido, os Pareceres AJG nºs 251/2015 e 38/2017, ambos de autoria da Dra. Patricia Werneck Lorenzi Adas.

34 A meu sentir, a alteração jurisprudencial, por si só, não é motivo suficiente para fundamentar a mudança de posição administrativa ancorada em sólidos fundamentos. Por isso, parece-me indispensável verificar até que ponto os julgados analisados encontram eco na doutrina e, sobretudo, na norma constitucional sob exame.

60. Trata-se de entendimento que encontra eco em abalizada doutrina, de que é exemplo o seguinte trecho da lavra da i. professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[35]:

> [...]. A possibilidade de ser feita avaliação de desempenho sempre existiu e está implícita na ideia de estágio probatório. Só que agora a avaliação por comissão instituída para esta finalidade tornou-se obrigatória.
>
> Trata-se **de imposição voltada para a Administração Pública, no sentido de que depende de providência a ser por ela adotada. Se não o fizer, a omissão não poderá prejudicar a aquisição de estabilidade pelo servidor**. Cumpridos os três anos de efetivo exercício, o servidor se tornará estável, com ou sem avaliação. Interpretação diversa poderia significar um incentivo à omissão da autoridade que, por alguma razão alheia ao objetivo do estágio probatório, quisesse impedir a aquisição da estabilidade.
>
> Por isso mesmo, **a exigência é, de certa forma, inócua, já que o não cumprimento da mesma nenhuma consequência negativa poderá acarretar para o servidor. A autoridade que se omitir é que poderá responder administrativa e judicialmente pela omissão**[36]. [g. n.]

61. Conquanto seja inquestionável a robustez do fundamento invocado para sustentar essa tese – o prestígio à garantia da estabilidade –, não me parece possível, à luz do princípio da **Máxima Efetividade da Constituição**[37]**,** atribuir ao *caput* do artigo 41 uma exegese que culmine no esvaziamento da norma posta no § 4º de tal dispositivo. O Constituinte condicionou a aquisição da estabilidade ao cumprimento de estágio probatório de três anos **e** ao advento de resultado positivo em avaliação de desempenho efetuada por comissão especial, exigindo do operador do direito uma solução capaz de conferir concretude a ambas as condicionantes[38].

---

35 *Servidores Públicos na Constituição de 1988.* Maria Sylvia Zanella di Pietro; Fabrício Motta; Luciano de Araújo Ferraz. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 129/130.

36 Na mesma linha, José Maria Pinheiro Madeira: "**Embora não haja previsão expressa sobre o prazo no qual a Administração deverá efetuar o requisito da avaliação de desempenho para fins de concessão de estabilidade a servidor estatutário, entende-se ser este prazo o equivalente ao requisito temporal de que este dispõe para a aquisição da estabilidade, qual seja, 3 (três) anos**. Dentro deste prazo deverá a comissão se manifestar, ou dando parecer favorável à aptidão do servidor, ou inclinando-se pela sua inaptidão, por meio de avaliação negativa. **Contudo, se a Administração não vier a efetivar o requisito de avaliação de desempenho neste período, ou, ainda, se o fizer depois de decorrido o prazo de 3 (três) anos, o qual garante ao servidor a aquisição de sua estabilidade, este, de certa forma, não poderá ser prejudicado pela inércia da Administração, uma vez que já cumpriu o prazo legalmente estipulado**" (*Servidor Público na Atualidade.* 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 247, g.n.).

37 Segundo J. J. Gomes Canotilho, "esse princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: **a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.** É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...]". [*Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1224].

38 Seguindo o mesmo entendimento, Marçal Justen Filho adverte: "Decorrido o prazo de três anos, contado do início do exercício nas atribuições do cargo, produz-se o encerramento do estágio probatório, mas a Constituição veda a aquisição automática da estabilidade [...]. A Emenda Constitucional nº 19/1998 deter-

62. E, **admitir que o desfecho do processo de avaliação ocorra após o decurso do prazo trienal não implica vulneração ao prazo constitucionalmente estabelecido para a duração do estágio probatório**.

63. Isso porque o fato de a conclusão do processo ocorrer depois de transcorrido tal prazo **não** significa estendê-lo: **o estágio probatório não deixará de durar três anos, de maneira que apenas os atos ocorridos em tal interstício poderão ser objeto de avaliação de desempenho**.

64. Vencido o triênio sem que solucionado o processo avaliatório, a Administração não está autorizada a tratar o servidor como se em estágio probatório estivesse. Quanto ao ponto, durante o julgamento do MS nº 23.441/DF, o Min. Cezar Peluso chegou a ponderar que, enquanto não confirmado na carreira, ao servidor que já concluiu o estágio probatório seria viável reconhecer estabilidade "sob condição resolutiva".

65. Não se ignora que, a fim de conferir efetividade à norma posta no *caput* do artigo 41 da Constituição, há ampla produção legislativa fixando prazos para que a Administração conclua o processo avaliatório do servidor dentro do triênio de estágio. Nesse sentido, a Lei Complementar Estadual nº 1.080/2008 dispõe:

> Artigo 8º – **Decorridos 30 (trinta) meses do período de estágio probatório, o responsável pelo órgão setorial de recursos humanos encaminhará à Comissão Especial de Avaliação de Desempenho, no prazo de 30 (trinta) dias, relatório circunstanciado sobre a conduta e o desempenho profissional do servidor, com proposta fundamentada de confirmação no cargo ou exoneração.**
>
> **§ 1º –** A Comissão Especial de Avaliação de Desempenho poderá solicitar informações complementares para referendar a proposta de que trata o "caput" deste artigo.
>
> **§ 2º –** No caso de ter sido proposta a exoneração, a Comissão Especial de Avaliação de Desempenho abrirá prazo de 10 (dez) dias para o exercício do direito de defesa do interessado, e decidirá pelo voto da maioria absoluta de seus membros.
>
> **§ 3º –** A Comissão Especial de Avaliação de Desempenho encaminhará ao Titular do órgão ou entidade, para decisão final, proposta de confirmação no cargo ou de exoneração do servidor.
>
> **§ 4º – Os atos decorrentes do cumprimento do período de estágio probatório deverão ser publicados pela autoridade competente, na seguinte conformidade:**

---

minou que a aquisição de estabilidade depende de avaliação especial de desempenho" (Curso do Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 989, g.n.).

> **1 – os de exoneração do cargo, até o primeiro dia útil subsequente ao encerramento do estágio probatório;**
>
> **2 – os de confirmação no cargo, até 45 (quarenta e cinco) dias úteis após o término do estágio** [g.n.][39].

66. Essas normas, de cunho organizacional, impõem à Administração o dever de concluir o procedimento avaliatório no prazo especificado, conferindo aos estagiários o direito de serem avaliados em tal período. Não lhes atribuem, jamais, o direito à estabilidade que, por força do § 4º do artigo 41 da Lei Maior, apenas será alcançado mediante avaliação de desempenho positiva.

67. Logo, caso a avaliação de desempenho não seja concluída dentro do termo legal, o servidor poderá obter tutela jurisdicional para fazer valer o direito de ser avaliado no interstício estipulado, mas não para obter tutela declaratória de estabilidade. Esse o raciocínio seguido pelo E. TJSP, em julgado recente:

> O Decreto Municipal nº 5.894/2011 prevê a realização de cinco avaliações periódicas para avaliar o servidor em estágio probatório:
>
> Art. 3º. O desempenho do servidor será objeto de avaliações periódicas durante os 3 (três) anos de duração do estágio probatório, observado o cronograma contado do primeiro dia do exercício do cargo efetivo: a) Primeira avaliação: após 6 (seis) meses de exercício; b) Segunda avaliação: após 12 (doze) meses de exercício; c) Terceira avaliação: após 18 (dezoito) meses de exercício; d) Quarta avaliação: após 24 (vinte e quatro) meses de exercício; e) Quinta avaliação: após 30 (trinta) meses de exercício; §1º A quinta avaliação deverá ser concluída até 3 (três) meses antes do término do período do estágio probatório. § 2º Ultimada a quinta avaliação será apurado o resultado final para encaminhamento à Comissão Especial de Avaliação referida no art. 4º deste Regulamento, garantido ao servidor estagiário o direito de ampla defesa, se o caso.
>
> **A interpretação conforme a Constituição do referido dispositivo regulamentar autoriza dizer que o prazo previsto para as avaliações não é rígido, ou seja, o seu descumprimento não acarreta a automática nulidade da avaliação. Isso porque o sentido da periodicidade das avaliações é fazer com que a Administração avalie o servidor durante todo o estágio probatório, e não apenas uma só vez. Afinal, do art. 41, § 4º, da Constituição Federal (CF) extrai-se que a inaptidão do servidor deve ser apurada necessariamente no curso do referido período de estágio probatório.** [g.n.][40].

---

39 De modo parelho, a Lei Federal nº 8.112/1991 preceitua: "Artigo 20. § 1º – 4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do *caput* deste artigo."

40 Apelação 0044321-69.2012.8.26.0562 – 10ª CDP, Rel. Paulo Galizia , j. 03/10/2016.

68. Por óbvio, **a demora da Administração quanto à conclusão do procedimento avaliatório apenas será legítima quando fundada em razões relevantes**, tais como a caracterização de conduta desviante às vésperas do término do prazo trienal.

69. Desde que a mora seja razoável, fundada em motivo justo, o descumprimento das normas que estabelecem balizas temporais para o desfecho da avaliação de desempenho sequer acarretará responsabilização do Estado ou dos servidores competentes.

70. A outro giro, a mora desarrazoada não há de motivar automática estabilização do estagiário, mas poderá dar ensejo à **responsabilização funcional**. Além disso, os servidores incumbidos da avaliação de desempenho, em caso de demora injustificada, poderão ser demandados pela Administração tanto em ação de regresso quanto diretamente, caso o avaliando venha a, no prazo da demora, causar prejuízos ao funcionamento da máquina estatal.

71. É este o entendimento esposado por Juarez Freitas[41] que, em obra dedicada ao estudo do artigo 41, § 4º, da Constituição Federal, leciona:

> Nos termos do art. 41 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, a estabilidade deve ser concebida como garantia de o servidor público somente perder o cargo em circunstâncias delimitadas, sendo conferida: a) ao servidor concursado, b) ocupante de cargo efetivo, c) submetido à avaliação especial de desempenho e d) que tenha mostrado aptidão e capacidade para se desincumbir de suas atribuições durante três anos de efetivo exercício no cargo em apreço [...].
>
> **Tal avaliação de desempenho mostra-se rigorosamente *obrigatória.* Trata-se de *dever* impostergável da Administração Pública, cujo descumprimento injustificado reclama sanção. De conseguinte, não subsiste, no sistema brasileiro, a aquisição da estabilidade pelo "fato consumado" decorrente da simples passagem do tempo sem que sobrevenha uma avaliação positiva após a conclusão do prazo completo do estágio.**
>
> 2.1.2 **A não avaliação não implica, portanto, aprovação tácita**. **O servidor terá o direito subjetivo de pleitear, inclusive judicialmente, que a Administração Pública efetue a referida avaliação. Transcorrido largo lapso temporal sem atendimento da demanda, lícito até admitir, por exceção, que o Judiciário possa equipará-lo, para vários efeitos legais, ao estável. Ainda nesse caso, no entanto, tratar-se-á de mera equiparação parcial, porque, a bem do rigor, não será estável o servidor sem que tenha sido ava-**

41 Avaliação Especial de Servidor Público em Estágio Probatório. In: Boletim de Direito Administrativo, novembro/2011, pp. 874/879.

liado favoravelmente. Não parece pertinente o argumento de que a avaliação, por ser contínua e permanente, não seria condição essencial à estabilidade. Exatamente o contrário. Ademais, a adjetivação "especial" outorgada pelo constituinte derivado, no corpo do art. 41, não pode ser desconsiderada, resultando solar e inequívoca a exigência da avaliação exitosa como "condição" para a aquisição da estabilidade.

72. Na mesma toada, as sempre precisas lições de Paulo Modesto[42]:

> **A avaliação de desempenho durante o estágio probatório é especial, obrigatória e realizada por comissão instituída para essa finalidade**.
>
> [...]. **É obrigatória, pois não pode ser dispensada, nem admite a inércia da Administração, tendo sido eliminada do sistema constitucional a hipótese de aquisição da estabilidade por simples decurso de prazo.** O servidor é também interessado na avaliação. Se não efetuada, não há aquisição da estabilidade. Logo, atualmente a avaliação traduz dever da Administração Pública e direito subjetivo do servidor, exigível inclusive perante o Poder Judiciário.
>
> Não pode o Judiciário, porém, substituindo-se ao administrador, conceder estabilidade ao servidor em estágio probatório ante a omissão da Administração, eliminando a utilidade da avaliação especial de desempenho. Mas pode condenar a Administração em multa diária, nas situações de atraso injustificado, responsabilizar os agentes faltosos ou o agente faltoso, caso eventualmente sequer tenha sido nomeada comissão de avaliação, ou adotar **medida de proteção** que antecipe, de forma precária, mas efetiva, alguns efeitos da estabilidade ainda não adquirida.
>
> Esta última hipótese foi pioneiramente sugerida entre nós por JUAREZ FREITAS, em termos genéricos, mas consistentes, em artigo de mérito, nos seguintes termos:
>
> "Transcorrido largo lapso temporal sem atendimento da demanda, lícito até admitir, por exceção, que o Poder Judiciário possa equipará-lo, para vários efeitos, ao estável. Ainda neste caso, no entanto, tratar-se-á de mera equiparação parcial, porque a bem do rigor, não será estável o servidor sem que tenha sido avaliado favoravelmente."
>
> A hipótese não é acadêmica e pode ser explorada a partir de situações práticas. Pense-se na situação de agentes que, esgotado o prazo constitucional, sem avaliação ou aquisição da estabilidade, são surpreendidos durante a **inércia da administração** com a **extinção de seus cargos** ou a **declaração da sua desnecessidade** (art. 41, § 3º). Em tese, como é assente no direito brasileiro, o

42 Estágio probatório: questões controversas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março, 2002. Disponível na Internet: <http://www.vdl.ufc.br/solar/aula_link/bagp/A_a_H/Gestao_de_Pessoas_no_Setor_Publico/aula_01/imagens/03/artigo_compplementar_topico_3_estagio_probatorio.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

> agente em estágio probatório não está protegido contra a extinção de cargo ou a declaração de sua desnecessidade, sendo trivial admitir como consequência dessas medidas a exoneração do agente ainda não estabilizado. Ocorre que na hipótese figurada, em princípio, o agente deveria ter sido avaliado e, ante o fato, eventualmente conquistado a estabilidade, permanecendo então em disponibilidade. Neste caso, diante da violação do direito à avaliação e à conclusão do estágio probatório, por inércia da Administração, deve-se reconhecer aos agentes atingidos a possibilidade de permanecerem em **disponibilidade condicional** até a conclusão da avaliação do estágio probatório, permanecendo em disponibilidade, após a conclusão do estágio, apenas aqueles que receberem avaliação positiva da Administração.
>
> [...]O transbordamento do prazo constitucional para avaliação é **omissão ilegítima**, mas não autoriza a aquisição da estabilidade "de ofício", pois atualmente o servidor permanecerá sem adquirir a estabilidade até a efetiva conclusão do processo. Os danos que essa situação provocar, tendo causa jurídica na omissão de agentes públicos, poderão ensejar responsabilidade patrimonial do poder público e responsabilidade funcional e patrimonial dos agentes que lhe deram origem. **A omissão ilegítima pode estimular a impetração de ações coletivas ou individuais, mas nunca autorizar a dispensa de condição constitucional para a aquisição da estabilidade ou vitaliciedade.** [g.n.].

73. O **Parecer PA-3 nº 124/2000**[43] traz, porém, situação específica em que, ausente avaliação de desempenho, será possível o reconhecimento de direito à estabilidade ao servidor pelo mero decurso do prazo de estágio probatório. Trata-se da hipótese, difícil de se vislumbrar na atualidade, em que a norma insculpida no § 4º do artigo 41 da Constituição Federal não foi objeto de disciplina legal.

74. Deveras, considerando que o preceito em questão constitui norma de eficácia limitada, antes do advento de lei regulamentadora da avaliação especial de desempenho dos estagiários, estes não poderiam ser prejudicados e impedidos de alcançar a estabilização após o decurso do triênio constitucional. Tendo em conta a farta produção legislativa sobre o tema, creio, contudo, que tal hipótese seja hoje meramente teórica.

75. Em arremate, releva esclarecer que o procedimento administrativo disciplinar não deve ser tido como sucedâneo do processo de avaliação de desempenho. Um fato ocorrido durante o estágio probatório pode levar à exoneração sem que, em tese, configure falta funcional e, caso o caracterize, nem sempre ensejará a demissão do servidor. Eis o que observou o Min. Joaquim Barbosa no bojo do julgamento do MS nº 23.441/DF:

43 Parecerista Dra. Dora Maria Vendramini Barreto.

> [...]. Antes de expor as razões da minha discordância, lembro que **não se deve confundir o procedimento administrativo de controle do estágio probatório com o procedimento administrativo disciplinar que visa à apuração de eventual falta disciplinar** cometida por membro do Ministério Público. Um pode influir no desfecho do outro, mas é certo que a Lei Complementar nº 75/1993 disciplina esses dois institutos de direito administrativo em tópicos diversos, como não poderia deixar de ser. [g.n.].

76. Ademais, exoneração e demissão são institutos com características e finalidades diversas[44], sendo defeso à Administração levar a cabo procedimento destinado à aplicação de apenas um deles, quando diante de um fato que possa ensejar o emprego de ambos. Nessa trilha, o **Parecer PA nº 134/2014**[45] consignou:

> [...] a prévia exoneração em estágio probatório pelo não atendimento dos requisitos contidos nos incisos III, V e VIII do art. nº 6º da Lei Complementar n. 959/2004 não configura aplicação de penalidade; não prejudicando, portanto, a instauração de processo administrativo disciplinar para apuração de abandono de cargo e a eventual aplicação de pena de demissão, amparada nos elementos probatórios produzidos.

77. Donde se extrai inexistir relação de necessária prejudicialidade entre os processos exoneratório, disciplinar e criminal instaurados para apurar os mesmos fatos desabonadores da conduta do servidor.

78. Por todo o exposto, **quanto ao caso tratado nos autos, em que o Sr. B. M. foi considerado inapto para integrar carreira policial pelas autoridades competentes, no bojo de feito que observou o devido processo legal, afigura-se possível, a juízo da autoridade competente, sua exoneração depois de vencido o prazo trienal do estágio probatório, na medida em que, segundo os fatos já narrados no relatório deste opinativo, não parece ter havido demora injustificada na conclusão do processo, dada a ocorrência do evento desabonador poucos meses antes do decurso do estágio e a imediata abertura do procedimento destinado à respectiva apuração.**

---

44 Nesse sentido, dentre outros, o **Parecer PA-3 nº 04/1999**: "Descabe, porém, confundir-se **exoneração** com **demissão**. A **demissão é penalidade**, aplicada em decorrência do cometimento, comprovado, de faltas disciplinares. A **exoneração** do funcionário que não haja demonstrado bom desempenho na fase de estágio probatório **não é demissão, não é penalidade e não tem caráter punitivo.** Ao funcionário titular de cargo efetivo que venha a ser exonerado por se revelarem insatisfatórias as condições de seu trabalho durante o estágio probatório **não se está imputando qualquer infração disciplinar**" (Parecerista Dra. Patricia Ester Fryzman).

45 Parecerista Dra. Luciana R. L. Saldanha Gasparini.

79. E, sendo certo que a decisão de exoneração não teve por lastro a caracterização de crime, mas sim o comportamento do estagiário diante do evento ocorrido aos 4 de novembro de 2016, imperioso o indeferimento do pleito formulado às fls. 218, que, no mais, carece de qualquer amparo legal.

80. Com relação à *quaestio iuris* examinada no expediente, penso que, transcorridos quase vinte anos desde que fixada a orientação posta no despacho de desaprovação ao Parecer PA-3 nº 237/1999, afigura-se salutar revê-la e, com fulcro na doutrina e jurisprudência pátrias, traçar as seguintes diretrizes quanto à aplicação do artigo 41 da Constituição Federal:

(i) O resultado positivo em avaliação especial de desempenho é condição indispensável à aquisição de estabilidade pelo servidor;

(ii) Sem a avaliação positiva, o servidor não há de ser considerado estável, ainda que decorrido o triênio constitucional ou o prazo estipulado em lei ou regulamento para o desfecho do processo avaliatório;

(iii) A demora da Administração quanto à conclusão do procedimento avaliatório apenas será legítima quando fundada em motivo justo, como a caracterização de conduta desviante às vésperas do término do prazo trienal. A mora desarrazoada não há de motivar automática estabilização do servidor, mas poderá dar ensejo à responsabilização funcional.

(i) Ultrapassado o prazo trienal sem que concluída a avaliação do servidor, este não permanecerá em estágio probatório, de maneira que: (a) inviável tratá-lo como se em estágio probatório estivesse; (b) os atos praticados fora do período de estágio probatório não poderão ser considerados no processo de avaliação especial de desempenho;

(i) O procedimento administrativo disciplinar não é sucedâneo do processo de avaliação especial de desempenho.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 13 de novembro de 2017.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA
Procuradora do Estado
OAB/SP nº 249.114

PROCESSO: PGS Nº 6407/17 (GDOC Nº 16847-643418/2017)

INTERESSADO: B. M.

PARECER: PA Nº 71/2017

No meu modo de ver, a orientação hoje vigente na Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria em análise, sintetizada pelo brilhante despacho proferido pela Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves por ocasião da desaprovação do **Parecer PA-3 nº 237/1999**, está correta: decorridos três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público adquirem estabilidade, segundo a dicção límpida do *caput* do art. 41 de nossa Lei Maior. O procedimento de avaliação especial de desempenho previsto no subsequente § 4º, dispositivo ancilar, deve em conformidade produzir-se e findar obrigatoriamente durante esse período, porque não está nas mãos da Administração, ainda que por motivos justificáveis, adiar a constituição desse direito conferido ao servidor com a finalidade primeira e impostergável de "garantir a qualidade do serviço prestado por uma burocracia estatal democrática, impessoal e permanente"[46].

No plano funcional, contudo, acho-me obrigado a aceder à copiosa jurisprudência recolhida pela subscritora do bem-lançado **Parecer PA nº 71/2017**, que, portanto, aprovo. Mesmo discordando no íntimo da tese que tem largamente imperado em nossos tribunais, concedo que se trata de posição jurídica respeitável, à parte a circunstância, pertinentemente ou não sempre lembrada, de propiciar uma resposta uniforme do Estado nas situações em que a inaptidão para o serviço público deriva de fatos ocorridos apenas nos estertores do período de prova.

Destaco que a possibilidade excepcional e motivada de conclusão tardia do procedimento de avaliação especial de desempenho é compatível com disposições legislativas, encontráveis em diplomas estaduais, que fixam prazo para o término dos trabalhos da comissão ou para a publicação do despacho de exoneração. Há de entender-se que tais são normas de organização da atividade administrativa que, interpretadas em conformidade com o art. 41, § 4º, da Constituição, não interferem com o instituto da estabilidade. É dizer: pela exegese ora acolhida, o dever de finalizar o procedimento administrativo em dado prazo deve ser harmonizado com o mandamento constitucional de que o servidor seja efetivamente – ainda que extemporaneamente, em última hipótese – avaliado antes de alcançar a qualidade de estável.

46 A expressão entre aspas é de Cármen Lúcia Antunes Rocha (*Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p 252).

Aceitas as conclusões do **Parecer PA nº 71/2017** por toda a escala hierárquica, restará superada a orientação geral decorrente da desaprovação do **Parecer PA-3 nº 237/1999**.

Anoto o requerimento de fls. 227[47], objeto do item 79 do opinativo em apreço.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P. A., em 21 de novembro de 2017.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

47 Cuida-se de pedido do interessado, dirigido ao Procurador Geral do Estado, de "sobrestamento de todo o procedimento em tramitação por essa Subprocuradoria até deslinde do correlato Processo Criminal em apuração". O parecer foi pelo indeferimento, por falta de amparo legal.

PROCESSO: PGS Nº 6407/17

INTERESSADO: B. M.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO

PARECER: PA Nº 71/2017

Discute-se nestes autos se a avaliação de desempenho dos servidores públicos, prevista no § 4º do artigo 41 da Constituição Federal como condição para a aquisição da estabilidade funcional, deve necessariamente ser findada dentro do período de 3 (três) anos de exercício, correspondente ao estágio probatório, sob pena de se concretizar a estabilidade.

O Parecer PA nº 71/2017 analisa o tema em profundidade, à luz da evolução do texto constitucional e demonstra que é praticamente unânime nos tribunais *"a ideia de que a exoneração do servidor considerado inapto em avaliação de desempenho pode ser realizada depois de ultrapassado o prazo do estágio probatório"*. O Procurador do Estado chefe da Procuradoria Administrativa acolheu a peça opinativa, que leva à reforma do entendimento institucional decorrente da não aprovação do Parecer PA-3 nº 237/1999.

Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação do parecer, por seus próprios fundamentos.

SubG-Consultoria, 4 de dezembro de 2017.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

PROCESSO: PGS Nº 6407/17

INTERESSADO: B. M.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO

1. Aprovo o **Parecer PA nº 71/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos, ficando, assim, alterada a orientação institucional veiculada pelo despacho de não aprovação do Parecer PA-3 nº 237/1999.

2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 12 de dezembro de 2017.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Consultoria

126) ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. AGENTES PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas. Contratação. Vantagem. Necessidade de autorização legislativa. Inteligência do artigo 128 da Constituição do Estado. Precedente: Parecer PA nº 14/2013. Identificação de prováveis incompatibilidades com o ordenamento jurídico-constitucional. Princípios da legalidade, moralidade e eficiência da Administração pública. Ausência das especificidades constitucionais ligadas às pessoas estatais que exploram atividade econômica. Jurisprudência dos tribunais de contas. Recomendações. (Parecer PA nº 64/2017 – Em 27/10/2017, o Procurador Geral do Estado deixou de aprovar o Parecer PA nº 64/2017, nos termos do despacho da Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral)

127) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO. Lei Municipal nº 13.610/15, de Ribeirão Preto; Lei Municipal nº 3.220/15, de Santos; Lei municipal nº 8.639/16, de Araraquara; Lei Municipal nº 1.791/16, de Itu. Leis Municipais que autorizam a comercialização e consumo de bebidas alcoólicas em estádios de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas municipais. Inconstitucionalidade por contrariedade à legislação estadual existente sobre o tema, editada com fulcro na competência do Estado para suplementar as normas gerais federais sobre produção e consumo (art. 5º, I, Lei estadual nº 9.470/96; art. 13-A, II, Lei federal nº 10.671/03). Art. 24, V, §§ 1º e 2º, da CF, art. 30, I e II, da CF, art. 144, CE. ADI propostas em face das leis editadas pelos Municípios de Santos, Araraquara e Itu julgadas procedentes pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. (Parecer PA nº 58/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 30/10/2017)

128) PREVIDENCIÁRIO. CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUÍÇÃO. INTERSTÍCIO DE 03/02/1997 A 06/08/2007, EM QUE SERVIDORA TITULAR DE CARGO EFETIVO NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO EXERCEU, MEDIANTE AFASTAMENTO, CARGO EXCLUSIVAMENTE EM COMISSÃO JUNTO À ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. À luz do § 13 do artigo 40 da CF/1988, incluído pela EC nº 20/1998, inviável reconhecer vínculo entre ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão e Regimes Próprios de Previdência a partir de 16/12/1998, razão por que não há que se cogitar de emissão de CTC pelo RPPS paulista quanto a tal período. Antes dessa data,

embora os ocupantes de cargos comissionados pudessem estar vinculados ao RPPS, não poderiam estabelecer duplo vínculo previdenciário. Quanto ao interstício de 03/02/1997 a 31/12/1998, portanto, a emissão de CTC pelo RPPS paulista fica condicionada à constatação de que a interessada não esteve vinculada a outro regime de previdência em decorrência do cargo efetivo municipal. Precedentes: Pareceres PA nº 67/2014 e 94/2014. (Parecer PA nº 72/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 22/11/2017)

129) PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO. APOSENTADORIA. PROCURADOR DO ESTADO. Artigo 93 da Lei Complementar Estadual nº 478/1986. Artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/1998. Direito adquirido dos Procuradores do Estado admitidos antes de 16 de dezembro de 1998 à contagem do tempo de advocacia exercido anteriormente ao ingresso da carreira como tempo de serviço público. Precedentes: PA-3 28/2000, PA-3 48/2000, PA 58/2003 e PA 66/2003. "O tempo de serviço público estadual, neste incluído o tempo de advocacia regularmente averbado a pedido de Procuradores do Estado que já integravam a carreira ao tempo da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/1998, é integralmente computado para efeito de aposentadoria no cargo efetivo", de sorte que "eventual tempo concomitante certificado pelo INSS não deverá ser considerado pela SPPREV para o mesmo efeito". Precedente: PA nº 21/2017. (Parecer PA nº 73/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 04/12/2017)

130) SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. DIREITOS E VANTAGENS. LICENÇA-PRÊMIO. NOJO. Falecimento do avô da servidora no curso da fruição do prêmio de assiduidade. Inocorrência de falta ao serviço em virtude desse fato. Ausência de suporte fático para a constituição do direito subjetivo que deflui do artigo 78, IV, da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Hipótese em que não restou configurada a impossibilidade material do exercício de um direito em razão do exercício de outro, que nem sequer chegou ser criado. Inaplicabilidade da orientação fixada nos precedentes Pareceres PA nº 45/2015, 71/2012, 321/2006, 288/2006 e PA-3 nº 11/2001, 331/1995, 15/1995, 27/1992, 114/1989, etc. Distinção entre o direito cogitado pela interessada e as licenças previstas no Estatuto dos Funcionários Públicos. Proposta de indeferimento do pedido de averbação de dois dias de licença-prêmio para gozo oportuno. Precedente: Parecer PA-3 nº 173/1993. (Parecer PA nº 18/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/12/2017)

131) SANÇÃO ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO/CASSAÇÃO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Anteprojeto que visa à alteração da Lei estadual nº 11.199/2002, que proíbe tratamento discriminatório em relação aos portadores do vírus HIV ou AIDS. Proposta de inclusão das penas de suspensão e

de cassação de inscrição estadual. Inexistência de óbice à luz da generalidade das leis. Inadequação face aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nos termos do Parecer PAT nº 22/2015. (Parecer PA nº 74/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 11/12/2017)

132) CONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO. ESTADO-MEMBRO. URBANISMO E MEIO AMBIENTE. ALTERAÇÃO DE DIRETRIZES DE ZONEAMENTO ESTABELECIDAS EM PLANO DIRETOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 8.827, de 30 de agosto de 2017, do Município de Jundiaí, que, a pretexto de proteger o meio ambiente, veda procedimentos administrativos para fins imobiliários e correlatos em imóvel de propriedade do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal sob os seguintes fundamentos: (i) vício de iniciativa (artigos 5º, 37 e 47, II e XIV, c/c 144, todos da CE); (ii) ausência de prévio estudo técnico e debates adequados (artigo 180, II e 191, da CE); (iii) ofensa à competência do Estado-membro para legislar sobre o uso de bens estaduais (artigo 19, VII, da CE). Inconstitucionalidade material consistente na indevida restrição do direito de propriedade titularizado pelo Estado-membro (artigo 5º, XXII e XXIII, e 182, § 2º, da CF, c/c artigo 144 da CE). Minuta de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, a ser proposta perante o Tribunal de Justiça (artigos 74, VI, e 90, I, da CE). Pedido de medida cautelar, haja vista que a Lei Estadual nº 16.338, de 14 de dezembro de 2016, autorizou a alienação do imóvel e sua inclusão no Fundo de Investimento Imobiliário, cuja administração é objeto de procedimento licitatório em curso. Precedentes: Pareceres PA nº 138/2008 e 84/2015; Parecer AGI nº 40/2017. (Parecer PA nº 69/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 12/12/2017)

133) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO. DESAFETAÇÃO DE ÁREA INSTITUCIONAL DE LOTEAMENTO E AUTORIZAÇÃO DE PERMUTA COM OUTRO IMÓVEL. Alteração de destinação de área institucional. Incompatibilidade com o disposto no artigo 180, inciso VII da Constituição Paulista. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 100/91, PA-3 nº 319/95, PA nº 254/05, PA nº 146/06, PA nº 147/06, PA nº 74/07, PA nº 154/07, PA nº 198/07. LEI Nº 1.447/2011, DO MUNICÍPIO DE CAJAMAR, QUE PROCEDE À DESAFETAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO MUNICIPAL DE ÁREA INSTITUCIONAL (EQUIPAMENTO COMUNITÁRIO) DE LOTEAMENTO, BEM COMO AUTORIZA SUA PERMUTA COM PARTICULAR. Violação ao artigo 180, VII da Constituição do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade de leis municipais com conteúdo análogo declarada em reiteradas oportunidades pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Parecer PA nº 70/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 12/12/2017)

Contencioso Geral

134) SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Adicional por tempo de serviço. Cálculo dos quinquênios sobre a totalidade dos vencimentos. Inadmissibilidade. Ação procedente. Recurso da Fazenda do Estado provido. (Apelação nº 1000058-22.2017.8.26.0638 – Tupi Paulista – 4ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Ricardo Feitosa – 27/11/2017 – 33.388 – Unânime)

135) APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO MÉDICO INDISPENSÁVEL À SAÚDE – Pretensão do autor voltada à condenação das Fazendas Municipal e Estadual a providenciar a imediata realização de cirurgia de artroscopia no joelho direito – Possibilidade – Artigo 196 da Constituição Federal – Direito constitucional à saúde – Dever do Poder Público de fornecer fármacos e procedimentos médicos àqueles que necessitam e se encontram em situação de vulnerabilidade econômica – Princípio da reserva do possível inoponível em relação ao direito à vida e à saúde – Necessidade e eficácia do tratamento médico demonstradas – Dano moral – omissão do Estado em promover de forma diligente a saúde o autor – omissão genérica que requer a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para caracterizar a responsabilidade civil estatal – Sentença de parcial procedência reformada para tão somente adequar o capítulo atinente aos honorários advocatícios – Reexame necessário provido em parte, recurso voluntário da Fazenda provido e recurso do autor desprovido. (Apelação nº 1003087-85.2016.8.26.0292 – Jacareí – 4ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Paulo Barcellos Gatti – 27/11/2017 – 13.629 – Unânime)

136) SERVIDORES ESTADUAIS ATIVOS – AÇÃO DE COBRANÇA – Autores que buscam a conversão do reajuste de Revisão Geral Anual, de que trata o artigo 37, inciso X, da CF/88, na redação da EC 19/98, em indenização. Sentença de improcedência. Recurso dos autores. Inadmissibilidade. Necessidade de lei específica cuja iniciativa deve ser do Poder Executivo, além do que a mora deste último, já reconhecida pelo Pretório Excelso em julgamento de ação de inconstitucionalidade por omissão (ADI 2.492), não supõe prazo para a adoção das providências necessárias. Recurso improvido. (Apelação civil nº 1042429-78.2015.8.26.0053 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Aroldo Viotti – 22/12/2017 – 38.284 – Unânime)

137) EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Condenação em honorários advocatícios – Inadmissibilidade – Mero incidente que não extinguiu a cobrança – Entendimento do Superior Tribunal de Justiça – Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento nº 2179345 – 96.2017.8.26.0000 – Taquaritinga – 5ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Fermino Magnani Filho – 19/12/2017 – 24188 – Por maioria de votos)

138) AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação ordinária movida por servidores estaduais inativos, em fase de cumprimento de sentença. Pretensão ao cômputo dos juros de mora a partir da data da expedição do precatório. Inadmissibilidade. Hipótese em que a incidência dos juros moratórios se dá a partir do inadimplemento da Fazenda Estadual, respeitado o prazo previsto no artigo 100, § 5º, da Constituição Federal. Aplicação da Súmula Vinculante nº 17 do Supremo Tribunal Federal. Recurso improvido. (Apelação nº 2051450-55.2017.8.26.0000 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Aroldo Viotti – 22/12/2017 – 38.358)

139) SERVIDORES APOSENTADOS E PENSIONISTAS – FEPASA – Pretensão ao recálculo dos proventos com a conversão da URV (LF 8.880/94) – A conversão dos proventos e pensões dos inativos e pensionistas da antiga FEPASA para URV foi realizada na forma da LF 8.880/94 – do Processo TRT/SP nº 157/94-A e Proc. TST-RO-DC- 143054/94-A – Ademais, somente na hipótese dos servidores que recebem pagamento no mês de referência dos vencimentos é que ocorre a perda inflacionária – A conversão em URV de acordo com a data do pagamento é restrita, sendo efetivada apenas no próprio mês de referência, usualmente até o dia 20 – Precedente do STJ – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido. (Apelação nº 0607213-68.2008.8.26.0053 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Reinaldo Miluzzi – 18/12/2007 – 26025 – Unânime)

140) SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – RECÁLCULO DE VENCIMENTOS – Alegação de não observância ou aplicação equivocada dos critérios da Lei nº 8.880/94 – Conversão salarial pela URV de março de 1994. Afastada a prescrição do fundo do direito, com ressalva de entendimento da relatora Lei nº 8.880/1994 – Aplicabilidade geral e eficácia imediata, sem distinção entre os âmbitos federal, estadual ou municipal, consoante reconhecido pelos Tribunais Superiores. Diferenças. Recurso Extraordinário nº 561.836, com repercussão geral reconhecida – Percentual de correção apurado nos casos de erro de conversão deixa de ser aplicado a partir do momento em que houver reestruturação da carreira Lei Complementar Estadual nº 888/2000, que instituiu Plano de Carreira, Vencimentos e Salários, com fixação de nova tabela de vencimentos. Ação ajuizada em 2014, mais de cinco anos após o reenquadramento. Inexistência de direito quanto ao período posterior e prescritas as parcelas eventualmente pagas a menor antes do mencionado ato Acréscimo de fundamentos. Comprovantes de pagamento que demonstram o recebimento de valores superiores aos que seriam devidos pela estrita aplicação dos critérios da Lei nº 8.880/94. Precedentes do STJ. Recurso desprovido. (Apelação nº 0005628-16.2014.8.26.0022 – Amparo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Luciana Bresciani – 19/12/2017 – 21.569 – Unânime)

141) MANDADO DE SEGURANÇA – Licença-prêmio – Servidor estadual aposentado – Liminar indeferida para pagamento do benefício sem submissão ao teto constitucional – Admissibilidade – Vedação expressa na Lei nº 12.016/09 – Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 2126834-24.2017.8.26.0000 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Fermino Magnani Filho – 19/12/2017 – 24448 – Unânime)

142) APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDORA PÚBLICA DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA – GRATIFICAÇÃO POR COMANDO DE UNIDADE PRISIONAL – Lei Complementar Estadual nº 842/98 e alterações – Recebimento e incorporação do benefício, nos termos do artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo – Descabimento – Autora que não comprovou estar no comando de unidade prisional, conforme prevê a LCE nº 842/98 – Impossibilidade de incorporar verba jamais recebida – Precedentes desta Corte de Justiça – Pedido inicial julgado improcedente – Sentença confirmada – Recurso não provido. (Apelação nº 1023655-09.2016.8.26.0071 – Bauru – 12ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Osvaldo de Oliveira – 13/12/2017 – 25.922 – Unânime)

143) MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR ESTADUAL – Pretensão de concessão de licença-saúde e lançamento de faltas justificadas. Sentença que denegou a segurança com o entendimento de que necessária perícia e que o mandado de segurança não comporta dilação probatória – Inexistência de direito líquido e certo do impetrante. Sentença mantida – Recurso improvido. (Apelação nº 1008296-73.2016.8.26.0344- São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Maria Laura Tavares – 15/12/2017 – 23.152 – unânime)

144) APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR ESTADUAL – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – COISA JULGADA ANTERIOR – A decisão judicial proferida na ação individual fez coisa julgada – Extinção da ação em razão da coisa julgada corretamente decretada – Inteligência do artigo 337 do Código de Processo Civil – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação nº 1016818-55.2017.8.26.0053 – São Paulo – 8ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Ponte Neto – 14/12/2017 – 12.879 – Unânime)

145) APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – Pretendido restabelecimento dos valores dos vencimentos recebidos antes da Lei Complementar nº 1.122/2010, que extinguiu a Gratificação de Gestão e Controle do Erário Estadual (GECE), a Gratificação por Atividade de Suporte Administrativo (GASA) e a Gratificação Executiva – Ausência de nexo entre a matéria ventilada nos autos e os fundamentos da sentença – Nulidade da sentença – Violação dos arts. 128 e 460 do CPC – Sentença anulada – Recurso provido. (Apelação / Reexame Necessário nº 1024716-90.2015.8.26.0053 – São Paulo – 12ª Câmara Extraordinária de Direito Público – Relator (a): Eutálio Porto – 28/11/2017 – 29631 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

146) APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ESPECIAL – REPERCUSSÃO GERAL – Art. 543-C, §7º, Código de Processo Civil/73 – Devolução à Turma Julgadora – Acórdão que negou provimento ao recurso, mantendo a r. sentença recorrida – Pretensão inicial da empresa contribuinte voltada à repetição de suposto indébito tributário (*ICMS*) decorrente de valores pagos em programa de parcelamento incentivado ao qual aderiu – Impossibilidade – A adesão a programa especial de parcelamento corresponde à verdadeira novação da dívida tributária, pelo que seu cumprimento deve se dar nos estritos termos em que pactuado (pacta sunt servanda) – Declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.918/2009 pelo C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça que não tem o condão de gerar para o contribuinte o poder de revisão unilateral do termo de parcelamento – repercussão geral no REsp nº 1.133.027/SP (Tema nº 375) – Decisão mantida – Retratação indevida. (Apelação nº 0022872-64.2011.8.26.0344 – Marília – 4ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Ana Liarte – 27/11/2017 – 17.340 – Unânime)

147) AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS SÓCIOS. PRESCRIÇÃO AFASTADA. Sentença que reconheceu a prescrição intercorrente, julgando extinta a execução em relação aos sócios, contando o prazo prescricional de cinco anos a partir da citação do devedor principal. Pedido da Fazenda Estadual de reconhecimento da inocorrência da prescrição em relação aos sócios, e de impossibilidade de se tomar o pedido de corresponsabilização destes como desistência tácita em relação à empresa. Admissibilidade. Antes da notícia de encerramento irregular da empresa, inexiste responsabilidade solidária dos sócios-gerentes. Prazo prescricional para a responsabilização dos sócios que não se esgota após cinco anos da citação de empresa executada. Início a partir do momento em que a exequente toma ciência do fato. Teoria da actio nata. Ampliação do polo passivo pela inclusão de devedores solidários que não significa a desistência de se cobrar o devedor principal, que pode ainda possuir patrimônio sujeito a ser localizado e penhorado. Recurso provido. (Apelação nº 0000006-78.1996.8.26.0444 – Pilar do Sul – 8ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Bandeira Lins – 29/11/2017 – 07410 – Unânime)

148) RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO TRIBUTÁRIO – ITCMD – SOCIEDADE SEM FINS LUCRATIVOS – PRETENSÃO À RENOVAÇÃO DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – IMPOSSIBILIDADE. 1. O ato administrativo, revestido de legalidade, decorre da previsão contida no artigo 14 do CTN. 2. Os elementos de convicção produzidos nos autos demonstram a inobservância dos

requisitos exigidos nos artigos 6º, § 2º, item 2, da Lei Estadual nº 10.705/00 e 14, II, do CTN. 3. A remessa de valores ao exterior indica a inexistência de investimento no País, ou então, a reversão de gastos ou despesas no exterior, para a consecução da atividade-fim, no território nacional. 4. Higidez e legalidade do ato administrativo, reconhecida. 5. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente. 6. Sentença ratificada. 7. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido. (Apelação nº 1053250-10.2016.8.26.0053 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Francisco Bianco – 19/12/2017 – 20.884 – Unânime)

149) APELAÇÃO – AIIM lavrado em razão de doação recebida e declarada no imposto de renda, sem o pagamento do ITCMD – Posterior retificação da declaração, sob fundamento de que parte do valor seria objeto de mútuo – Ausência de comprovação da existência de contrato de mútuo, apta a macular a validade do auto de infração – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido". (Apelação nº 1029640-47.2015.8.26.0053 – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Moreira de Carvalho – 05/12/2017 – 25779 – Unânime)

150) APELAÇÃO CÍVEL – IPVA – Veículos alienados sem comunicação – Pretensão de afastar a responsabilização dos alienantes – Ausência de comprovação da comunicação da transferência ao órgão responsável em relação a uma parte dos veículos – Artigo 4º da Lei Estadual nº 6.606/89 e o artigo 6º da Lei Estadual nº 13.296/08 que preveem a responsabilidade do alienante – Precedentes deste Egrégio Tribunal – Prova de comunicação da alienação em relação à outra parte dos veículos – Responsabilidade afastada – Recurso das impetrantes e reexame necessário desprovidos. (Apelação – Reexame Necessário nº 1055834-50.2016.8.26.0053 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Maria Laura Tavares – 18/12/2017 – 23138 – Unânime)

151) EXECUÇÃO FISCAL – Extinção. Ilegitimidade de parte. Incorporação. Sucessão. Possibilidade. Diante do entendimento em contrário que vem predominando na Câmara e neste Tribunal de Justiça, ressalvo meu posicionamento isolado e reconheço a responsabilidade tributária da incorporadora, determinando o prosseguimento da execução. (Apelação nº 1500621-88.2015.8.26.0068 – Barueri – 10ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Teresa Ramos Marques – 18/12/2017 – 19.281 – Unânime)

152) APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – IPVA – Valor inferior a 600 UFESP – Pedido de desistência formulado pela exequente, ante os termos da Lei Estadual nº 14.272/10. Não houve oposição de embargos à execução, nem tampouco veiculação de exceção de pré-executividade – Homologação da desistência e extinção do processo. Cabimento. Desnecessidade de oitiva da executada, bem como de sua concor-

dância ao pedido de desistência, por não ter se manifestado nos autos até então. Ausência de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Exegese dos artigos 1º e 2º, inciso II, da Lei Estadual nº 14.272/10, além do artigo 2º da Resolução nº 03/16 da PGE – Recurso não provido. (Apelação nº 1500354-80.2015.8.26.0565 – São Caetano do Sul – 12ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Osvaldo de Oliveira – 13/12/2017 – 25.883 – Unânime)

editoração e impressão

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Centro de Estudos

ISSN 2237-4515