

## Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social

**PROCESSO:** GDOC 18487-648939/2008 (Of. PGJ 2090/2008) e SM nº 339/1991

**PARECER:** CJ/SEADS nº 038/2009

**INTERESSADO:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**ASSUNTO:** PODER REGULAMENTAR. Decreto nº 33.174, de 8 de abril de 1991. Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração Pública Estadual. Representação para eventual declaração de inconstitucionalidade encaminhada à Procuradoria Geral de Justiça pela 1ª Promotora de Justiça de Brás Cubas. Pedido de informações. Comentários. Sugestão de retorno dos autos ao Sr. Secretário para envio à Subprocuradoria Geral do Estado - Área da Consultoria. Arquivamento provisório do Proc. SM 339/91 nesta Pasta.

### **Sra. Procuradora Chefe:**

1. Cuida-se de representação formulada pela 1ª Promotora de Justiça de Brás Cubas perante a Procuradoria Geral de Justiça – Setor de ADIN, solicitando providências quanto à possível inconstitucionalidade do Decreto nº 33.174, de 8 de abril de 1991, o qual teria criado os Centros de Convivência Infantil para funcionários da Administração Pública direta, indireta e fundacional, às expensas do Estado de São Paulo (fls. 02).

2. Uma vez solicitadas informações acerca do aludido Decreto à Procuradoria Geral do Estado, a Subprocuradoria – Área da Consultoria remeteu o presente a esta Pasta (fls. 06 e Ofício nº 2.995/08 – JUR à contracapa). Esta última, por seu turno, fez juntar os seguintes documentos:

a) Cópia do Decreto nº 18.370, de 8 de janeiro de 1982, que dispõe sobre o Programa dos CCI (fls. 10/12);

b) Cópia do Decreto nº 22.865, de 1º de novembro de 1984, que reformula o Programa CCI (fls. 13/15);

c) Cópia do Decreto nº 26.906, de 15 de março de 1987, que cria a Secretaria do Menor (fls. 16);

d) Cópia do Decreto nº 27.981, de 23 de dezembro de 1987, que estrutura, regulamenta e organiza a Secretaria do Menor (fls. 17/56);

e) Cópia do Decreto nº 28.468, de 2 de junho de 1988, que altera a redação de dispositivos do Decreto nº 27.981, de 23/12/87;

f) Cópia do Decreto nº 33.174, de 8 de abril de 1991, que dispõe sobre o Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração Pública Estadual (fls. 60/62);

g) Cópias do MEMO/SM/CAIM 281/91, de decretos relativos aos CCI e do Parecer CJ nº 087/91 (fls. 63/86);

h) Cópia do Parecer CJ nº 91/92 (fls. 87/98);

i) Cópias dos Decretos ns. 36.454, 19/1/1993 (altera a denominação da Secretaria do Menor), Decreto nº 42.826, de 21/1/1998 (altera a denominação e reorganiza a Secretaria da Criança, Família e Bem-Estar Social), Decreto nº 45.632, de 16/1/2001 e Decreto nº 49.688, de 17/6/2005 (reorganiza a Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social) – (fls. 99/162).

3. Houve manifestação da Assistente Técnica de Administração Pública, devidamente acolhida pelo Titular da Pasta, que encaminhou o expediente à Consultoria Jurídica, para análise (fls. 164/167).

#### **É o breve relatório. Opinamos.**

4. A 1ª Promotora de Justiça de Brás Cubas, por meio do Ofício nº 312/2008, dirigiu-se ao Assessor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça – Setor de ADIN, na seguinte conformidade:

*“Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência para a tomada de providências que julgar cabíveis em relação à possível declaração de inconstitucionalidade do Decreto-estadual nº 33.174/91. Tal Decreto prevê a criação de Centros de Convivência Infantil para funcionários da Administração Pública direta, indireta e fundacional, às expensas do Estado de São Paulo e aparentemente padece de vícios: a) formal, porque cria obrigação e despesa para o Estado de São Paulo sem fazê-lo por meio de lei e porque não tem mero conteúdo regulatório (mas criador de obrigação); b) material, porque prevê dispêndio do dinheiro público para atender a interesses particulares, ao invés de destinar-se a atender ao interesse público, bem como porque deixa ao alvedrio da Administração a criação dos Centros para um órgão e não para outro órgão.”*

5. Em primeiro lugar, vejamos quanto ao suposto vício formal acima suscitado (item “a” da representação):

Segundo se percebe da leitura do Decreto nº 33.174, de 8 de abril de 1991, os Centros de Convivência Infantil não foram por ele criados. A criação do Centro de Convivência Infantil nesta Pasta, denominada à época de Secretaria de Pro-

moção Social, se deu por meio do Decreto nº 17.861, de 20 de outubro de 1981, com lastro na Lei Estadual nº 9717/67 (cópias em anexo). Posteriormente, houve a instituição do Programa de Centros de Convivência Infantil, a partir da edição do **Decreto nº 18.370, de 8 de janeiro de 1982**, o qual atribuiu ao Fundo de Assistência Social do Palácio do Governo (depois denominado Fundo Social de Solidariedade do Estado de São Paulo – Dec. 22.865, de 1º de novembro de 1984 – fls. 13), às Secretarias de Estado e às Entidades descentralizadas, participação no seu desenvolvimento (art. 3º, fls. 10). Esse mesmo Decreto, em seu art. 9º, dispõe: “Os Centros de Convivência Infantil das Secretarias de Estado e das Autarquias serão criados, gradativamente, mediante decretos específicos”. E assim o fez, embasado no art. 89, da Lei nº 9717, de 30 de janeiro de 1967:

*“Artigo 89 – O Poder Executivo reorganizará os serviços da administração direta ou indireta do Estado, sendo-lhe facultado, para tanto, e desde que não haja acréscimo de despesa:*

*I – transferir, transformar, fundir, incorporar ou alterar denominações e atribuições dos órgãos e repartições administrativas; (g.n.)*

*II – relatar cargos e funções gratificadas, de um quadro para outro;*

*III – redistribuir funções de extranumerários;*

*IV – transferir recursos orçamentários relativos a órgãos e repartições objeto de alterações previstas neste artigo, e*

*V – criar, em caráter temporário, ou a título experimental, órgãos e serviços de administração direta.*

6. Então, de acordo com o dispositivo supratranscrito e com o conteúdo do Decreto nº 18.370/82, é de se concluir que o desenvolvimento técnico e gerencial do Programa CCI ficaria a cargo do Fundo de Assistência Social do Palácio do Governo. A execução do próprio Programa, a instalação e manutenção dos CCIs seria atribuição das Secretarias de Estado, bem como das Entidades descentralizadas, sem acarretar aumento de despesa, já que os CCIs constituiriam unidade técnica de natureza interdisciplinar (art. 8º do Dec. 18.370/82). Percebe-se, assim, porque sua criação é possível por meio de decreto. Entender-se de outra forma tornaria inviável a instituição do aludido Programa, que veio ao encontro da Constituição Estadual de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 2, de 30 de outubro de 1969, a qual, por intermédio da Emenda Constitucional nº 31, de 31 de maio de 1982, acrescentou ao seu Capítulo III, do Título IV, o dispositivo que segue:

*“Artigo único – O Estado manterá, na forma em que a lei estabelecer, nas repartições públicas em que prestam serviço mais de 30 (trinta) mulheres, local apropriado onde*

seus filhos até 07 (sete) anos de idade, recebam assistência e vigilância, durante o horário de expediente”

7. Pois bem. Ainda que não se levasse em consideração a autorização legislativa contida na Lei Estadual nº 9.717, de 30 de janeiro de 1967, é de se relevar o advento da nova ordem constitucional (CF de 1988 e CE de 1989), a qual, segundo o posicionamento prevalente do STF, não admite a inconstitucionalidade superveniente em qualquer hipótese. O que pode suceder, então, é a recepção da norma editada anteriormente à nova Constituição, quando estiver materialmente de acordo com esta última, ou, *a contrario sensu*, a sua revogação, quando a norma padecer do vício de inconstitucionalidade material. Para melhor compreensão do tema, transcrevemos trecho contido no livro do Prof. Gilmar Ferreira Mendes<sup>1</sup>

*“É certo que o poder constituinte originário dá início à ordem jurídica. Isso, porém, significa que todos os diplomas infraconstitucionais perdem vigor com o advento de uma nova Constituição?”*

*Uma resposta positiva inviabilizaria a ordem jurídica. Por isso se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor.*

*Diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição.*

*Às vezes, a recepção é expressa, como se determinou na Constituição de 1937.*

*O mais frequente, porém, é a recepção implícita, como acontece no sistema brasileiro atual.*

*Deve-se a Kelsen a teorização do fenômeno da recepção, pelo qual se busca conciliar a ação do poder constituinte originário com a necessidade de se obviar vácuos legislativos.*

*Kelsen sustenta que as leis anteriores, no seu conteúdo afinadas com a nova Carta, persistem vigentes, só que por fundamento novo. A força atual desses diplomas não advém da Constituição passada, mas da coerência que os seus dispositivos guardam com o novo diploma constitucional. Daí Kelsen dizer que ‘apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de validade’.*

*O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição. Pouco importa que a forma de que o diploma se revista não mais seja prevista no novo Texto Magno. Não há conferir importância a eventual incompatibilidade de forma com a nova Constituição. A forma é regida pela lei da época do ato (tempus regit actum), sendo, pois, irrelevante para a recepção.*

*Assim, mesmo que o ato normativo se exprima por instrumento diferente daquele que a nova Carta exige para a regulação de determinada matéria, permanecerá em*

1 Curso de Direito Constitucional, São Paulo Ed. Saraiva, 2007, p. 193.

vigor e válido se houver concordância material, i.é, de conteúdo com as novas normas constitucionais. (g.n.)

(...)

*As normas antigas, ainda, devem ser interpretadas à luz das novas normas constitucionais.*” (g.n.)

Para melhor ilustrar o quanto exposto, transcrevemos jurisprudência do STF, citada pelo Prof. Pedro Lenza<sup>2</sup>

*“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – Hipótese de revogação de ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção – Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não conhecida. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de Constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova constituição, à tutela jurisdicional de Constitucionalidade in abstracto – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade” (ADIQO-7/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.09.1992, p.14087, Ement. V. 01674-01, p.1). (g.n.)*

“(…)

*Nesse sentido, deixa claro o STF que vigora o princípio da contemporaneidade, ou seja, uma lei só é constitucional perante o paradigma de confronto em relação ao qual ela foi produzida”.*<sup>3</sup>

8. Quanto à compatibilidade material com a nova ordem constitucional, verifica-se que o art. 208, inciso IV da CF, estabelece que:

“Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

<sup>2</sup> *Direito Constitucional Esquematizado*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94-95

<sup>3</sup> *Idem*, *ibidem*.

.....  
IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 anos de idade.”

Embora o art. 211 da CF estabeleça que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, a Carta Magna/88 não vedou que os Estados também atuem nesse segmento, consoante se percebe do contido no art. 30, VI:

“Art. 30 – Compete aos Municípios:

.....  
VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental”

A Constituição do Estado de São Paulo, por seu turno, estabelece em seu art. 248:

“Art. 248 – O órgão próprio da educação do Estado será responsável pela definição de normas, autorização de funcionamento, supervisão e fiscalização das creches e pré-escolas públicas e privadas no Estado.

Parágrafo único – Aos Municípios, cujos sistemas de ensino estejam organizados, será delegada competência para autorizar o funcionamento e supervisionar as instituições de educação das crianças de zero a seis anos de idade”.

9. Da mesma forma, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), em seu art. 4º, inciso IV, considera como dever do Estado o atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade. Esta mesma lei, em seu art. 29, apresenta a Educação Infantil como a primeira etapa da Educação Básica, “*complementando a ação da família e da comunidade*”, não fazendo qualquer discriminação acerca da filiação da criança, ou seja, não eximindo o Estado de tal dever quanto aos filhos de servidoras públicas. Realmente, tal distinção não teria o menor cabimento.

Releva notar a importância da instituição de estabelecimentos que acolham as crianças em idade pré-escolar, configurando mesmo um direito seu de cuidado e educação e sendo de extrema importância para seu desempenho escolar posterior, além de permitir o desenvolvimento social da família. É verdade que atualmente não há dispositivo, seja no âmbito federal, seja no estadual, que obrigue as repartições públicas a manter local apropriado para os filhos de até sete anos de servidores, similar àquele transcrito da Constituição Estadual de 1969, com a EC 31/82, mas isso não significa que tal propósito esteja vedado ao Estado. Segundo nos parece, o dever do Estado é para com os cidadãos, de forma genérica, independentemente da profissão que os pais

ou parentes dos menores em idade pré-escolar ocupam. Não há como se fazer distinção onde a própria norma não o faz.

10. Como já asseverado no início deste, o Decreto nº 33.174/91 dispõe sobre o Programa de Centros de Convivência Infantil da mesma forma que o anterior Decreto nº 18.370, de 8 de janeiro de 1982, o qual tem por fundamento a Lei nº 9.717, de 30 de janeiro de 1967. A diferença básica reside no fato de que o Decreto nº 33.174/91 transfere as atribuições do Fundo Social de Solidariedade para a então Secretaria do Menor, bem como dá nova redação ao texto antigo (v. arts. 3º e 4º). A criação dos CCIs mediante decreto (art. 8º) se faz possível dentro das especificações constantes do art. 89 da Lei nº 9.717, de 30 de janeiro de 1967. E, mesmo que assim não fosse, a recepção constitucional, por compatibilidade material, conferiria ao originário Decreto nº 18.370/82 força de lei. São estas as razões para subsistência do Decreto nº 33.174/91, que acabou por revogar aquele.

A título de informação, o Centro de Convivência Infantil integrou esta Pasta até a edição do Decreto nº 49.688, de 17/06/2005, conforme se percebe dos arts. 6º e 26 do Decreto nº 42.826, de 21/1/98 (fls. 103/130). Com o advento daquele, que reorganizou a Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social, o CCI foi excluído de sua estrutura básica (fls. 132/162). Segundo informes verbais, constatamos que há CCIs na Casa Civil, na Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, Secretaria da Segurança Pública, Secretaria da Fazenda, Secretaria da Agricultura e Abastecimento e Secretaria de Esportes, Lazer e Turismo.

11. Assim, entendemos, *data máxima vênia*, ao contrário do postulado na representação da d. 1ª Promotora de Justiça de Brás Cubas, que não existem vícios de natureza formal e material que supostamente contaminariam o Decreto nº 33.174/91. Com relação aos vícios de ordem material arrolados no item “b” da representação aludida, especialmente no que concerne à assertiva “*deixa ao alvedrio da Administração a criação dos Centros para um órgão e não para outro órgão*”, ousamos dizer, em complementação a nossos apontamentos acima, que não há lógica em tal raciocínio, pois o contido no ato normativo questionado, justamente por se tratar de um Programa, se estende a toda a Administração Pública, seja Direta, Indireta e Fundacional. Conforme nos parece, o Decreto nº 33.174/91 apenas conferiu atribuições diferenciadas à então Secretaria do Menor (Decreto nº 26.906, de 15 de março de 1987, em anexo a este), à vista das peculiaridades do Programa e do próprio campo funcional daquela Pasta.

12. Com o exposto, sugerimos a devolução do presente processado ao Sr. Secretário para encaminhamento do expediente PGE-18487-648939 (com o

GDOC 16847-903252 acostado à contracapa) à Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria e arquivamento provisório nesta Pasta do Proc. SM 339/91, até novas determinações.

CJ, aos 09 de fevereiro de 2009.

**LYLIAN GONÇALEZ**  
**Procuradora do Estado**

De acordo com o Parecer nº 038/2009  
Retornem os autos ao Sr. Secretário.  
CJ/SEADS, 09 de fevereiro de 2009.

**MARTHA COELHO MESSEDER**  
**Procuradora do Estado**  
**Chefe da Consultoria Jurídica**