

**PROCESSO:** PGE n° 1000726-842639/2010 (SE n° 2592/2010)

**PARECER PA N° 051/2011**

**INTERESSADO:** Luiz Fernando Gomes dos Santos

**ASSUNTO:** Contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. O procedimento que deverá prece-der eventual rescisão antecipada do contrato por “descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte do contratado” é aquele previsto no § 3º do art. 8º da L. C. N° 1093/09: é esta lei complementar que disciplina o regime jurídico pró-prio a que estão submetidos os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito dos órgãos da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo especificados em seu artigo 23. Descabimento, na hipótese, da instauração de processo adminis-trativo disciplinar na forma prevista na Lei n° 10.261/68. Proposta de edição de decreto regulamentando o § 3º do art. 8º da L.C. N° 1093/09.

1 - O presente expediente inicia-se com o ofício de fls. 06, através do qual o Terceiro Promotor de Justiça da Comarca de Penápolis - SP, em 20/10/2010, encaminha ao Corregedor Geral da Administração

“(…) cópias dos autos do processo crime n° 483/10 (Segredo de Justiça), em trâmite na 3ª Vara Judicial de Penápolis, que investiga a prática dos delitos (...) praticados por LUIS FERNANDO GOMES DOS SANTOS, funcionário público estadual, na qualidade de Professor de Educação Básica II, para as providências cabíveis, atentando-se para a necessidade da preservação do sigilo dos fatos, vi-sando resguardar a intimidade da vítima.” (g.o.).

2 - Os documentos mencionados estão encartados às fls. 07 a 92, e do seu teor se pode inferir: (I) o interessado foi preso em flagrante delito no dia 13/09/2010 (fls. 12) e, em 09/11/2010, continuava preso no CDP de São José do Rio Preto (cf. fls. 104); (II) em 23/09/2010 foi oferecida denúncia (fls. 08 a 10) e (III) a denúncia foi aceita pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Penápolis em 27/09/2010 (fls. 59).

3 - Remetidos os autos pela CGA à Secretaria da Educação, o então Titular da Pasta, às fls. 106, determina a instauração de processo administrativo disciplinar em face do interessado, “com fulcro no artigo 270, c.c. o artigo 274, ambos da Lei n° 10.261/68, alterada pela Lei Complementar n° 942/03”.

4 - A Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, no entanto, às fls.

108/109, restitui os autos ao Gabinete da Secretaria da Educação, perfilhando o seguinte entendimento:

“Considerando que, segundo a consulta funcional juntada aos autos às fls. 103, o docente foi Contratado por Tempo Determinado e tendo em vista as disposições do art. 8º, inciso IV e parágrafo terceiro da Lei Complementar 1.093/2009, bem como do artigo 14 do Decreto 54.682/2009 e do artigo 5º, inciso I e II da Resolução SE 68 de 01/10/09, que dispõe sobre a contratação de docentes por tempo determinado e preveem a extinção antecipada da relação contratual, em virtude de descumprimento de obrigação legal naquela prevista, por parte do docente, retorno estes autos ao Exmo. Sr. Secretário de Estado da Educação, com proposta de cumprimento do disposto no artigo 8º parágrafo terceiro da Lei Complementar 1.093/2009.”

5 - A proposta foi acolhida, tendo sido expedida notificação ao interessado “para exercer o direito de defesa (...)” (fls. 111). Não se comprovou, porém, que a notificação tenha sido efetivamente entregue a seu destinatário (cf. fls. 111/112).

6 Havendo o expediente retornado à Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, a Procuradora do Estado Responsável por sua 7ª Unidade, às fls. 118 a 122, elabora Representação, nos seguintes termos:

“(…) constatou-se tratar de CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO, nos termos da Lei Complementar 1.093/2009 e Decreto 54.682/2009 que a regulamentou.

Diante disso, os autos foram encaminhados ao Exmo. Secretário de Estado da Educação, com proposta de cumprimento do disposto no artigo 8º parágrafo terceiro da Lei Complementar 1.093/09 (fls. 108).

Referido dispositivo legal determina que *“previamente ao ato que rescindir o contrato será assegurado ao contratado a faculdade de exercer o direito de defesa no prazo de 03 (três) dias úteis, devendo o procedimento ser concluído dentro de 10 (dez) dias contados da data do protocolo das razões de defesa ou do decurso do prazo para apresentá-las”*.

Conforme se verifica no dispositivo legal que dispõe sobre a extinção antecipada do contrato, o procedimento para tanto é expressamente previsto, o que exclui, s.m.j., a observância do disposto na Lei 10.261/68 no que tange a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, até porque o artigo 10 da Lei Complementar prevê que o contratado nos termos desta Lei está sujeito aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades previstos na Lei 10.261/68, e não aos mesmos direitos.

A contratação por tempo determinado foi instituída para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, cuja formalização e extinção do contrato vêm regulamentadas pela legislação pertinente, de forma a dar celeridade tanto a contratação quanto a extinção contratual.

Apenas a título de exemplo, o artigo 16 da Lei Complementar 1093/09 dis-

põe que “Os limites de faltas abonadas, justificadas e injustificadas serão fixados em decreto”.

E, efetivamente, o Decreto 54.682/09 que regulamentou a Lei Complementar, em seu artigo 19 dispõe que:

*“A falta não abonada ou não justificada será considerada injustificada, não podendo exceder a uma no período contratual implicando na perda da remuneração.*

*Parágrafo único: Ultrapassado o limite de que trata o “caput” deste artigo, as faltas injustificadas serão consideradas descumprimento de obrigação contratual por parte do contratado, sendo aplicável a extinção contratual nos termos do artigo 8º da Lei Complementar nº 1.093, de 16 de julho de 2009”.*

Em outras palavras, se o contratado faltar por duas vezes, de forma injustificada, durante o período contratual, será aplicado o parágrafo único (extinção contratual).

E essa extinção terá que ser através de Procedimento Administrativo Disciplinar?

Tal entendimento contraria totalmente o espírito do legislador, ao elaborar a referida Lei Complementar, que era simplificar a contratação e extinção contratual, sem a necessidade de Processo Administrativo Disciplinar, garantia dada aos funcionários públicos.

É certo que deva haver um procedimento administrativo, que garanta ao contratado o direito de defesa. E esse procedimento está previsto no artigo 8º parágrafo terceiro da Lei Complementar 1093/2009, não pela Lei 10.261/68.

.....  
*[No presente caso] não há nos autos o comprovante de recebimento por parte do contratado da notificação para exercer o direito de defesa no prazo de 03 (três) dias.*

.....  
 Saliente-se, por fim, que apesar de se tratar de Contrato por Tempo Determinado, não foi juntado aos autos o referido contrato. Não se sabe sequer a data do início da contratação ou se ela já foi extinta automaticamente.”

6.1 - Às fls. 123 a 125, a i. Chefia da Coordenadoria de Processos Disciplinares endossa a manifestação reproduzida e, face ao ineditismo do tema, remete os autos à Subprocuradoria Geral do Estado - Área de Consultoria.

7 - Às fls. 126, o Sr. Subprocurador-Geral da Área de Consultoria profere o seguinte despacho:

“Sem prejuízo das providências ainda pendentes de cumprimento, que deverão ser adotadas no âmbito da Secretaria de origem para a solução do caso concreto, encaminhem-se os autos à Procuradoria Administrativa para exame da matéria suscitada pela Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares (fls. 118/122 e 123/125), visando fixar orientação a ser seguida pela Administração Pública em geral, nos casos de rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de

obrigação legal ou contratual (art. 8º, IV, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009).”

8- Em cumprimento ao despacho reproduzido, passamos a nos manifestar a propósito da questão suscitada.

9- No tocante à definição de processo administrativo disciplinar, EGBERTO MAIA LUZ<sup>1</sup> destaca:

“(...) é processo administrativo todo aquele iniciado, desenvolvido e concluído na administração pública.

Como o precedente, [o processo disciplinar] é de natureza administrativa (...)

[No entanto,] o objeto do processo administrativo disciplinar não é tão genérico quanto o outro, e é de uma tal especificidade, que se impõe na sua própria distinção.

O processo administrativo disciplinar trata, essencialmente, da ordenação dos atos e dos termos necessários à caracterização de autos típicos para a desenvoltura da instrução probatória e outros, ulteriores típicos do julgamento ou pertinentes à fase recursal.” (grifo do autor)

8.1 - De sua parte, JOSÉ ARMANDO DA COSTA<sup>2</sup> formula a seguinte definição para o processo administrativo disciplinar:

“uma série de atos procedimentais que, formalizados em obediência a certos rituais traçados pelas normas e outras fontes do direito, se propõe a apurar a verdade real dos fatos, a fim de fornecer base à legítima decisão disciplinar.”

8.2 À vista da lição doutrinária colacionada, tem-se que o processo disciplinar se individualiza pelo rito, pelo procedimento que é objeto de minucioso regramento legal.

9 - Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>3</sup>,

“O processo disciplinar é obrigatório, de acordo com o artigo 41 da Constituição<sup>4</sup>, para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. (...)”

10 - Em se tratando de servidores não estáveis, é pacífico o entendimento de que a aplicação de penalidades, mesmo de natureza demissória, pode ser precedida de procedimento simplificado, sem os rigores formais do processo administrativo disciplinar.

A propósito do tema, consignou-se na obra de HELY LOPES MEIRELLES<sup>5</sup>:

1 (Sindicância e Processo Disciplinar - Teoria e Prática, Bauru, EDIPRO, 1999, pág. 42).

2 Citado por CLÁUDIO ROZA, em Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2006, pág. 83.

3 (Direito Administrativo, 23ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, pág. 638).

4 O citado dispositivo constitucional estatui, na redação vigente:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

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

5 I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

“Para a demissão dos vitalícios, entretanto, o meio único é o processo judicial (CF arts. 95, I, e 128, §5º, I, “a”); para os estáveis poderá ser utilizado o processo administrativo disciplinar (CF, art. 41, § Iº) e para os não estáveis bastará a sindicância, despida de maiores formalidades, desde que por ela se demonstre a falta ensejadora da pena demissória. Em qualquer caso, porém, é necessário que se faculte ao processado ou ao sindicado a possibilidade de ampla defesa, “(grifos do original).

10.1 - No mesmo diapasão, no âmbito da PGE, cabe mencionar-se o Parecer PA-3 nº 72/98, de lavra do Dr. MARIO ENGLER PINTO JÚNIOR, aprovado pela Chefia da Instituição e assim ementado:

“Servidor não estável admitido nos termos da Lei nº 500/74. Desnecessidade de instauração de processo administrativo disciplinar regulado pela Lei nº 10.261/68, para eventual dispensa decorrente da prática da ilícito funcional. Procedimento simplificado previsto nos arts. 38 e 39 da Lei nº 500/74, que preserva contraditório e ampla defesa.”

11 - A par disso, conforme realça JOSÉ ARMANDO DA COSTA<sup>6</sup>

“O processo disciplinar se preordena a fornecer a precondição legal para a formalização do ato punitivo interno, conforme o regime disciplinar aplicável.” (g.n.).

11.1 - Conforme foi destacado pela Coordenadoria de Processos Disciplinares, exceto nos casos em que há remissão expressa na Lei Complementar nº 1093/09, as disposições do Estatuto não são aplicáveis – nem mesmo subsidiariamente - aos contratos por tempo determinado celebrados com amparo naquela Lei Complementar.

11.2 - Portanto, o processo administrativo disciplinar previsto no Estatuto não é precondição legal para a rescisão contratual amparada no inciso IV do artigo 8º da L.C. nº 1093/09.

---

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 Invalidadada 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.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.”

- (*Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e oo., São Paulo, Malheiros, 2010, pág. 536).

6 (*Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, 4ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2002, pág. 150).

12 - No recém-proferido Parecer PA nº 40/2011<sup>7</sup> consignou-se:

“Os deveres e os direitos dos contratados temporariamente para atender necessidade de excepcional interesse público advêm da referida Lei Complementar Paulista [nº 1.093/2009]. Mantêm eles com a Administração Pública vínculo que não se confunde com o estatutário, a que estão submetidos os funcionários públicos, nem com o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, reservado aos empregados públicos. Trata-se de um regime especial ou próprio.

(...) o regime funcional a que estão submetidos os temporários é especial, cujos deveres e direitos advêm das disposições da Lei Complementar Estadual n- 1093, de 16 de julho de 2009 (...)” (grifamos).

12.1 - A propósito da matéria ora debatida, a Lei Complementar nº 1093/09 veicula os seguintes dispositivos:

“Artigo 8º - O contrato celebrado com fundamento nesta lei complementar extinguir-se-á antes do término de sua vigência:

.....  
IV - por descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte do contratado;

.....  
§ 3º - Na hipótese do inciso IV deste artigo, previamente ao ato que rescindir o contrato, será assegurada ao contratado a faculdade de exercer o direito de defesa, no prazo de 3 (três) dias úteis, devendo o procedimento ser concluído dentro de 10 (dez) dias contados da data do protocolo das razões de defesa ou do decurso do prazo para apresentá-las.

.....  
Artigo 10 - O contratado nos termos desta lei complementar está sujeito aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades previstos na Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, aplicando-se aos docentes, subsidiariamente, as disposições da Lei complementar nº 444, de 27 de dezembro de 1985.”

12.2 - Do teor dos dispositivos transcritos, deflui que os contratados em caráter temporário estão sujeitos aos deveres, proibições e responsabilidades previstos nos artigos 241 e segs. do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (bem como, em se tratando de professores, aos deveres estabelecidos no art. 63 do Estatuto do Magistério).

12.3 - No entanto, o procedimento que deverá preceder eventual rescisão antecipada do contrato por “descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte do contratado” é aquele previsto no § 3º do artigo 8º da Lei Complementar nº 1.093/09. Isto porque, conforme exposto, é este diploma normativo que disciplina o regime jurídico próprio a que estão submetidos os contratados por tempo determinado para atender

7 Subscrito pelo Dr. MARCELO DE AQUINO e ainda pendente de apreciação pelas Instâncias Superiores da PGE.

a necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito dos órgãos da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo especificados no artigo 23 da mencionada lei complementar.

13 - Neste sentido, ratificamos as conclusões alçadas pela Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares.

14- Não cremos, porém, que a conclusão externada no item 12.3, acima, seja suficiente para, conforme determinado pelo Sr. Subprocurador-Geral da Área de Consultoria, fixar a orientação a ser seguida pela Administração Pública em geral, nos casos da espécie.

14.1 - Com efeito, o § 3º do art. 8º da L.C. nº 1093/2009 limita-se a estabelecer que “(...) será assegurada ao contratado a faculdade de exercer o direito de defesa, no prazo de 3 (três) dias úteis, devendo o procedimento ser concluído dentro de 10 (dez) dias contados da data do protocolo das razões de defesa ou do decurso do prazo para apresentá-las”.

15 - A fim de evitar a proliferação de atos eivados de nulidade e a adoção de soluções díspares para situações fáticas idênticas, entendemos que determinados aspectos do procedimento em debate devam ser disciplinados de forma mais pormenorizada - alguns de forma idêntica para todos os órgãos da Administração direta e autárquica que celebrem contratos com base na Lei Complementar nº 1093/2009. A propósito do tema, uma vez ouvidos os órgãos competentes, consideramos possa ser sopesada pelo Sr. Governador do Estado a conveniência de editar decreto abrangendo, a título exemplificativo, os seguintes temas:

a) qual o órgão competente para conduzir os procedimentos em causa e qual é a autoridade competente para neles proferir decisão;

b) como se conta o prazo de três dias úteis referido no dispositivo legal, como se procede caso o contratado não seja localizado, etc;

c) como se faz para que o contratado tenha plena ciência do fato que lhe está sendo imputado - ou seja, se deverá ser praticado um ato assemelhado à Portaria que dá início ao processo disciplinar, se a notificação para apresentar defesa deverá ser acompanhada de cópias de peças dos autos, etc;

d) sugere-se ainda que o decreto proposto torne explícita a necessidade de motivação do ato que eventualmente determine a rescisão do contrato com amparo no inciso IV do art. 8º da L. C. nº 1093/2009, motivação esta que demanda necessariamente o exame de todos os argumentos expostos na defesa do contratado.

E o parecer, à elevada consideração superior.

São Paulo, 04 de maio de 2011.

PATRICIA ESTER FRYSZMAN

Procuradora do Estado - Nível IV

OAB/SP nº 71.361

**PROCESSO:** SE Nº 2592/2010 PGE 1000726-842639/2010.

**INTERESSADO:** Luiz Fernando Gomes dos Santos.

***PARECER PA Nº 51/2011.***

De acordo com o criterioso Parecer PA nº 51/2011.

De se reforçar a proposta de edição de Decreto que venha a regulamentar a aplicação da norma do artigo 8º, IV da Lei Complementar nº 1093/2009.

Transmitam-se os autos ao Subprocurador Geral do Estado -  
área da Consultoria.

PA, em 12 de maio de 2011.

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES

Procuradora do Estado

Chefe da Procuradoria Administrativa

OAB nº 79.413

**PROCESSO:** SEE 2592/0000/2010 (GDOC Nº 1000726-842639/2010)

**INTERESSADO:** Luiz Fernando Gomes dos Santos

**ASSUNTO:** Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de obrigação legal ou contratual. Art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009.

O Parecer PA nº 51/2011 (fls. 127/141), aprovado pela Chefia da Procuradoria Administrativa (fl. 142), concluiu que:

a) os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito dos órgãos da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo submetem-se a regime jurídico próprio disciplinado pela Lei Complementar nº 1.093/2009;

b) o procedimento para a rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte dos contratados, é aquele previsto no § 3º do art. 8º da Lei Complementar nº 1.093/2009;

c) deve ser sopesada a conveniência de se editar decreto para disciplinar esse procedimento de forma mais pormenorizada, a fim de evitar a proliferação de atos eventualmente eivados de nulidade e a adoção de soluções díspares para situações fáticas idênticas;

d) descabe a instauração de processo administrativo disciplinar na forma prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado - Lei estadual nº 10.261/68.

Estando de acordo com as conclusões alcançadas no Parecer PA nº 51/201, proponho a sua aprovação.

Endosso também a proposta de edição de decreto objetivando regulamentar a aplicação do disposto no § 3º do art. 8º da Lei Complementar nº 1.093/2009, nele esposando os aspectos apontados no item 15 do parecer. Para tanto, deverá ser oficiado, com cópia do parecer, o Secretário de Gestão Pública, a quem compete propor ao Governador do Estado a regulamentação de dispositivos da legislação de pessoal (art. 25, I, “c”, do Decreto nº 52.833, de 24 de março de 2008), lembrando que constitui atribuição da Unidade Central de Recursos Humanos “*elaborar e propor a regulamentação de dispositivos legais relativos à área de recursos humanos*” (art. 31, V, “b”, do Decreto nº 51.463, de 1º de janeiro de 2007, com a redação que lhe foi dada pelo art. 42 do Decreto nº 52.833, de 24 de março de 2008).

Encaminhe-se os autos à consideração do Senhor Procurador-Geral do Estado.

Subg., 20 maio de 2.011.

ADALBERTO ROBERT ALVES

Subprocurador-Geral do Estado

Área da Consultoria Geral

**PROCESSO:** SEE 2592/0000/2010 (GDOC nº 1000726-842639/2010)

**INTERESSADO:** Luiz Fernando Gomes dos Santos

**ASSUNTO:** Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de obrigação legal ou contratual. Art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria-Geral do Estado - Área da Consultoria Geral, aprovo o Parecer PA nº 51/2011.

Expeça-se ofício, com cópia do parecer, à Secretaria de Gestão Pública, a quem cabe examinar a proposta de edição de decreto para regulamentar a aplicação da norma do art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009, bem como às Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado e das autarquias e à Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, para ciência.

Devolvam-se os autos à Secretaria da Educação, por intermédio da Consultoria Jurídica, com a observação de que ainda se encontram pendentes de cumprimento as providências apontadas na manifestação de fis. 118/122.

GPG, 24 de maio de 2011.  
ELIVAL DA SILVA RAMOS  
Procurador-Geral do Estado