

# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



## CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MAIO/JUNHO 2013





# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



## CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

# 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

*Adalberto Robert Alves*

### Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

*Fernando Franco*

### Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

*Eduardo José Fagundes*

### Corregedor-Geral

*José Luiz Borges de Queiroz*

### Ouvidoria

*Maria Rita Vaz de Arruda Corsini*

## Conselho da PGE

*Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Alexander Silva Guimarães Pereira, Daniel Carmelo Pagliusi Rodrigues, Derly Barreto e Silva Filho, Dulce Ataliba Nogueira Leite, Egidio Carlos da Silva, João Cesar Barbieri Bedran de Castro, Margarete Gonçalves Pedroso, Mariana Rosada Pantano, Regina Marta Cereda Lima*

## Centro de Estudos

### Procuradora do Estado Chefe

*Mariângela Sarrubbo Fragata*

### Assessoria

*Camila Rocha Schwenck, Mirian Kiyoko Murakawa, Marily Diniz do Amaral Chaves e Joyce Sayuri Saito*

## Escola Superior da PGE

### Diretora

*Patricia Ulson Pizarro Werner*

### Vice-diretora

*Marily Diniz do Amaral Chaves*

## Comissão Editorial

### Presidência

*Mariângela Sarrubbo Fragata*

## Membros da Comissão Editorial

*Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Eduardo Luiz de Oliveira Filho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki*

## Redação e Correspondência

*Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227 – 9º andar – CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3286-6998/6997. Home Page: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br) E-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)*

## Projeto, produção gráfica e impressão

### Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

*Rua da Mooca, 1.921 – Mooca  
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil  
sac 0800 01234 01  
[www.imprensaoficial.com.br](http://www.imprensaoficial.com.br)*

## Tiragem: 800 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.

*Expediente*

Editorial .....	7
-----------------	---

*Cursos e Eventos*

Cursos do Centro de Estudos .....	11
Eventos em Parceria com outras Instituições .....	11

*Peças e Julgados*

Contestação – questionamento do ato de exoneração do cargo de Professor de Educação Básica II, em função das avaliações de desempenho no estágio probatório. Ação julgada improcedente – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo – Manutenção da sentença – Servidor público exonerado, 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 dispensa do servidor público – Apelo improvido.....	13
---	----

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

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.....	29
--	----

*Pareceres da Procuradoria Administrativa*

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANTECEDENTES FUNCIONAIS. REINCIDÊNCIA. Na esfera disciplinar, configura-se a reincidência quando o servidor comete novo ilícito depois de esgotada, no âmbito administrativo, a possibilidade de recurso voluntário contra a decisão que o julgou culpado por falta anterior. Para que se possa, em sede de dosimetria, invocar “maus antecedentes” do apenado, devem se verificar, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) falta disciplinar cometida anteriormente à infração objeto do processo em

fase de julgamento; b) decisão responsabilizando o agente pela falta anterior (tal como definida no item “a”); c) tal decisão condenatória não estar mais sujeita a recurso voluntário no âmbito administrativo no momento do julgamento do feito disciplinar referente ao ilícito posterior..... 37

DIREITOS HUMANOS. Discriminação racial ou em razão de orientação sexual. Leis Estaduais nº 14.187, de 19 de julho de 2010 e nº 10.948, de 5 de novembro de 2001. Atos praticados por agentes públicos no exercício de suas funções. Aplicação das sanções administrativas instituídas por essas leis, sem prejuízo das punições disciplinares aplicáveis segundo o regime jurídico desses agentes. Distinção entre supremacia geral e supremacia especial da Administração sobre os administrados, ou entre poder de polícia e poder disciplinar. Concomitância de sujeições, visto que o interesse específico do serviço não exclui o interesse da vida em sociedade. Competência da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania em matéria não disciplinar. Proposta de revisão da orientação fixada no Parecer PA nº 179/2006.....50

*Ementário*

Consultoria.....63  
 Contencioso Geral.....75  
 Contencioso Tributário-Fiscal.....78

## A PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES (PPD)

Aceitando convite formulado pelo Centro de Estudos da PGE, ao qual agradeço na pessoa da colega MARIÂNGELA SARRUBO FRAGATA, coube-me a honrosa missão de redigir o editorial do presente Boletim, referente aos meses de maio e junho de 2013.

Honrosa porque os trabalhos publicados neste número caracterizam-se pela solidez e riqueza de argumentos, tratando-se de precioso material que certamente propiciará momentos agradáveis e produtivos para os seus leitores. Iniciamos com a peça judicial<sup>1</sup> produzida pelo colega DANIEL ARÉVALO NUNES DA CUNHA, abordando o alcance do controle judicial que aprecia ato administrativo exonerando servidor em estágio probatório, tema recorrente nas lides envolvendo a Fazenda Estadual. Na sequência, temos parecer jurídico<sup>2</sup> produzido por LYLIAN GONÇALEZ que apresenta interessantes considerações na defesa do Decreto nº 33.174/91, relativo ao “Programa de Centros de Convivência Infantil”. Seguem-se pareceres da Procuradoria Administrativa subscritos por PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN<sup>3</sup> e DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR<sup>4</sup>; o primeiro, procurando definir os conceitos de reincidência e “maus antecedentes” no âmbito do processo disciplinar; e o segundo, discorrendo sobre a possibilidade do agente público, pelo mesmo fato, receber sanção disciplinar e a sanção administrativa prevista nas Leis Estaduais nº 14.187, de 19 de julho de 2010 e nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, em razão da prática de atos discriminatórios. O periódico também traz o tradicional e mentário de interesse para todas as áreas de atuação da PGE.

Além disso, o sentimento de honra decorre, também, da oportunidade de se fazer uma singela apresentação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, a mais nova unidade de nossa instituição.

---

1 Contestação apresentada nos autos do processo nº 0046544-04.2011.8.26.0053 – 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital

2 Parecer CJ/SEADS nº 38/2009

3 Parecer PA nº 5/2013

4 Parecer PA nº 96/2011



O ano de 2012, sem dúvida, representou um marco para a história dos procedimentos disciplinares no Estado de São Paulo. Após um longo período de tramitação na ALESP, no dia 7 de agosto foi aprovado o PLC nº 40 do ano de 2002, e, em 30 de agosto, foi sancionada a Lei Complementar nº 1.183, criando, finalmente, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

Em outubro, o órgão instalou-se em prédio próprio que, por muitos anos, abrigou a Procuradoria Judicial. Antes de sua ocupação, o imóvel sofreu uma considerável reforma, a fim de adaptá-lo às peculiaridades das atividades desempenhadas na PPD.

Órgão de execução da área da Consultoria Geral, a PPD possui como atribuições: (i) realizar procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por lei especial, em face de servidores da administração direta e autárquica; (ii) realizar, excepcionalmente, procedimentos administrativos de natureza averiguatória, mediante determinação expressa do Procurador-Geral do Estado; (iii) estudar, elaborar e propor instruções de caráter geral e súmulas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado em matéria de procedimentos disciplinares, bem como medidas para o aprimoramento da celeridade, da eficácia e da segurança daqueles; (iv) acompanhar, quando for o caso, inquéritos e processos criminais que envolvam servidores do Estado; (v) requisitar informações a outros órgãos ou entidades da Administração, que serão prestadas no prazo assinado, sob pena de responsabilidade do agente que der causa ao atraso; (vi) prestar orientação técnica às unidades administrativas.

Sua organização interna possui um Gabinete do Procurador Chefe, ocupado pela Chefia da Unidade e por um Procurador do Estado Assistente. Neste momento, não poderia deixar de consignar minha gratidão ao colega ERALDO AMERUSO OTTONI, que aceitou o convite para integrar o Gabinete da PPD na condição de Procurador Assistente e diariamente tem dado mostras de coleguismo, competência e serenidade no trato de suas atribuições.

Os procedimentos disciplinares tramitam perante Unidades Processantes, ocupadas por Procuradores do Estado classificados na PPD. Estes colegas são responsáveis pela instrução dos procedimentos que ingressam no órgão, desde a elaboração da portaria inicial até a confecção do relatório final.

Há também um cartório, cujas atividades se equiparam àquelas desempenhadas por um cartório judicial. Ali se promovem o controle de entrada/saída de autos, distribuição dos procedimentos às Unidades Processantes, expedição de ofícios, mandados e editais. O cartório também realiza atendimento ao público, que, diga-se, é bastante volumoso. Este setor é composto por servidores em exercício na PPD e a coordenação de suas atividades é realizada pelo Gabinete do Procurador Chefe.

Aqui, cumpre destacar que boa parte dos funcionários que atuam na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares é originária de outras Secretarias de Estado e afastada para prestar serviços à PGE. Isso se deu em razão do disposto no Decreto nº

54.050/2009 que, ao regulamentar o art.271 da Lei Estadual nº 10.261/68<sup>5</sup>, previu a possibilidade de se afastar servidores das Pastas para auxiliar os Procuradores do Estado responsáveis pela condução dos procedimentos disciplinares punitivos.

A PPD ainda não possui núcleos administrativos (Administração, Pessoal, Compras, Almoxarifado, etc.) próprios. A implantação dessas células administrativas depende de edição de decreto que as regulamente; neste sentido, há uma minuta de decreto em análise no GPG, sendo que as atividades típicas executadas por esses núcleos são desempenhadas atualmente pelo Departamento de Administração e pelo Centro de Recursos Humanos da PGE.

O cotidiano laboral no órgão possui algumas peculiaridades próprias, caracterizadas por um dinamismo constante, principalmente por envolver também atividades que demandam contato direto com o público. Diariamente, os colegas que ali atuam realizam audiências objetivando a instrução dos procedimentos disciplinares, promovem atendimento a advogados, prestam informações a autoridades administrativas e judiciais. Essas atividades não raro constituem-se em verdadeiros desafios que se colocam à frente dos colegas. Embates com os defensores, testemunhas com intuito de distorcer os fatos, acusados com espírito provocativo, enfim, há uma gama de circunstâncias que exige do Procurador do Estado firmeza de atitude e, sobretudo, muita inteligência emocional.

O dinamismo também se revela pela natureza dos assuntos tratados na unidade, caracterizados pela sua diversidade. Os casos envolvendo abandono de cargo/função e inassiduidade representam um bom volume dos procedimentos em andamento, algo em torno de 20%. Procedimentos envolvendo acúmulo ilegal de cargos, utilização de documentos falsos<sup>6</sup>, ofensas verbais e físicas, também fazem parte do rol de irregularidades com que lidamos diariamente. Ao lado destas, não podemos deixar de mencionar casos gravíssimos, tais como o ingresso de drogas ilícitas e aparelhos de telefonia celular em presídios; envolvimento de servidores com integrantes de facções criminosas e fuga de presos; peculato; corrupção; pedofilia; fraudes em procedimentos licitatórios; e prática de atos de improbidade, entre outros.

Igualmente tramitam na PPD – e não são poucos – procedimentos envolvendo, num mesmo expediente, diversos acusados; ou então, casos nos quais se faz necessária a apreciação de inúmeras irregularidades. A tramitação processual é extremamente trabalhosa, já que implica a realização de vários interrogatórios, oitiva de inúmeras testemunhas, diversos defensores atuando no feito, avaliação de uma infinidade de condutas; além disso, exige-se do procurador o máximo cuidado na sua instrução, uma vez que um pequeno deslize poderá acarretar uma nulidade processual que, por sua vez, ensejará a perda de todo um desgastante trabalho.

5 Dispositivo de lei que atribui à Procuradoria Geral do Estado a realização dos procedimentos disciplinares punitivos

6 Principalmente atestados médicos falsos utilizados para justificar ausências ao serviço

A nova unidade foi implantada com inúmeros desafios a serem enfrentados. O primeiro deles é aprimorar, cada vez mais, o trabalho de uniformização na atuação dos procedimentos disciplinares. Para tanto, são realizadas reuniões técnicas periodicamente, o que tem permitido uma grande troca de informações e experiências entre os integrantes do órgão, inclusive com a formulação de deliberações para uma atuação mais conjunta. Essa uniformização também envolve a adoção de formas de condução do procedimento que permitam maior celeridade em sua tramitação – outro desafio a ser enfrentado – sem prejuízo das garantias decorrentes do princípio constitucional que consagra o direito à ampla defesa.

O aprimoramento das apurações preliminares<sup>7</sup> também é um dos grandes objetivos da unidade. Nem sempre as apurações realizadas no âmbito das Secretarias permitem a indene instauração do procedimento punitivo, o que implica a devolução do expediente à origem, para sua complementação, a acarretar atrasos na tramitação do procedimento, além de exigir do Procurador do Estado um trabalho hercúleo de indicar em cada caso quais elementos são imprescindíveis para a elaboração da portaria inicial. Neste sentido, estão em andamento tratativas com as Pastas, no sentido de se organizar reuniões com os responsáveis pelas apurações preliminares, a fim de se promover um intercâmbio de informações que fatalmente trará resultados positivos para a Administração.

Também é interessante mencionar que a Lei Complementar nº 1.183 atribuiu à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares a competência para o processamento dos procedimentos disciplinares envolvendo as autarquias. Trata-se de nova atribuição, pois, até então, aqueles eram conduzidos no âmbito dos próprios entes autárquicos. A peculiaridade aqui é que a grande maioria dos empregados destes é contratada pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que possui princípios próprios e aspectos que, em certos casos, divergem das regras aplicadas aos estatutários.

Com estas considerações, espero ter retratado minimamente as particularidades que norteiam a atuação da PPD. Muito já foi conquistado, mas novos avanços são necessários. A equipe que a compõe – Procuradores, funcionários, colaboradores – está empenhada em atingir as metas que se colocam à nossa frente, razão pela qual também aproveito para externar a ela meus agradecimentos pela colaboração e dedicação em construir diariamente a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

RICARDO KENDY YOSHINAGA

Procurador do Estado

Respondendo pelo expediente da

Procuradoria de Procedimentos Disciplinares

<sup>7</sup> Art. 265 da Lei Estadual nº 10.261/68

### **Cursos do Centro de Estudos**

**08 a 29.05** – Curso de Adaptação à Área da Consultoria Geral.

**18.06** – Curso de Adaptação à Carreira de Procurador do Estado.

### **Eventos do Centro de Estudos**

**07.06** – III Encontro de Procuradores do Estado da Área do Contencioso Geral, em São Paulo.

**18.06** – Curso de Adaptação à Carreira de Procurador do Estado.

**27 a 28/06** – I Encontro de Servidores das Procuradorias Regionais de Ribeirão Preto e São Carlos.

### **Eventos em parceria com outras instituições**

**02 a 03.05** – Treinamento da utilização do Sistema PGE-NET - Turma 2 – PJs e PR-8, em parceria com a Softplan.

**21 a 24.05** – Treinamento da utilização do Sistema PGE-NET em Brasília, em parceria com a Softplan.

**06 a 08.05** – Treinamento da utilização do Sistema de Execução Fiscal (agenda) - Turma 1 – PR-1, em parceria com a Softplan.

**08 a 10.05** – 1º Congresso Internacional de Direito Processual Civil – Presidente Prudente, em parceria com Sergio Lualri Mei.

**09.05** – Workshop Zênite de Contratação Pública, em parceria com Zênite Informação e Consultoria S.A.

**10 a 24.05** – Certificação Digital e Procedimento Eletrônico, em parceria com a Escola Superior de Advocacia.

**16 a 18.05** – XI Congresso Internacional de Direito Constitucional, em parceria com a Escola Brasileira de Estudos Constitucionais – EBEC.

**17.05** – Curso Concessões e PPPs – melhores práticas em licitações e contratos, em parceria com Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados.

**22 a 24.05** – XIII Congresso Brasileiro de Direito do Estado, em parceria com Instituto Brasileiro de Direito do Estado – IBDP.

**23 a 24.05** – 11º Fórum Brasileiro de Contratação e Gestão Pública, em parceria com Editora Fórum.

**23 a 24.05** – XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, em parceria com Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC.

**08, 15, 22 e 29.06** – Curso Desenvolvimento de Liderança, em parceria com o SENAC Presidente Prudente.

**11.06** – Curso de Contabilidade Pública e Controle Orçamentário, em parceria com Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM.

**13.06** – Curso “Aspectos jurídicos da inscrição de débitos na dívida ativa e inclusão de dados no Sistema da Dívida Ativa da PGE”, Subprocuradoria Geral da Área do Contencioso do Tributário Fiscal com o apoio do Centro de Estudos da PGE.

**17 a 18.06** – XVII Conferência Anual de Direito e Economia – Rio 2013, em parceria com a Associação Latino-Americana e Ibérica de Direito e Economia.

**18 a 20.06** – Conferência e Feira de Geomática e Soluções Geoespaciais, em parceria com Editora Mundo GEO Ltda.

**27.06** – Curso sobre o RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas, em parceria com Dialética – Edições, Eventos e Cursos.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL.

AUTOS Nº 0046544-04.2011.8.26.0053  
PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – FESP, devidamente qualificada nos autos em epígrafe, em que litiga contra M. A. F., vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio do Procurador do Estado que subscreve a presente, apresentar **CONTESTAÇÃO** ao pedido formulado na inicial, com base nos fatos e fundamentos jurídicos expostos a seguir.

#### RESUMO DA INICIAL

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por M. A. F. contra a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, em que questiona o ato que o exonerou do cargo de Professor de Educação Básica II, em função das avaliações de desempenho no estágio probatório.

Ao final, pleiteou a invalidação do ato que o exonerou do cargo de Professor de Educação Básica II, com a conseqüente reintegração no cargo, bem como a condenação da ré no pagamento dos vencimentos referente ao período entre a data de sua exoneração (16/08/2011) até a efetiva reintegração no cargo, assim como todos os efeitos legais (aposentadoria, adicionais por tempo de serviço, sexta parte, licença-prêmio, pontuação no processo de atribuição de classes e aulas e etc.).

Postulou, ainda, a condenação da ré no pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como nos honorários advocatícios a serem arbitrados judicialmente.

Conforme será adiante demonstrado, a pretensão do autor deverá ser julgada improcedente.

#### DO MÉRITO

– Da observância das formalidades essenciais

É cediço que o âmbito de controle judicial do ato que exonerou servidor em estágio probatório deve recair sobre **(a)** a competência da autoridade responsável pelo ato e **(b)** a observância das formalidades essenciais.

Portanto, cabe indagar se o ato impugnado teria sido realizado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial? Evidente que não.

Isso porque, conforme se depreende dos dispositivos legais citados na decisão questionada [art. 6º, § 2º, do Decreto nº 52.344/2007 e 14 da Resolução SE nº 66/2008], o Secretário da Educação possui competência para exonerar os servidores públicos que não foram considerados aptos na avaliação realizada no estágio probatório.

De outro lado, a possibilidade de exoneração do servidor público não estável, por inaptidão para o exercício do cargo, está prevista no artigo 41, § 4º, da Constituição da República, bem como no artigo 6º, § 3º, do Decreto nº 52.344/2007 e 14, § 1º, da Resolução SE nº 66/2008.

As formalidades essenciais, por seu turno, foram rigorosamente observadas pela autoridade competente, notadamente no que se refere à instauração de processo administrativo em que foi franqueada a possibilidade da parte se defender, nos termos do artigo 13 e parágrafos da Resolução nº 66/2008 [documento anexo].

O ato que exonerou o autor mostra-se devidamente fundamentado, tendo-se reportado aos dispositivos legais cabíveis, bem como ao apurado no processo administrativo.

Quanto a este último, o Relatório Final da Comissão de Desempenho no Processo nº 2024/0003/2010, referente à Avaliação do Estágio Probatório, concluiu que o autor não possuía competência para exercer as funções do magistério, razão pela qual deveria ser exonerado.

Outra não poderia ter sido a conclusão da Comissão de Desempenho, já que o autor extrapolou o número de faltas permitido no período de Estágio Probatório, prejudicando com isso o desempenho escolar de seus alunos.

Durante o período de estágio probatório, o autor apresentou as seguintes ausências:

Ano	Faltas			Total	Faltas	Total
	Justificadas	Injustificadas	Médicas		Abonadas	
2008	11	17	02	30	06	36
2009	13	14	---	27	06	33
Até 1/6/10	06	11	---	17	02	19

Neste particular, convém ressaltar que o autor foi alertado, em 09/06/2008, pela Diretora da E.E. Lourival Gomes Machado, sobre as inúmeras faltas e constantes atrasos, os quais estavam prejudicando os alunos das duas primeiras aulas.

Em 16/09/2009, o autor foi novamente advertido por causa das constantes faltas e atrasos que comprometiam o cumprimento da proposta do conteúdo de Física em 2009.

Apesar das advertências sofridas, o autor continuou faltando às aulas, extrapolando, com isso, o limite máximo permitido no período de estágio probatório, recebendo no item assiduidade pontuação zero.

Nem se argumente que o autor teria precisado acompanhar o filho em tratamento médico, pois, conforme restou esclarecido no Relatório da Comissão de Avaliação Especial de Desempenho da E.E. Fernão Dias Paes [documento anexo], caso “*o professor precisasse comparecer a reuniões de avaliação e consultas, conforme alegado, tais ausência deveriam constar em sua ficha 100 como Faltas Médicas (fls. 19), situação não notada. Nas fichas 100 de 2009 (fls. 20) e 2010 (fls. 22), não foram registradas faltas médicas*”.

Além disso, de acordo com o Parecer Conclusivo da Comissão Central de Avaliação Especial de Desempenho da Diretoria de Ensino [documento anexo], o autor deixou de cumprir corretamente suas obrigações no magistério, ao entregar as “*tarjetas fora do prazo solicitado, prejudicando o bom andamento dos registros das notas nas fichas individuais que seriam utilizadas no Conselho de Classe*”.

Também é necessário asseverar que o autor não compareceu nas principais reuniões e decisões da escola, além de não ter devolvido a documentação da Unidade Escolar (Diários de Classes), obrigando a Direção a enviar-lhe telegramas solicitando o cumprimento destas pendências.

Merece ainda ser destacado o fato de que o autor se recusava a utilizar o material didático enviado pela Secretaria do Estado da Educação, optando por realizar um programa próprio de ensino, apesar de expressa determinação em sentido contrário por parte da Direção da Escola.

Dessa forma, se nulidade não há, o que resta para exame é o **mérito do ato administrativo**, o que se apresenta fora do controle judicial.

Essa linha de raciocínio nos aproxima de aresto prolatado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0016486-75.2008.8.26.0068, decidiu:

*ACÃO ORDINÁRIA. Estágio probatório de servidor público. Ausência de vícios na realização das avaliações e na condução do procedimento administrativo. Discricionariedade da Administração Pública quanto à exoneração ou permanência do servidor. Re-*



*curso improvido. Sentença mantida.* (Apelação Cível nº 0016486-75.2008.8.26.0068, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Luís Sérgio Fernandes de Souza, j.13.02.2012)

Do voto proferido pelo eminente Desembargador Luís Sérgio Fernandes de Souza é possível verificar trecho onde se afirma que, em se tratando de impugnação de ato que exonera servidor público no período de estágio probatório, o controle judicial somente pode versar sobre a existência de eventual ilegalidade:

*Ora, é fácil verificar, pelo compulsar dos autos, a série de advertências, faltas e reclamações que pesavam contra o apelante, em razão do que o desempenho do servidor foi avaliado como insatisfatório, em vários quesitos, no período compreendido entre fevereiro e julho de 2006. Vê-se que também obteve avaliação insatisfatória em todos os quesitos, diga-se de passagem, no período compreendido entre agosto de 2006 e janeiro de 2007 (fls. 257 a 258).*

*De mais a mais, não se vislumbra, como alegou o apelante, vício ou irregularidade na realização das avaliações, tampouco na condução do procedimento administrativo que culminou com a exoneração.*

*Com efeito, deu-se oportunidade para o autor manifestar a sua discordância em relação às avaliações feitas. Considerando que o servidor não atingiu a pontuação necessária à confirmação no cargo, instaurou-se procedimento administrativo, dando-se ciência ao interessado, inclusive para fins de defesa, que foi efetivamente exercida. Sucede que as razões expostas não convenceram a Administração Pública de Santana de Parnaíba.*

*E não cabe aqui avaliar se as razões apresentadas pelo servidor são razoáveis ou não, legítimas ou ilegítimas, pois se está no campo da discricionariedade, reservado ao administrador público.*

*Entendeu a Municipalidade, longe de questionar o direito do servidor de justificar um determinado número de faltas observado o limite legal, que o serviço municipal precisa de pessoas comprometidas com o interesse público, acrescentando que não convém ao bom andamento dos trabalhos, na Escola, a conduta daquele que falta sistematicamente, ainda que sob o pálio do limite de faltas previsto em lei. E não será o Judiciário a dizer o contrário, invadindo seara que não lhe está reservada.*

*Vê-se, em suma, que a Administração constatou, no uso legítimo de suas atribuições, a inadequação do desempenho do funcionário face aos requisitos para a aprovação no estágio probatório, razão por que decidiu pela sua exoneração, nos exatos termos do artigo 66, incisos e parágrafos, da Lei Complementar nº 001/95, de Santana de Parnaíba, com a redação que lhe deu a LC 029/04.*

Sendo assim, considerando que a exoneração questionada pelo autor observou todas as formalidades legais, impõe-se que a demanda seja julgada improcedente.

## – Da desnecessidade de Lei Complementar para dispor sobre critérios para a aquisição da estabilidade

O artigo 41, § 4º, da Constituição da República, estabelece que a aquisição da estabilidade do servidor público depende da avaliação especial de desempenho por comissão instituída por essa finalidade.

Art. 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.

Como se vê, o preceito constante do artigo 41, § 4º, da Constituição da República, não exige a necessidade de regulamentação por meio de Lei Complementar para estabelecer as condições necessárias para que o servidor público adquira a estabilidade.

Na realidade, a disposição invocada na petição inicial (artigo 41, § 1º, III, da CF) versa sobre a avaliação periódica que leva à perda do cargo de servidor estável, ou seja, não guarda nenhuma relação com a hipótese discutida nestes autos, que trata de exoneração do servidor público em estágio probatório.

*Art. 41 (...)*

*§ 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.*

Evidente, portanto, que o autor partiu de uma premissa equivocada para sustentar a invalidade do Decreto nº 52.344/2007, **pois a regra prevista no artigo 41, § 1º, inciso III, da Constituição da República, versa sobre a perda de cargo por servidor estável.**

Sendo assim, considerando que o texto constitucional não estabelece nenhuma reserva de lei para dispor sobre os critérios de avaliação dos servidores públicos em estágio probatório, não há que se falar em invalidade do Decreto nº 52.344/2007.

## – Da inexistência de ofensa ao princípio da impessoalidade

Igualmente infundada a alegação de que o Decreto nº 52.344/2007 teria ofendido o princípio da impessoalidade, sob o argumento de não haver ato normativo fixando os critérios para a avaliação de servidores em estágio probatório em outras carreiras estaduais.

O estágio probatório, regulamentado pelo Decreto nº 52.344/2007 e pelas Resolução SE nº 66 /2008 (alterada pela Resolução SE nº 79/2008), possui o escopo de submeter o integrante do Quadro de Magistério, nomeado por concurso público, a avaliações periódicas de desempenho.

O preceito constante do artigo 7º, inciso I, da Resolução SE nº 66/2008 (alterada pela Resolução SE nº 79/2008), estabelece os requisitos utilizados na avaliação do docente em estágio probatório:

*Artigo 7º - A Avaliação Especial de Desempenho processar-se-á de acordo com os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, contraditório e de ampla defesa e deverá obedecer aos requisitos estabelecidos no artigo 3º do Decreto nº 52.344, de 09 de novembro de 2007, avaliados pelos indicadores abaixo relacionados e constantes das Fichas anexas à presente Resolução:*

*I - Assiduidade: Índice de frequência anual do servidor ao trabalho, excetuando-se as faltas abonadas, na seguinte conformidade:*

*a) 0 faltas = 10 pontos.*

*b) 1 falta = 9 pontos.*

*c) 2 faltas = 8 pontos.*

*d) 3 faltas = 7 pontos.*

*e) 4 faltas = 6 pontos.*

*f) 5 faltas = 5 pontos.*

*g) 6 faltas = 4 pontos.*

*h) 7 faltas = 3 pontos.*

*i) 8 faltas = 2 pontos.*

*j) 9 faltas = 1 ponto.*

*k) 10 e acima de 10 faltas = zero ponto.*

*II - Disciplina: Cumprimento dos horários e entrega das solicitações feitas pela Unidade Escolar e Diretoria de Ensino, nos prazos estipulados e constantes dos calendários.*

*III - Capacidade de Iniciativa: Apresentação de propostas novas, não rotineiras para as demandas oriundas de atribuições do servidor, nas relações com os alunos, com o Diretor de Escola, Professor Coordenador, Supervisor de Ensino e pais de alunos.*

*IV - Responsabilidade: Criação de condições para o bom desempenho dos alunos e demais responsáveis pelo processo de ensino e gestão escolar; comprometimento com os objetivos pactuados nos planos de trabalho da Unidade Escolar e da Diretoria de Ensino, de acordo com as metas da Secretaria da Educação.*

*V - Comprometimento com a Administração Pública: Participação nos projetos especiais da Secretaria de Estado da Educação, adotados pela Unidade Escolar e/ou Diretoria de Ensino; participação nos cursos de capacitação oferecidos pela Secretaria da Educação.*

*VI - Eficiência: Apresentação, na prática, de cumprimento do contido nas propostas curriculares; uso adequado dos materiais pedagógicos e outros materiais disponibilizados pela Secretaria da Educação; apresentação de bom nível de rendimento no exercício de suas atribuições.*

*VII - Produtividade: Apresentação de contribuições para a melhoria do nível de desempenho dos alunos, da Unidade Escolar e da Diretoria de Ensino; contribuição para o bom relacionamento entre alunos, pais e servidores, no exercício de suas atribuições; demonstração de competência na superação de obstáculos não previstos.*

Ora, o simples fato de haver legislação disciplinando os critérios de avaliação dos integrantes do Quadro de Magistério da Secretaria da Educação em estágio probatório não significa que exista ofensa ao princípio da impessoalidade, notadamente porque todos os servidores que estiverem na mesma situação se sujeitarão às regras existentes.

Na verdade, a legislação que regulamenta a avaliação dos servidores públicos em estágio probatório concretiza o princípio da impessoalidade, ao estabelecer critérios aplicáveis aos servidores que se encontrarem na mesma situação.

Sobre o princípio da impessoalidade, o eminente professor José dos Santos Carvalho Filho ensina que se trata de norma que objetiva conferir o mesmo tratamento aos administrados que se encontrarem na mesma situação jurídica.

*A referência a este princípio no texto constitucional, no que toca ao termo impessoalidade, constituiu uma surpresa para os estudiosos, que não o empregavam em seus trabalhos. Impessoal é “o que não pertence a uma pessoa em especial”, ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas.*

*O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. (Manual de Direito Administrativo, 15ª edição, Malheiros, p. 17)*

No caso em exame, a observância ao princípio da impessoalidade decorre do fato de que todos os servidores do Quadro do Magistério da Secretaria da Educação foram submetidos aos critérios de avaliação estabelecidos pelo Decreto nº 52.334/2007.

Oportuno ressaltar que os critérios de avaliação estabelecidos pelo Decreto nº 52.334/2007 atendem ao interesse público, na medida em que permite aferir, de forma objetiva, os servidores públicos que não demonstraram aptidão para o exercício da docência.

Tampouco procede o argumento de que os servidores públicos das demais carreiras seriam privilegiados pelo fato de não existir legislação estabelecendo os critérios de avaliação durante o estágio probatório.

Isso porque a ausência de legislação fixando os critérios que deverão nortear a avaliação do servidor público em estágio probatório não impede a Administração Pública de exonerar os servidores públicos que foram considerados inaptos para o exercício do cargo.

Constata-se, desta forma, que o Decreto nº 52.334/2007 apenas explicitou os critérios de avaliação dos docentes em estágio probatório, não havendo nenhum prejuízo em relação aos demais servidores públicos, que também devem ser avaliados para serem confirmados no serviço público.

#### **– Da validade do Decreto nº 52.334/2007**

Os critérios fixados pelo Decreto nº 52.334/2007 e pela Resolução SE nº 66/2008 (alterada pela Resolução SE nº 79/2008) estão em conformidade com a legislação estadual que estabelece os deveres dos docentes (art. 63 da Lei Complementar nº 444/86 e 241 da Lei Estadual nº 10.261/68).

Bem por isso, não procede a afirmação de que as disposições constantes do artigo 3º, incisos III, V e VII, do Decreto nº 52.334/2007, padeceriam de ilegalidade.

Tais dispositivos encontram fundamento no artigo 241, incisos II e III, da Lei Estadual nº 10.261/68, bem como no artigo 63, incisos III e IV, da Lei Complementar nº 444/86. Senão, vejamos:

*Art. 241 - São deveres do funcionário:*

*(...)*

*II - cumprir as ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais;*

*III - desempenhar com zelo e presteza os trabalhos de que for incumbido;*

....

*Art. 63 – O integrante do Quadro do Magistério tem o dever constante de considerar a relevância social de suas atribuições mantendo conduta moral e funcional adequada à dignidade profissional, em razão da qual, além das obrigações previstas em outras normas, deverá: (...)*

*III – empenhar-se em prol do desenvolvimento do aluno, utilizando processos que acompanhem o progresso científico da educação*

*IV – participar das atividades educacionais que lhe forem atribuídas por força de suas funções;*

Como se não bastasse a compatibilidade do Decreto nº 52.334/2007 e da Resolução SE nº 66/2008 (alterada pela Resolução SE nº 79/2008) com a legislação que prevê os deveres dos servidores públicos, é inquestionável que os fatos apurados no processo administrativo que culminou na exoneração do autor evidenciam claramente que ele não atendeu aos requisitos mínimos para ser confirmado no cargo de Professor de Educação Básica II.

## REQUERIMENTO

Diante de todo o exposto, requer-se que a pretensão do autor seja julgada totalmente improcedente, com a consequente extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), condenando-o no pagamento dos ônus da sucumbência.

Protesta provar os fatos alegados por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de documentos novos, bem como as que se fizerem necessárias ao deslinde da controvérsia.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 02 de maio de 2012.

**DANIEL ARÉVALO NUNES DA CUNHA**  
**Procurador do Estado**  
**OAB/SP N° 227.870**

**PROCESSO Nº: CLASSE 0046544-04.2011.8.26.0053**  
**ASSUNTO: PROCEDIMENTO ORDINÁRIO - NULIDADE / ANULAÇÃO**  
**REQUERENTE: M.A.F.**  
**REQUERIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**JUSTIÇA GRATUITA**

**JUIZ(A) DE DIREITO: DR(A). MARCOS DE LIMA PORTA**

Vistos.

M. A. F., qualificado nos autos, move ação pelo rito ordinário em face do ESTADO DE SÃO PAULO.

Alega, em síntese, que foi exonerado indevidamente do serviço público estadual porque não foi submetido a um processo administrativo disciplinado por lei complementar, e o processo de avaliação para a obtenção da estabilidade previsto em normas infralegais dá margem ao subjetivismo. Quer, pois, a invalidação desse ato exoneratório e a condenação do requerido no pagamento de dano material, além das verbas de sucumbência.

O requerido foi citado e apresentou contestação. Em síntese, afirma que são descabidas as alegações iniciais porque dissociadas do direito em vigor. Quer a improcedência.

Em réplica foram repelidas as alegações feitas.

As partes entenderam que o feito deve ser julgado no estado em que se encontra.

Esse é o relatório.

DECIDO.

A lide comporta julgamento antecipado.

A pretensão inicial é improcedente.

Isso porque a postura administrativa questionada guarda amparo no sistema jurídico em vigor notadamente no art. 41, par. 4º da Constituição Federal.

O requerido acabou por disciplinar no plano da infralegalidade o processo administrativo atinente à avaliação especial de desempenho para o fim de aquisição da estabilidade.

O autor se submeteu a este processo com todas as garantias a ele inerentes e, ao final, a comissão concluiu pela inaptidão do autor para o cargo.

Conforme já mencionado, nenhuma ilegalidade ocorreu, nem a atuação do requerido foi subjetiva, visto que os motivos que ensejaram os atos administrativos expedidos encontram-se presentes, são razoáveis e lógicos perante o direito.

A tese da exigência de lei complementar não merece subsistir.

Isso porque o inciso III faz parte do par. 1º, do art. 41 que trata dos servidores públicos estáveis, situação jurídica na qual o autor não se encontrava.

Acresçam as afirmações feitas na contestação, aqui adotadas como parte integrante desta decisão.

Nesse sentido, torno prejudicado o segundo pedido de indenização por dano material.

Pelo exposto, julgo improcedente a pretensão inicial e, em consequência, extingo o processo com resolução do mérito, com base no art. 269, inciso I, do CPC.

Condeno o requerido no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios da parte contrária que ora fixo em 10% do valor da causa, observado o art. 12 da Lei nº 1060/50. [sic].

P.R.I.

São Paulo, 06 de julho de 2012.



**Registro: 2013.0000130870**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046544-04.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M. A. F., é apelado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente) e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 13 de março de 2013.

**PONTE NETO**  
**RELATOR**

**VOTO Nº 1.161****APELAÇÃO Nº 0046544-04.2011.8.26.0053****APELANTE: M. A. F.****APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - Professor da Educação Básica II - Ação voltada à desconstituição de ato administrativo que determinou sua exoneração durante o estágio probatório e condenação da ré no pagamento de dano material - Ação julgada improcedente - Servidor público exonerado, 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 dispensa do servidor público - R. sentença mantida, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno/2009 - Apelo improvido.

1. Trata-se de ação ordinária movida por **M. A. F.**, Professor da Educação Básica II, que exercia o cargo na Secretaria de Estado da Educação, em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, objetivando a invalidação do ato exoneratório ocorrida em Avaliação do Estágio Probatório, com a condenação da ré no pagamento de dano material, além das custas e demais despesas processuais, bem como em honorários advocatícios.

A r. sentença de fls. 186/188 julgou improcedente o pedido do autor, com base no artigo 269, I, do CPC, condenando-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado à causa, observado o artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformado, apela o autor, pleiteando sua reintegração ao cargo, sustentando, em síntese, que **(a)** o Decreto nº 52.344/2007, que regulou a avaliação de desempenho do apelante é inconstitucional, pois contraria o artigo 41 § 1º, inciso III, da Constituição Federal, porque para regulamentar a avaliação de desempenho, é necessário a edição de lei complementar; e **(b)** o Relatório Final da Comissão de Desempenho, que concluiu que o apelante não possuía competência para exercer as funções do magistério, é injusto e com critérios subjetivos, existindo clara ofensa ao princípio da impessoalidade, porque se baseou apenas no limite de faltas, imposto pelo decreto, e porque o apelante utilizou seu próprio programa de ensino, recusando a utilização do material didático enviado pela Secretaria de Estado da Educação (fls. 191/194).

**É O RELATÓRIO.**

2. A r. sentença deve ser mantida, porque foram observados todos os trâmites legais atinentes à exoneração do servidor público em estágio probatório.

Aliás, leciona Hely Lopes Meirelles nestes termos:

*“Estágio probatório é o período de exercício do servidor durante o qual é observado e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência, etc.) (...) Comprovado durante o estágio probatório que o funcionário não satisfaz as exigências legais da Administração ou que seu desempenho é ineficaz, pode ser exonerado justificadamente pelos dados colhidos no serviço, na forma legal, independentemente de inquérito administrativo, isto é, de processo administrativo disciplinar, mesmo porque não se trata de punição. Por isso, essa exoneração não é penalidade, não é demissão; é simples dispensa do servidor, por não convir à Administração a sua permanência, uma vez que seu desempenho funcional não foi satisfatório nessa fase experimental, sabiamente instituída pela Constituição para os que almejam a estabilidade no serviço público. (...) Se a administração não pudesse exonerar o servidor em fase de observação, nenhuma utilidade teria o estágio probatório, criado precisamente para se verificar, na prática, se o candidato à estabilidade confirma aquelas condições teóricas de capacidade que demonstrou no concurso. Somente quando se conjugam os requisitos teóricos de eficiência com as condições concretas de aptidão prática para o serviço público, nesta incluída o desempenho no estágio experimental, é que se ‘titulariza o funcionário para o cargo’, na feliz expressão de Waline” (v. “Direito Administrativo Brasileiro”, 33ª edição, Malheiros Editores, 2007, pp. 447/448).*

Assim, de fato, as razões recursais do apelante não infirmam os elementos de convicção da r. sentença recorrida, cujos fundamentos ficaram ratificados, conforme artigo 252 do Regimento Interno deste tribunal, e parcialmente transcritos abaixo:

*“A pretensão inicial é improcedente. Isso porque a postura administrativa questionada guarda amparo no sistema jurídico em vigor notadamente no art. 41, par. 4º da Constituição Federal. O requerido acabou por disciplinar no plano da infralegalidade o processo administrativo atinente à avaliação especial de desempenho para o fim de aquisição da estabilidade. O autor se submeteu a este processo com todas as garantias a ele inerentes e, ao final, a comissão concluiu pela inaptidão do autor para o cargo. Conforme já mencionado, nenhuma ilegalidade ocorreu, nem a atuação do requerido foi subjetiva, visto que os motivos que ensejaram os atos administrativos expedidos encontram-se presentes, são razoáveis e lógicos perante o direito. A tese da exigência de lei complementar não merece subsistir. Isso porque o inciso III faz parte do par. 1º, do art. 41 que trata dos servidores públicos estáveis, situação jurídica na qual o autor não se encontrava. Acresçam as afirmações feitas na contestação, aqui*

*adotadas como parte integrante desta decisão. Nesse sentido, torno prejudicado o segundo pedido de indenização por dano material.” (fls. 187/188).*

Em suma, não se delineando aqui exoneração arbitrária ou apartada dos preceitos legais pertinentes, carece realmente de suporte fático e jurídico a reintegração, merecendo prevalecer a r. sentença de improcedência da ação.

3. Ante o exposto, nego provimento ao apelo e mantenho a r. sentença, com fundamento no artigo 252 do Regimento Interno/2009.

**PONTE NETO**

**Relator**



## 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**

PROCESSO: PGE nº 1000726-228496/2009 (GG no 1283/2007)

Apenso PGE nº 16847-1065420/2012 (GG nº 2126/2006)

PARECER: PA Nº 005/2013

INTERESSADAS: E.B. e L.B.B.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANTECEDENTES FUNCIONAIS. REINCIDÊNCIA.** Na esfera disciplinar, configura-se a **reincidência** quando o servidor **comete novo ilícito depois de esgotada, no âmbito administrativo, a possibilidade de recurso voluntário** contra a decisão que o julgou culpado **por falta anterior**.

Para que se possa, em sede de dosimetria, invocar “**maus antecedentes**” do apenado, devem se verificar, **cumulativamente**, os seguintes requisitos: **a) falta disciplinar cometida anteriormente à infração** objeto do processo em fase de julgamento; **b) decisão responsabilizando o agente** pela falta anterior (tal como definida no item “a”); **c) tal decisão condenatória não estar mais sujeita a recurso voluntário no âmbito administrativo no momento do julgamento do feito disciplinar** referente ao ilícito posterior.

1 – Os presentes autos documentam processo disciplinar instaurado em desfavor de E.B. e L.B.B., que titularizaram, respectivamente, os cargos de Assessor Técnico de Gabinete e Assistente Técnico de Gabinete I, do Quadro da Casa Civil, nos termos da Portaria de fls. 68 a 70.

2 – Após o regular trâmite do feito disciplinar, veio a ser proferida, pelo Secretário Chefe da Casa Civil, a decisão de fls. 324/325, aplicando a ambas as indiciadas a pena de demissão a bem do serviço público. No tocante a E.B.B., porém, foi determinada a suspensão da execução do ato punitivo, face à sua precedente exoneração.

3 – Às fls. 330 a 337, a apenada E.B. interpõe “pedido de reconsideração”, com vistas à reforma da decisão punitiva.

4 – Remetidos os autos à Assessoria Jurídica do Governo, veio a ser emitido o Parecer AJG nº 577/2012 (fls. 382 a 389), cuja conclusão é no sentido da viabilidade do recebimento do pedido como recurso, negando-se-lhe, porém, provimento quanto ao mérito.

5 – Às fls. 390/391, o Procurador do Estado Assessor Chefe do mencionado órgão jurídico assim se manifesta a propósito da peça opinativa em causa:

“Aprovo o parecer retro quando demonstra que o recurso interposto pela interessada E. comporta conhecimento, eis que atendidos seus requisitos de admissibilidade. No mérito, todavia, entendo que um dos tópicos suscitados pelo recurso está a merecer análise mais detida.

Com efeito, sustenta a recorrente (fls. 336) que não poderia ser aqui invocada reincidência para fins de dosimetria, pois as condutas que lhe são imputadas teriam ocorrido em data anterior ao julgamento vindo a lume no processo GG 2126/2006. Alude, para tanto, à regra constante do artigo 63 do Código Penal (CP) e a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. De minha parte, permito-me adicionar que, em matéria penal, também os antecedentes a que alude o artigo 59, “caput”, do CP, devem preceder o respectivo fato delituoso. (cf. Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, 9 ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 395).

Considerando que, no tocante a antecedentes, para o fim em exame, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo limita-se à regra de seu artigo 307, encaminhem-se os autos à Procuradoria Geral do Estado com proposta de, em face do interesse geral para a Administração, pronunciar-se sobre a possibilidade jurídica de, em sede de dosimetria, invocar-se punição ou fato desabonador posteriores à data em que praticado o possível ilícito disciplinar.”

6 – Remetidos os autos à Procuradoria Geral do Estado, o Subprocurador-Geral da Área de Consultoria, às fls. 395, os encaminha a esta Especializada, “para análise e emissão de parecer”.

### **Relatados, passamos a opinar.**

7 – Inicialmente, trazemos à colação dois excertos doutrinários que abordam o instituto da **reincidência no âmbito do Direito Penal**, na forma que segue:

“A reincidência passou a ser considerada como circunstância de elevação da pena a partir da segunda metade do século XVIII, enfrentando, no início, a resistência daqueles que possuíam visão exclusivamente retributiva da pena; afinal, para essa posição, a sanção penal deve guardar absoluta proporcionalidade com o crime, pouco importando o que o agente fez anteriormente. Ocorre que, com o passar do tempo, a reincidência afirmou-se como causa para aumentar a pena, uma vez que se passou a levar em consideração o **caráter preventivo especial da sanção penal**, notando-se que **a pena anterior teria sido insuficiente, motivo pelo qual o autor tornou a delinquir** (reincidência), necessitando, pois, de pena mais severa. Está atualmente presente na maior parte da legislação penal.

.....

(...) o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica está a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: ‘A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial’.

Entretanto, nada obstaculiza a elevação da pena-base porque o réu possui maus antecedentes e, depois, novamente, por conta da reincidência, como agravante, se há condenações **distintas** em número suficiente para tal procedimento.” (grifos do autor e nossos (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Individualização da Pena, 5 ed., São Paulo, RT, 2013, pp. 195/196).

“São circunstâncias agravantes, reveladoras de particular culpabilidade do agente, que aumentam a reprovação que a ordem jurídica faz pesar sobre ele, em razão de seu crime, as abaixo apontadas:

#### A reincidência

Conforme o Código Penal (art. 63), é reincidente quem comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, ou quem pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção (art. 7º da LCP).

.....

**O que fundamenta a reincidência é o suposto desprezo do criminoso às solenes advertências da lei e da pena**, e a necessidade de reagir contra esse mau hábito (*consuetudo delinquendi*) revelador de especial tendência antissocial. ‘Assim é que Dahm, ao formular o conceito de reincidência da alta Idade Média, pondera que decisivo era somente a habitualidade da delinquência (...). Nos séculos posteriores, todavia, **o conceito de reincidência, ligado à ideia de que *humanum est peccare, diabolicum perseverare***, começa a ser integrado pela exigência de uma condenação prévia, considerada como índice de desprezo do reincidente pela solene advertência da condenação ou da execução da pena, que, para além da inclinação criminosa do agente revelada pela reiteração dos fatos criminosos, traduziria uma especial tendência antissocial’.

Essa base filosófica foi apontada por Mirabete, ao argumentar que o indivíduo punido anteriormente, que voltar a delinquir, estará demonstrando, com sua conduta criminosa, que **a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo**. Há, disse ele, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide.

Por isso, o agravamento da situação penal do réu, no processo e não só da pena-base, em função da frequência da atividade criminosa, seja para elevar o prazo para a concessão do livramento condicional, para impedir a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, para determinar a imposição de regime de execução mais gravoso, dentre outras hipóteses transformou-se em **fundamento dogmático** de relevo entre



nós e que também aparece com maior ou menor intensidade, em todos os sistemas criminais.” (grifos do original e nossos) (JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, Das Penas e seus Critérios de Aplicação, 6 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 201 a 203).

8 – Conforme repisado nos excertos doutrinários reproduzidos, a reincidência é causa para aumentar a pena porque **a sanção anterior teria sido insuficiente** para dissuadir ou intimidar o criminoso, que tornou a delinquir, necessitando, pois, de pena mais severa.

8.1 – Sendo esse o critério essencial definidor do instituto, pode-se afirmar que, na seara criminal, a caracterização da reincidência tem como pressuposto necessário que **a prática do delito anterior e o trânsito em julgado da respectiva sentença condenatória** tenham se verificado, ambos, em **momento precedente ao delito posterior**, cuja pena se está a fixar.

Neste sentido, aliás, parece-nos bastante clara a redação do artigo 63 do Código Penal, que, na redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, dispõe:

“Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

9 – Passando ao exame da reincidência, no âmbito do direito administrativo disciplinar, inicialmente reproduzimos o voto vencedor proferido no Mandado de Segurança nº 7.792-DF (2001/0093517-0)<sup>1</sup>, que analiticamente esquadrinha a matéria, nos seguintes termos:

“EMENTA:

.....

A reincidência por infração funcional, embora não apresente os mesmos rigores da reincidência penal, requer punição anterior.

.....

VOTO:

.....

O autor também pretende que a pena de suspensão seja anulada, sob o argumento de que as infrações cometidas implicam em pena de advertência e que **a reincidência** que justifica a aplicação do art. 130, primeira parte, da Lei 8112/90, **não pode decorrer de fatos apurados dentro do mesmo processo administrativo**.

1 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Rel. Min. PAULO MEDINA, j. 24/03/2004.

Eis o teor do dispositivo legal:

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

A lei administrativa não define reincidência. Entretanto, o processo administrativo disciplinar, informado pelos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência do contraditório e da ampla defesa, determina que o acusado sofra as consequências dos atos somente após a comprovação definitiva da culpa.

Dessa forma, o Direito Penal, informado pelos mesmos princípios, pode trazer elementos que contribuam à solução do caso. (...)

Sobre o assunto, diz Egberto Maia Luz (in. Direito Administrativo Disciplinar, RT, 1992, p. 179):

‘Não podemos nesse passo vislumbrar profunda diferenciação com o que ocorre no Direito Penal, pois o instituto da reincidência nele está previsto (...)’

Busco subsídio, pois, no art. 63 do Código Penal:

Reincidência

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Na norma penal, a lei exige, expressamente, a condenação judicial, com trânsito em julgado, **por fato e em processo anteriores**. *Mutatis mutandis*, a reincidência administrativa deve obedecer às mesmas regras, vale dizer: **condenação administrativa por infração anterior, antes da prática do novo fato ilícito**.

A lei se refere a “fatos punidos”, não a fatos “puníveis”. Tratando de fatos punidos, a punição há de ser anterior. A reincidência não pode decorrer de fatos, mesmo que cronologicamente distantes, apurados no mesmo processo administrativo.

.....  
Ademais, em se tratando de pena de advertência, que visa “alertar” o servidor para que não cometa novas faltas, **o instituto estaria sendo reduzido, se se permitir a reincidência por fato punido com advertência, antes que esta fosse dada**.

**É a dimensão semântica do termo, o próprio significado da palavra, que requer esta interpretação.**

.....” (g.n.).

10 – Reportando-nos ao ensinamento jurisprudencial colacionado, podemos afirmar que a **REINCIDÊNCIA, na esfera disciplinar**, só se caracteriza quando

houver condenação administrativa por infração anterior, devendo ambas (a infração anterior e a condenação dela decorrente) – preceder a prática do novo fato ilícito.

11 – A próxima questão a ser enfocada consiste em identificar o momento a partir do qual o servidor apenado com sanção não demissória passa a ser considerado reincidente.

12 – Conforme acima exposto, no âmbito criminal, o infrator é considerado reincidente somente após o trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior.

12.1 – O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo é, porém, silente a respeito do tema.

13 – De outra parte, no âmbito do Direito Administrativo (no qual se insere o Direito Disciplinar) não é cabível falar-se em coisa julgada, a não ser em sentido impróprio.

13.1 – Com efeito: (i) diversamente da decisão judicial, que põe fim ao conflito de forma definitiva – formando, pois, coisa julgada em sentido material – a decisão administrativa não é definitiva, eis que pode ser revista pelo Poder Judiciário; (ii) mesmo quando esgotadas todas as instâncias recursais ou decorrido o prazo para o prejudicado recorrer na esfera administrativa, a Administração poderá, sob certas condições, rever seus próprios atos ilegais. A propósito, confira-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Direito Administrativo, 25 ed., pp. 802 a 805.

14 – Conforme destaca JOSÉ ARMANDO DA COSTA, “a aplicação subsidiária do Direito Penal no campo do Direito Disciplinar somente é admissível de forma bastante restritiva” (Direito Administrativo Disciplinar, Brasília, Brasília Jurídica, 2004, pp. 68/69).

14.1 – No entanto, no presente caso, por se tratar a reincidência de instituto transplantado para o direito disciplinar a partir de sua concepção e desenvolvimento no campo do direito penal, consideramos se possa na espécie recorrer à analogia com o direito penal para colmatar a mencionada lacuna das normas estatutárias.

15 – Nos termos do artigo 63 do Código Penal, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que (...) o tenha condenado por crime anterior”.

A partir de tal norma legal se pode, a nosso ver, inferir por meio de analogia que, na esfera disciplinar, configura-se a reincidência quando o servidor comete novo ilícito depois de esgotados os recursos legalmente previstos na via

**administrativa** (ou decorrido o prazo para a sua interposição), **relativamente a condenação por infração anterior**.

Neste caso, a norma expressa e aquela à qual se chegou por meio da analogia se revelam imbuídas do mesmo princípio básico e entrosadas na mesma ideia fundamental no tocante à essência, aos efeitos e à razão de decidir. (Cf. CARLOS MAXIMILIANO, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 12 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 212).

16 – Passamos a seguir à delimitação do conceito de **ANTECEDENTES**.

17 – Discorrendo sobre o tema, **na esfera do Direito Penal**, JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI preleciona:

“A palavra **antecedente** designa tudo o que **antecede**, isto é, aquilo que **está antes**, e, em direito penal, permite conhecer a **vita ante acta** do acusado, ou seja, a sua **folha corrida** certificada por servidor judiciário, com base nas informações cartorárias.

Por um largo período, os tribunais brasileiros, certamente preocupados com os elevados níveis de violência e de criminalidade, aceitaram que meros registros de ocorrência (BOs) ou inquéritos policiais instaurados, processos judiciais, em andamento, ou encerrados por sentenças, mesmo absolutórias ou extintivas da punibilidade, desabonassem os antecedentes.

Desde a primeira edição deste livro, posicionamo-nos contra esse entendimento, com amparo, (...) principalmente, na garantia da presunção de não culpabilidade (...), tudo porque, dizíamos, se assim não fosse, abrir-se-ia ‘(...) a possibilidade kafkiana de apenamento reflexo’, com o acusado recebendo ‘(...) em um processo punição determinada pela existência de outro, no qual poderia ser absolvido’.

Essa orientação (...) acabou predominando na doutrina e jurisprudência pátrias e foi recentemente sumulada pelo STJ (verbete nº 444) que veda ‘... **a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base**’.

O enunciado nada diz quanto aos processos pendentes e aos já encerrados com sentenças absolutórias ou extintivas da punibilidade, mas, bem considerada a *ratio* da Súmula, ela há de projetar seus efeitos também em relação a eles (...)

Então, para que os antecedentes possam ser negativizados, é preciso prova documental da **prática de infração no passado**, desde que o trânsito em julgado da respectiva sentença tenha ocorrido em **data anterior** à prática da nova infração (...)” (grifos do original e nossos) (op. cit., pp. 166/167).

18 – Conforme foi acima exposto, **não podem** ser **automaticamente** transplantadas normas e conceitos de um para outro ramo do direito sancionatório.

18.1 – No entanto, no presente caso, **(i)** conforme salientado pelo douto Procurador Chefe da AJG, o Estatuto não define o que sejam “antecedentes” e

(ii) trata-se do mesmo instituto (“antecedentes”) – ainda que haja nuances no seu delineamento, conforme se trate de norma integrante do ordenamento penal ou disciplinar.

18.2 – Parece-nos assim viável recorrer-se à analogia com o direito penal, na tentativa de especificar o que poderia ser considerado como “maus antecedentes”, na esfera disciplinar.

19 – A exemplo do Direito Penal, também na esfera disciplinar a palavra **antecedente** designa tudo o que **antecede**, isto é, aquilo que **está antes**, e se refere à **vita ante acta** do servidor acusado.

Assim, para imputar-se ao servidor “maus **antecedentes**”, só se podem considerar faltas cometidas **anteriormente** à prática da nova infração, sob pena de completa descaracterização do instituto.

20 – De outra parte, julgamos **inviável** levar à conta de **maus antecedentes** eventuais infrações disciplinares anteriores **pelas quais o agente ainda não tenha sido julgado** quando da decisão do PAD ou sindicância referente a ilícito posterior.

A propósito, reportamo-nos ao irrefutável argumento do autor citado, para quem “se assim não fosse, abrir-se-ia a possibilidade kafkiana de apenamento reflexo, com o acusado **recebendo em um processo punição determinada pela existência de outro, no qual [pode vir a] ser absolvido**”.

21 – Na ementa do acórdão proferido em 06/11/2012 – por meio do qual a Quinta Turma do STJ, em votação unânime, não conheceu do Habeas Corpus nº 209.148 - SP (2011/0131275-2), estampou-se:

“O Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que podem ser considerados, para caracterizar maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame (...) Não incidência, *in casu*, do enunciado nº 444 da Súmula do STJ, porque foram aplicadas condenações já transitadas em julgado, como maus antecedentes, para exasperar a pena-base.”

Em seu voto vencedor, a i. Relatora (MARILZA MAYNARD, Desembargadora convocada) consignou:

“(…), é consabido que o Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que podem ser considerados, para caracterizar maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame, conforme procederam as instâncias ordinárias ao fixarem a pena-base do paciente. A propósito:

HABEAS CORPUS. (...) DOSIMETRIA (...) CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO OCORRIDO NO CURSO DA AÇÃO PENAL EM DISCUSSÃO. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE.

PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ENSEJA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO QUE O ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

**1. A condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não possa ser desfavoravelmente valorada a título de reincidência, configura maus antecedentes.**

**Precedentes desta Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.**

.....

4. Ordem parcialmente concedida, tão somente para diminuir a pena para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime prisional semiaberto (HC 165.505/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 28.6.2012).

HABEAS CORPUS. (...) PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENDIDA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

**1. Segundo precedentes da Suprema Corte e deste Superior Tribunal, podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame.**

.....

3. Ordem denegada (HC 202.577/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 23.4.2012).

HABEAS CORPUS. (...) **1. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO NA DATA DA SENTENÇA. CRIME ANTERIOR AOS FATOS EM APURAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE AUSENTE. (...)**

.....

2. Conforme jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, embora o paciente não possa ser considerado reincidente, as condenações por fatos anteriores ao delito de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, são capazes de caracterizar os maus antecedentes, justificando, por isso mesmo, a exasperação da pena-base.

.....

4. Habeas corpus parcialmente concedido para, reduzindo a 1/3 (um terço) a majoração decorrente das duas causas de aumento do roubo, reduzir a pena da paciente (...), mantida no mais a decisão impugnada (HC 191.849/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 10.2.2012).

Ressalte-se, ainda, que ao contrário do que afirmou o paciente, não incide, *in casu*, o enunciado nº 444 da Súmula do STJ que dispõe ser vedada a utilização de inquéritos

policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, porque foram aplicadas **condenações já transitadas em julgado**, como maus antecedentes, para exasperar a pena-base.” (grifos constantes do original).

22 – No que toca especificamente à questão decidida no aresto reproduzido, parece-nos indisputável que o mesmo princípio básico, a mesma ideia geradora disciplinam a essência da matéria nos âmbitos penal e disciplinar (cf. novamente, CARLOS MAXIMILIANO, op. cit.).

23 – Destarte, na esfera disciplinar, para que se possa, em sede de dosimetria, invocar “maus antecedentes” do indiciado, devem se verificar, **cumulativamente**, os seguintes requisitos: a) falta disciplinar cometida **anteriormente à infração** objeto do processo em fase de julgamento; b) **condenação** (por falta anterior, nos termos do item “a”) que, **no momento do julgamento do feito disciplinar em curso**, não mais esteja sujeita a recurso do prejudicado no âmbito administrativo.

24 – No tocante à matéria, deve-se ainda considerar:

a) conforme preleciona JOSÉ ARMANDO DA COSTA,

“a reincidência disciplinar somente se verifica quando o funcionário, pela prática da transgressão anterior, **tenha sido legalmente responsabilizado. Mesmo que se tenha beneficiado com alguma extingente de punibilidade**, exceto nos casos de extingentes impróprias. Estas (...) funcionam como excludente de falta. Ou ainda quando se tratar de extingente que tenha por objetivo o esquecimento da transgressão, como poderá ser, em alguns casos, a anistia.” (grifos nossos) (op. cit., pág. 303).

b) A Lei nº 10.261/68 estabelece, em seu artigo 307:

“Decorridos 5 (cinco) anos de efetivo exercício, contados do cumprimento da sanção disciplinar, sem cometimento de nova infração, não mais poderá ser aquela considerada em prejuízo do infrator, inclusive para efeito de reincidência.”

É o parecer, à elevada consideração superior.

São Paulo, 30 de janeiro de 2013.

**PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN**  
Procuradora do Estado - Nível IV  
OAB/SP nº 71.361

**PROCESSO: PGE 1000726-228496/2009 (GG nº 1283/2007)**  
**(Apenso: PGE 16847 – 1065420/2012 (GG nº 2126/2006))**  
**INTERESSADO: E.B. e L.B.B.**  
**PARECER: PA Nº 5/2013**

De acordo com o Parecer PA nº 05/2013.

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

São Paulo, 5 de fevereiro de 2013.

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



**PROCESSO: PGE 1000726-228496/2009 (GG nº 1283/2007)**

**(Apenso: PGE 16847 – 1065420/2012 (CC nº 13443/2010))**

**INTERESSADO: E.B. e L.B.B.**

**Assunto: Procedimento Administrativo Disciplinar. Pena Administrativa.  
Dosimetria. Invocação de punição ou fato desabonador posterior.**

Manifesto-me de acordo com o Parecer PA nº 05/2013, que contou com a anuência da Chefia da Procuradoria Administrativa.

Remeta-se ao Sr. Procurador-Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

São Paulo, 09 de maio de 2013.

**ADALBERTO ROBERT ALVES**  
**Subprocurador-Geral do Estado**  
**Área da Consultoria Geral**

**PROCESSO: PGE 1000726-228496/2009 (GG nº 1283/2007)**

**(Apenso: PGE 16847 – 1065420/2012 (CC nº 13443/2010))**

**INTERESSADO: E.B. e L.B.B.**

**Assunto: Procedimento Administrativo Disciplinar. Pena Administrativa.**

**Dosimetria. Invocação de punição ou fato desabonador posterior.**

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o Parecer PA nº 05/2013.

Restitua-se o presente à Assessoria Jurídica do Governo, da Assessoria Especial de Assuntos Estratégicos.

GPG, 13 de maio de 2013.

**ELIVAL DA SILVA RAMOS**  
**Procurador-Geral do Estado**

PROCESSO: PGE nº 16847-548743/2011 (Prot. SJDC nº 1120/2011)

PARECER: PA nº 96/2011

INTERESSADO: J.C.N.

EMENTA: DIREITOS HUMANOS. Discriminação racial ou em razão de orientação sexual. Leis Estaduais nº 14.187, de 19 de julho de 2010 e nº 10.948, de 5 de novembro de 2001. Atos praticados por agentes públicos no exercício de suas funções. Aplicação das sanções administrativas instituídas por essas leis, sem prejuízo das punições disciplinares aplicáveis segundo o regime jurídico desses agentes. Distinção entre supremacia geral e supremacia especial da Administração sobre os administrados, ou entre poder de polícia e poder disciplinar. Concomitância de sujeições, visto que o interesse específico do serviço não exclui o interesse da vida em sociedade. Competência da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania em matéria não disciplinar. Proposta de revisão da orientação fixada no Parecer PA nº 179/2006.

*Na hipótese do agente público que pratica ato de discriminação racial ou em virtude de orientação sexual no exercício de suas funções, a Administração, a um só tempo, está autorizada a: i) exercer, no interesse da vida em sociedade, o poder de polícia, que recai, nos termos das leis administrativas, “indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis”; e ii) desempenhar, no interesse específico do serviço, o poder disciplinar, manifestação conspícua da supremacia especial. Se bem que esses autênticos deveres-poderes administrativos repousem invariavelmente no interesse público (este é o fundamento de sua legitimidade), as razões e propósitos imediatos de um e de outro não se confundem, nem se haveriam de confundir pela só circunstância de estarem direcionados à esfera jurídica de um único indivíduo.*

1. Indagam-nos, por intermédio da Subprocuradoria Geral - Consultoria (fls. 41), sobre o sentido e o alcance do parágrafo único do artigo 6º da Lei Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010. Ao prever penalidades administrativas pela prática de atos de discriminação racial, essa lei, no que interessa à consulta, está redigida assim:

*“Artigo 6º - As sanções aplicáveis aos que praticarem atos de discriminação nos termos desta lei serão as seguintes:*

*I - advertência;*

*II - multa de até 1.000 UFESPs (mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo);*

III - multa de até 3.000 UFESPs (três mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), em caso de reincidência;

IV - suspensão da licença estadual para funcionamento por 30 (trinta) dias;

V - cassação da licença estadual para funcionamento.

§ 1º - Quando a infração for cometida por agente público, servidor público ou militar, no exercício de suas funções, **sem prejuízo das sanções previstas nos incisos I a III deste artigo**, serão aplicadas as penalidades disciplinares cominadas na legislação pertinente.

§ 2º - O valor da multa será fixado tendo-se em conta as condições pessoais e econômicas do infrator e não poderá ser inferior a 500 UFESPs (quinhentas Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 3º - A multa poderá ser elevada até o triplo, quando se verificar que, em virtude da situação econômica do infrator, sua fixação em quantia inferior seria ineficaz.

§ 4º - Quando for imposta a pena prevista no inciso V deste artigo, deverá ser comunicada à autoridade responsável pela outorga da licença, que providenciará a sua execução, comunicando-se, igualmente, à autoridade federal ou municipal para eventuais providências no âmbito de sua competência.” (g.n.)

2. A convicção manifestada pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania no parecer de fls. 28 a 36, nestes autos em que se apura reclamação contra policial militar por discriminação racial (fls. 2/3), é a de que a expressão “*sem prejuízo das sanções previstas nos incisos I a III deste artigo*”, que vimos de destacar, deve ser “desconsiderada” pelo aplicador da lei por não se afeiçoar ao sistema constitucional.

3. Argumenta o parecerista que, na linha de precedente desta Especializada – o parecer PA nº 179/2006<sup>1</sup> (fls. 7 a 24) – somente lei complementar poderia disciplinar a conduta de servidores públicos e militares, razão por que ao diploma em questão não seria dado prever outras sanções para esses agentes públicos.

4. Além disso, pondera que, por necessidade de tratamento isonômico de situações que envolvam a dignidade humana, a punição do agente público que venha a praticar ato de discriminação racial no exercício de suas funções deve ser feita da mesma forma prevista pela lei que dispõe sobre penalidades aplicáveis à prática de discriminação em razão de orientação sexual (Lei Estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001).

1 De autoria da Procuradora do Estado Maria Lúcia Pereira Moióli e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 27 de novembro de 2007.

5. Nessa ordem de ideias, como a lei mais antiga não admite que se apliquem aos agentes públicos outras sanções que aquelas previstas nos respectivos estatutos, a lei em exame não poderia dispor de outro modo, porquanto estaria a tutelar desigualmente – aqui, com mais severidade, à vista da previsão de cumulação de sanções – bens jurídicos idênticos.

6. A solução seria, pois, encaminhar reclamações de discriminação racial por agentes públicos recebidas pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania ao órgão competente para a apuração de faltas disciplinares, a exemplo do que já ocorre com reclamações de discriminação em virtude de orientação sexual.

7. Não vemos, com o devido respeito, como endossar essa tese.

8. De fato, a posição até aqui defendida pela Procuradoria Geral do Estado é a de que a apuração de responsabilidade de agentes públicos por atos de discriminação em razão da orientação sexual deve ser feita, exclusivamente, à luz dos estatutos que regem a relação entre o Estado e esses agentes. Assim, como recomendado no Parecer PA nº 179/2006, superiormente aprovado, “recebida a denúncia de ato atentatório ou discriminatório, contra cidadãos homossexuais, bissexuais e transgêneros, pelo Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, a mesma deverá ser encaminhada – de imediato – à autoridade competente, para a apuração dos fatos e eventual aplicação de pena disciplinar, nos termos do regime jurídico próprio do servidor público (estatutário; celetista; temporário e em Leis Orgânicas de outras categorias) ou do militar acusado”.

9. A dúvida surgira porque a Lei Estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, que trata da discriminação por orientação sexual, não contém disposição que, a exemplo da mais recente Lei Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010, sujeite claramente os agentes públicos às sanções ali previstas. Diante da aparente lacuna, a Procuradoria Administrativa considerou que a interpretação no sentido dessa sujeição estaria em desconformidade com a Constituição, que reserva à lei complementar a matéria concernente ao regime jurídico dos agentes públicos, nele compreendida a responsabilidade disciplinar.

10. A prevalecer esse entendimento, teríamos de concluir que a Lei Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010, é irremissivelmente inconstitucional na parte em que subordina o agente público, pela expressão “*sem prejuízo...*” do parágrafo único do artigo 6º, a penalidades outras que as previstas em seus estatutos. Aquilo que, na lei que reprime a discriminação em razão de orientação sexual, pôde ser resolvido por simples interpretação conforme a Constituição demandaria, na lei coibente da discriminação racial, redução de texto para a adequação constitucional.

11. Quer-nos parecer numa segunda leitura, todavia, que nem a Lei Estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, tampouco a Lei Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010, correm o risco de invadir matéria disciplinar dos regimes próprios dos agentes públicos, ainda que se reconheça a esses diplomas legais a transparência e a inteireza de seus textos.

12. E que a supremacia da Administração sobre os administrados<sup>2</sup>, traço indelével do regime jurídico administrativo, não se exerce por uma só forma, ou sob um único fundamento, ou em função de um exclusivo vínculo. Começa que a doutrina distingue, amplamente, entre a supremacia geral e a supremacia especial, esta a ter vez nas hipóteses em que a autoridade do Poder Público derive de liame específico com determinados sujeitos e aquela a manifestar-se em relação a todos os particulares, com fundamento encontrado diretamente na lei.

13. Na arguta observação de Celso Antonio Bandeira de Mello, “é inequivocamente reconhecível a existência de *relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem*, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas, e que demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração. Para ficar em exemplos simplíssimos e habitualmente referidos: é diferente a situação do servidor público, em relação ao Estado, das demais pessoas que com ele não travaram tal vínculo; é diferente a situação dos internados em hospitais públicos, em asilos ou mesmo em estabelecimentos penais, daquel’outra das demais pessoas alheias às referidas relações; é diferente, ainda, a situação dos inscritos em uma biblioteca pública circulante, por exemplo, daquela dos cidadãos que não a frequentam e não se incluem entre seus usuários por jamais haverem se interessado em matricular-se nela”<sup>3</sup>.

2 A necessidade de satisfação de interesses públicos “conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo”, in *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO (coord.) São Paulo: Atlas, 2010, p. 93). Nesse sentido, pode-se afirmar que a supremacia da Administração sobre os administrados não significa nada menos que a própria supremacia do interesse público.

3 *Curso de Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, pp. 825-826, destaques no original.

14. Tais distinções não apenas indicam a existência, por assim dizer, de duas esferas de supremacia, nas quais se abrigam relações de conteúdos os mais diversos, mas ajudam a compreender que o poder da Administração de constituir particulares em obrigações varia segundo as posições que estes venham a ocupar dentro do largo âmbito de atuação do Estado. E, como essas posições dificilmente se excluem entre si, não raro o administrado, já sujeito a prerrogativas e privilégios decorrentes da supremacia geral, pode ver-se *concomitantemente* submetido a uma ou mais disciplinas específicas impostas pelo Poder Público – sempre, decerto, com fundamento último em lei.

15. Tomemos em conta o exemplo do servidor público que, ao conduzir veículo no exercício de suas funções, põe-se sob a influência de álcool: por se render tanto à disciplina do serviço (sujeição especial) como à do Código Nacional de Trânsito (sujeição geral), o agente poderá sofrer, pela embriaguez, a pena disciplinar prevista em seu estatuto e, ainda, ter suspenso pela autarquia de trânsito seu direito de dirigir<sup>4</sup>, porquanto as prescrições e sanções administrativas de um sistema e de outro coexistem de forma autônoma no ordenamento.

16. Nessa hipótese, como na do agente público que pratica ato de discriminação racial ou em virtude de orientação sexual no exercício de suas funções, a Administração, a um só tempo, está autorizada a: **i) exercer, no interesse da vida em sociedade, o poder de polícia**<sup>5</sup>, que recai, nos termos

4 O Código de Trânsito Nacional (Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997) comina multa e suspensão do direito de dirigir por “*Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*” (artigo 165).

5 É tempo de perceber que o combate, pelo Estado, a todas as formas de discriminação, “termo que qualifica uma série de situações ou práticas que se consideram radicalmente contrárias à própria dignidade humana, que supõem a negação de determinados indivíduos à sua condição de pessoa humana” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, 4 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 139) tem por eficiente instrumento o **poder de polícia**, como prerrogativa de direito público pela qual se limita a liberdade de particulares em prol do interesse da coletividade. Algo, aliás, já escreveu a doutrina sobre a relação entre o poder de polícia e os direitos humanos; no entanto, ao que pudemos notar, a abordagem tem-se feito pelo confronto entre a atividade administrativa e as liberdades individuais. Aqui, diferentemente, é possível cogitar do manejo do poder de polícia – seja para a edição de atos normativos gerais, seja para a aplicação desses atos a casos concretos – não como possível ameaça a esses direitos fundamentais, mas como meio de efetivamente os tutelar. **Em outras palavras, o Estado, pelo poder de polícia, protege direitos humanos em relações travadas entre particulares.** Como observado por JEAN RIVERO, “la menace que l’Etat fait peser sur l’exercice des droits de l’homme n’est qu’un aspect particulier d’un phénomène beaucoup plus general: la menace que le fort fait peser sur la liberté du faible. Certes, la menace étatique est la plus voyante, et la plus redoutable, à la mesure de la force de contrainte dont dispose le pouvoir. On conçoit qu’elle ait, la première, retenu l’attention des tenants de la liberté. Mais, pour que les droits de l’homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s’attacher à les faire respecter dans les rapports entre personnes privées” (“La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées”, in *René Cassin - amicorum discipulorumque liber*, vol. III: *protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées*. Paris: Éditions A. Pedone, 1973, p. 311-312). Ganha, nesse contexto, novo sentido a afirmação de que o poder

das leis administrativas, “indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis”<sup>6</sup> e: **ii) desempenhar, no interesse específico do serviço, o poder disciplinar**, manifestação conspícua da supremacia especial a que já nos referimos. Se bem que esses autênticos deveres-poderes administrativos repousem invariavelmente no interesse público (este é o fundamento de sua legitimidade), as razões e propósitos imediatos de um e de outro não se confundem, nem se haveriam de confundir pela só circunstância de estarem direcionados à esfera jurídica de um único indivíduo<sup>7</sup>.

17. Por conseguinte, o que propomos em relação às leis estaduais anti-discriminatórias é uma releitura que as aproxime entre si e bem as distancie dos regimes próprios dos agentes públicos, *mas não das pessoas desses agentes*, não menos sujeitas ao poder de polícia da Administração que qualquer outro administrado. Veremos que em ambos os diplomas, no mais recente apenas de modo mais visível, há elementos que estão a inspirar essa releitura, pois nela certamente melhor se acomodam – sem que seja necessário “desconsiderar” expressões da lei, como pretendia a Consultoria Jurídica de origem.

18. De saída, a Lei Estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, estabeleceu que: “*Será punida, nos termos desta lei, toda manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero*” (artigo 1º, g.n.), por qualquer “*cidadão, inclusive os detentores de função pública, civil ou militar*” (artigo 3º, g.n.). Apenas não se punem nos mesmos termos, por expressa ressalva, “*órgãos e empresas públicas*” (artigo 6º, parágrafo 1º), quando a discriminação possa ser atribuída diretamente a tais pessoas jurídicas.

---

de polícia “é um dos mais importantes desses poderes administrativos, (...) em especial na realização plena dos direitos humanos” (ÁLVARO LAZZARINI, “Direito Administrativo e Direitos Humanos”, in *Dimensões do direito contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidal*, IVES GANDRA MARTINS e JOSÉ ROBERTO NALINI (org.). São Paulo, Editora IOB, 2001, p. 197). Mais amplamente, “O princípio da supremacia do interesse público [de que deriva o poder de polícia], ao contrário do que se afirma, não coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *op. cit.*, p. 99).

6 Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 823.

7 Por óbvio não se aplica, nesse caso, a Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal, que veda tão somente a segunda punição *disciplinar* com base no *mesmo* processo administrativo em que se fundou a primeira. A propósito, a dupla punição administrativa do servidor público por um mesmo fato, visto no contexto de relações de sujeição de conteúdo diverso, foi chancelada pela Corte Constitucional no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.728-1/PR. Naquele caso, à servidora que já sofrera pena de multa imposta pelo Tribunal de Contas da União foi cominada, por seu superior hierárquico, pena disciplinar de cassação de aposentadoria. No voto condutor do julgamento, o Ministro Moreira Alves assentiu ao parecer da Procuradoria Geral da República, no qual se afirmava serem “independentes entre si a responsabilização administrativa dos servidores públicos faltosos e a atuação do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo das contas públicas como órgão auxiliar do Poder Legislativo” (Tribunal Pleno, julgado em 22.1.1998).



19. O artigo 7º do mesmo repositório, é verdade, traz regra concernente à punição dos servidores públicos, assim vazada: “Aos servidores públicos que, no exercício de suas funções e/ou em repartição pública, por ação ou omissão, deixarem de cumprir os dispositivos da presente lei, serão aplicadas as penalidades cabíveis nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos”. Porém, do ponto de vista sistemático, a única interpretação aceitável é a de tratar-se de norma secundária, dirigida aos servidores incumbidos de aplicar a lei<sup>8</sup>, que obviamente ficarão sujeitos a penas disciplinares se, por exemplo, recalcitrarem em promover a instauração de processo administrativo para a apuração de condutas discriminatórias (artigo 5º, §2º).

20. De seu turno, a Lei Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010, foi redigida de modo ainda mais categórico no que diz respeito ao alcance de suas disposições. Ao primeiro artigo não bastou a simples referência à subordinação de “qualquer pessoa” às punições por discriminação racial, mas se fez adjacente a explicitação “inclusive a que exerça a função pública”. E, já não fosse isso o suficiente para alertar o intérprete sobre o largo campo de incidência da lei, incluiu-se nela a advertência de que o agente público, no exercício de suas funções, fica sujeito às penalidades disciplinares previstas na legislação pertinente “sem prejuízo das sanções previstas nos incisos I a III deste artigo” (artigo 6º, §1º).

21. Adequado, conquanto mesmo desnecessário, o dispositivo contido nesse primeiro parágrafo do sexto artigo da lei mais recente. Nossa conjectura é a de que o legislador, cômico da objeção da Administração Estadual à aplicação das sanções da Lei nº 10.948/2010 aos agentes públicos, preferiu a redundância à concisão, a diligência à economia. Jogou luzes, quanto e onde pôde, para o intérprete, na expectativa de desembaraçá-lo de certo automatismo perceptivo e conduzi-lo para longe do caminho já trilhado e retrilhado do poder disciplinar da Administração.

22. Não havemos nós, portanto, de negligenciar esse desígnio do legislador. Prestigiemos a visão hermenêutica que mais contribui para a efetividade da Constituição, é dizer, “aquela que privilegia e potencializa a força normativa de seus princípios fundamentais (a serem levados em conta desde o primeiro vislumbre da norma abstrata, até o momento da decisão dos casos concretos), (...) dentre eles, com força deontológica predominante, (...) o princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>9</sup>. **Neste caso, essa visão é a**

8 Adotada essa interpretação, fica claro o motivo por que o preceito alude tão só aos servidores públicos e, não, também, aos militares.

9 FLÁVIA PIOVESAN e RENATO STANZIOLA VIEIRA, “A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana”, in *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 389.

que não põe o agente público a salvo das sanções administrativas por condutas discriminatórias, as quais assim se acham melhor reprimidas e desestimuladas; é a que enxerga o agente público como membro da coletividade e portador de deveres que se prendem a razões ainda mais defensáveis que a boa execução do serviço, em função da qual as penas disciplinares são aquilatadas; é, enfim, a que impede que reclamações de discriminação racial como a que encetou autos escapem à alçada do órgão da Administração incumbido especificamente de defender e promover direitos humanos, de que se presume uma sensibilidade especial para a consecução desse urgente fim<sup>10</sup>.

23. Logo, alvitramos a revisão da orientação fixada no Parecer PA n° 179/2006, para que a discriminação racial ou em razão de orientação sexual, quando praticada pelo agente público civil ou militar no exercício de suas funções, seja também apurada e punida no âmbito da Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania, nos termos do §2º do artigo 5º da Lei Estadual n° 10.948, de 5 de novembro de 2001<sup>11</sup>, e do parágrafo 3º do artigo 4º da Lei

10 Em excelente monografia sobre a discriminação entre negros e brancos na nossa sociedade, ROGER RAUPP RIOS acusa a dificuldade que se tem de comprovar práticas racistas perante o Poder Público, pois normalmente vêm “acobertadas por inúmeras sutilezas e negadas pelo senso comum”. E prossegue: “Com efeito, desvelar o racismo subjacente às práticas havidas é tarefa que exige prudente trabalho. Para tanto, é preciso enxergar além das aparências. Seja por que motivo for (ingenuidade, cinismo, hipocrisia, ignorância ou má-fé), é difícil à generalidade das pessoas perceber por detrás das condutas e falas tidas por ‘normais, corriqueiras e inocentes’ práticas e concepções discriminatórias e racistas. (...) Para identificar a discriminação racial, portanto, é preciso debruçar-se sobre os fatos e vê-los além da superfície aparente. (...) é necessário tirar o que encobre (‘des-cobrir’) a ‘normalidade’ das práticas que, efetivamente, produzem e reproduzem o racismo, entre nós sob os véus dos chavões de que ‘no Brasil não há racismo’ ou de que ‘somos a maior democracia racial do mundo’. (...) Estas concepções, de fato, tendem a negar a presença do racismo na realidade nacional, em face da dificuldade de vislumbrá-lo nessa tradição que tão habilmente justificou e estimula práticas racistas sem confessá-las abertamente, fazendo-o por meio da ideologia do branqueamento e da democracia racial. Como resultado disso, discrimina-se pela raça sem admiti-lo explicitamente. Nesta tradição, a desconfiança e o desprezo ao negro são tão silenciosos quanto reais a discriminação e o tratamento arbitrário. A percepção da discriminação racial, neste contexto, exige atenção às representações sociais associadas à pessoa envolvida na situação em que experimentado tratamento indevido” (“Relações raciais no Brasil: desafios ideológicos à efetividade do princípio jurídico da igualdade e ao reconhecimento da realidade social discriminatória entre negros e brancos”, in *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*, CÉSAR AUGUSTO BALDI (org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 468-482). Essas ideias podem, até certo ponto, ser aplicadas a qualquer discriminação resultante de preconceito, na medida em que este, na sociedade, tende a aliar-se a estruturas de dominação econômica e política para então se tornar senso comum, ideologia não notada como tal, como, aliás, sustentado pela Professora MARILENA CHAUI em palestra intitulada “Senso comum e transparência”, cujo texto integra obra editada pela Imprensa Oficial do Estado (*O preconceito*, JULIO LERNER (ed.). São Paulo: IMESP, 1996-1997). Esta parece ser a maior razão por que deva ser preservada a competência de um órgão especialmente preparado e supostamente alerta – a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania – para a identificação de práticas discriminatórias; nesse sentido, tratar essas práticas como questão de disciplina de agentes públicos é, também, nenhuma medida, solapar a eficácia das leis estaduais em exame.

11 *Verbis*: “Artigo 5º - (...) 2º - Recebida a denúncia, competirá à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania promover a instauração do processo administrativo devido para apuração e imposição das penalidades cabíveis.”

Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010<sup>12</sup>, sem prejuízo da comunicação de que tratam os §§ 2º e 3º do artigo do Decreto Estadual nº 55.589, de 17 de março de 2010<sup>13</sup>, para a instauração concomitante do procedimento disciplinar cabível.

**À consideração superior.**

**São Paulo, 20 de julho de 2011.**

**DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR**  
**Procurador do Estado OAB/SP nº 245.540**

---

*Verbis: “Artigo 4º - (...)§ 3º - Recebida a denúncia, competirá à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania: **I** - promover a instauração do processo administrativo devido para apuração e imposição das sanções cabíveis; **II** - transmitir notícia à autoridade policial competente, para a elucidação cabível, quando o fato descrito caracterizar infração penal.”*

- 12 *Verbis: “Artigo 4º - (...)§ 3º - Recebida a denúncia, competirá à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania: **I** - promover a instauração do processo administrativo devido para apuração e imposição das sanções cabíveis; **II** - transmitir notícia à autoridade policial competente, para a elucidação cabível, quando o fato descrito caracterizar infração penal.”*
- 13 *Verbis: “Artigo 1º (...)§ 2º - Identificada a prática de possível falta por servidor público estadual, a comissão especial comunicará o fato ao órgão em que o suspeito desempenhar suas funções e indicará as provas de que tiver conhecimento, propondo a instauração do procedimento disciplinar cabível. § 3º - A comunicação de que trata o § 2º deste artigo será dirigida à autoridade competente para determinar a instauração do procedimento disciplinar, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 260, 272 e 274 da Lei Complementar nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, com a redação dada pela Lei Complementar nº 942, de 6 de junho de 2003.”*

**PROCESSO: PROTOCOLADO SJDC Nº 1120/2011**  
**PGE 16847-548743/2011.**  
**INTERESSADO: J.C.N.**  
**PARECER PA Nº 96/2011.**

Em estudo conjunto das Leis Estaduais nº 14.187, de 19 de julho de 2010<sup>14</sup> e nº 10.948, de 5 de novembro de 2001<sup>15</sup>, o judicioso Parecer PA nº 96/2011 demonstra o cabimento da aplicação desses diplomas aos agentes públicos estaduais no exercício de suas funções, sem prejuízo da incidência das normas disciplinares aos mesmos dirigidas.

A sólida argumentação jurídica ora apresentada pelo subscritor do Parecer PA nº 96/2011 supera, com vantagem, em meu sentir, o posicionamento antes adotado, e por mim sufragado, no precedente Parecer PA nº 179/2006.

Sendo assim, proponho a revisão do entendimento jurídico expresso no Parecer PA nº 179/2006 e a adoção integral, para as hipóteses de prática de atos discriminatórios por agentes públicos, do entendimento exposto no Parecer PA nº 96/2011 que ora aprovo.

Transmitam-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da área da Consultoria.

**PA, 25 de julho de 2011.**

**MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES**  
**Procuradora do Estado**  
**Chefe da Procuradoria Administrativa**  
**OAB nº 79.413**

---

14 Cuida de atos de discriminação racial

15 Cuida de atos de discriminação em razão de orientação sexual

PROCESSO: GDOC 16847-548.743/2011

INTERESSADO: J.C.N.

ASSUNTO: DISCRIMINAÇÃO RACIAL. LEI ESTADUAL Nº 14.187,  
DE 19 DE JULHO DE 2010. ATOS SUPOSTAMENTE  
PRATICADOS POR MILITAR NO EXERCÍCIO  
DA FUNÇÃO.

1. Coloco-me de acordo com as razões do parecer PA nº 96/2011 que, partindo da distinção entre as formas de supremacia exercidas pela Administração em face dos administrados<sup>16</sup>, concluiu que as sanções previstas nas Leis Estaduais nº 14.187, de 19 de julho de 2010 e nº 10.948, de 05 de novembro de 2001, podem ser aplicadas aos agentes públicos estaduais quando, no exercício de suas funções, praticarem condutas discriminatórias, sem prejuízo da eventual aplicação de sanções disciplinares, previstas nos regimes próprios dos agentes públicos.

2. Nesse sentido, o Parecer distingue a natureza e a finalidade das sanções – veiculadas pelas Leis Estaduais nº 14.187, de 19 de julho de 2010 e nº 10.948, de 05 de novembro de 2001 e respectivos estatutos –, concluindo que “as prescrições e sanções administrativas de um sistema e de outro coexistem de forma autônoma no ordenamento<sup>17</sup>”.

3. Evidencia o ilustre parecerista que nem a Lei Estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, tampouco a Lei Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010, invadem o campo reservado aos regimes próprios dos agentes públicos, porquanto não veiculam sanções disciplinares, mas, sim, sanções decorrentes do poder de polícia.

4. Por essa razão, é possível que ao agente público, civil ou militar, seja imposta pena disciplinar e também sanção administrativa veiculada pelas Leis Estaduais nº 14.187, de 19 de julho de 2010 e nº 10.948, de 05 de novembro de 2001, em razão da prática de atos discriminatórios.

---

16 A decorrente do poder de polícia, dirigida a todos os cidadãos indistintamente, servidores públicos ou não, denominada supremacia *geral* e, no caso, a originada do poder disciplinar, que exsurge do vínculo entre o agente público, civil ou militar, e o Estado, denominada supremacia *especial*.

17 Trecho destacado do item 15 do opinativo.

5. Neste caso, mesmo que hipoteticamente as sanções aplicadas sejam do mesmo tipo<sup>18</sup>, não haverá que se falar em *bis in idem*, porquanto, conforme bem explicitado no Parecer em análise, têm finalidade e natureza diversas e advêm de sistemas distintos.

6. Com proposta de aprovação do Parecer PA 96/2011, submeto o presente à superior análise do Senhor Procurador-Geral do Estado.

Subg., 7 de maio de 2013

**ADALBERTO ROBERT ALVES**  
**Subprocurador-Geral do Estado**  
**Área da Consultoria Geral**

---

<sup>18</sup> Como, por exemplo, as sanções de repreensão e de multa previstas no artigo 251 da Lei 10.261, de 28/10/1968 e as sanções de advertência e de multas previstas no artigo 6º da Lei 14.187, de 19/07/2010.

**Processo: GDOC 16847-548.743/2011**

**Interessado: J.C.N.**

**Assunto: DISCRIMINAÇÃO RACIAL. LEI ESTADUAL N° 14.187, DE 19 DE JULHO DE 2010. ATOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS POR MILITAR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO.**

1. Aprovo o Parecer PA n° 96/2011, pelos seus próprios fundamentos, com o que fica alterada a orientação jurídica até então adotado pela Procuradoria Geral do Estado, externada no Parecer PA n° 179/2006.

2. Expeça-se cópia do parecer às Consultorias Jurídicas para ciência da orientação jurídica ora fixada.

3. Cumprida a medida preconizada, restitua-se o presente à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

**GPG, em 9 de maio de 2013.**

**ELIVAL DA SILVA RAMOS**  
**Procurador-Geral do Estado**

**JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES**  
**Procurador-Geral do Estado Adjunto**

## Ementas Consultoria

**69) CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO. NEPOTISMO.** Exoneração de cargo em comissão cuja investidura foi precedida de processo seletivo. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade de construção de normas de exceção pela Administração Pública. Cumprimento da súmula nos estritos termos em que foi editada. Abrangência de situação irregular decorrente de nomeação anterior à vigência da súmula. Aplicação do Decreto Estadual nº 54.376, de 26 de maio de 2009. Inocorrência de ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. Inexistência de decadência ou prescrição. Descabimento de notificação prévia do servidor. Precedentes: **Pareceres PA nº 189/2009, nº 72/2010 e nº 184/2010**; despachos da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral. (Parecer PA nº 01/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 23/05/2013)

**70) PEDIDO DA ASSOCIAÇÃO DOS TÉCNICOS ADMINISTRATIVOS DO PROCON/SP DE ACESSO A DADOS RELATIVOS A PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO DE EMPREGADOS DAQUELA FUNDAÇÃO, COM FUNDAMENTO**

**NA LEI FEDERAL Nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação. Possibilidade.** As informações relativas a concursos de promoção, realizados por órgãos da Administração Pública, estão submetidas ao princípio da publicidade (Art. 37, CF) e, assim, não configuram dados e informações pessoais. A divulgação dessas informações não viola a intimidade e a privacidade dos avaliados. (Parecer PA nº 02/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 07/05/2013)

**71) CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO PÚBLICO. NEPOTISMO.** Servidores de autarquia, investidos em empregos públicos de confiança. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal. Atribuições de direção, chefia e assessoramento ínsitas a todos os cargos em comissão e funções de confiança da Administração Pública, por determinação constitucional. Respeito à exigência de prévia aprovação em concurso público para postos de trabalho que não encerrem tais atribuições excepcionais. Inteligência do artigo 37, II e V, da Constituição da República. Caso concreto que, salvo se admitida a burla à exigência do concurso público, ajusta-se à hipótese da súmula. Aplicação do ato normativo nos estritos termos em que foi editado. Dever da autarquia de dispensar um dos



servidores em questão, nos termos da orientação superiormente fixada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado. Ausência de direito do empregado em comissão livremente dispensado ao pagamento de acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a concessão do aviso-prévio, trabalhado ou indenizado. Precedentes: **Pareceres PA nº 189/2009, nº 72/2010, nº 184/2010, nº 4/2012 e nº 4/2013;** despachos da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral. (Parecer PA nº 09/2013 – Aprovado pelo SubProcurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 10/05/2013)

**72) DIREITO À SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE.** Lei nº 3.227/99, alterada pela Lei nº 3.989/2008, do Município de B. P., que permite celebração de convênio com Associações de Moradores de Bairros para a realização de programas voltados ao atendimento da população na área de saúde, em especial os programas Saúde da Família e Agentes Comunitários de Saúde. Representação do Ministério Público do Trabalho sobre sua suposta inconstitucionalidade. Norma que não viola os artigos 198 e 199 da Constituição Federal, nem o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 51/2006, nem o artigo 220 da Constituição Estadual. Matéria, todavia, que pode sofrer reflexos do julgamento da ADI 1923, pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: Pareceres PA nº 289/99 e 176/2007. (Parecer PA nº 11/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 02/05/2013)

**73) PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO.** Domingos, feriados e dias sem expediente intercalados entre faltas sucessivas do servidor. Desconto da remuneração por expressa determinação legal. Contagem desses dias como tempo de serviço e, conseqüentemente, como tempo de contribuição na hipótese do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/1998. Inteligência do parágrafo 2º do artigo 110 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado – Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968.

*Se bem que os domingos, feriados e dias sem expediente intercalados entre faltas sucessivas do servidor não gerem o direito ao vencimento ou à remuneração, devem ser contados como tempo de serviço e, conseqüentemente, como tempo de contribuição para efeito de aplicação do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/1998.* (Parecer PA nº 12/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 06/05/2013)

**74) SPPREV. REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS MILITARES ESTADUAIS. PENSÃO POR MORTE. ISENÇÃO PARCIAL DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, EM RAZÃO DE DOENÇA INCAPACITANTE, PREVISTA NO ART. 40, § 21 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EC 47/2005. INAPLICABILIDADE.** A isenção parcial da contribuição previdenciária, em razão de doença incapacitante, aplicável aos servidores públicos civis inativos e seus pensionis-

tas (artigo 40, § 21 da CF), não configura norma autoaplicável, mas há regra para sua integração. Precedentes: Pareceres PA ns. 142/2006, 144/2006 e 94/2009. A Constituição Federal distingue o regime previdenciário dos servidores públicos civis, regidos pelo art. 40 da CF, do regime previdenciário dos militares, regido pelos arts. 42 e 142 da CF. Precedentes: Pareceres PA 161/2005 e 26/2006. A regra do artigo 40, § 21 da Constituição Federal é específica para o regime previdenciário dos servidores públicos civis titulares de cargos efetivos, não se aplicando aos militares, nem a seus pensionistas. (Parecer PA nº 13/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 06/05/2013)

**75) CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL TITULAR DE CARGO EFETIVO AFASTADO PARA OCUPAR FUNÇÃO DE CONFIANÇA, EM ÓRGÃOS DO PRÓPRIO ESTADO, REGIDA PELA LEGISLAÇÃO CELETISTA. DÚVIDA SOBRE A QUAL REGIME PREVIDENCIÁRIO DEVEM SER VERTIDAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.** As contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de servidor público estadual titular de cargo efetivo, ocupando função de confiança regida pela legislação celetista, em órgão do próprio Estado de São Paulo, com ou sem prejuízo de seus vencimentos, devem ser recolhidas para o Regime Próprio dos Servidores, nos termos dos artigos 13, § 2º da Lei Federal nº 8.212/91, l-A da Lei Federal nº 9.717/98 e artigo 8º,

§ 2º da Lei Complementar Estadual nº 1.012/2007. Proposta de revisão parcial do Parecer PA nº 169/2008. (Parecer PA nº 16/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 07/05/2013)

**76) SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. ESTÁGIO PROBATÓRIO E APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. CONTAGEM DE TEMPO.** Tempo de efetivo exercício no cargo. Designação para função pública com atribuições meramente complementares às do cargo de provimento efetivo que dá azo à estabilidade e à aposentadoria voluntária. Cômputo do tempo de designação como de efetivo exercício para os fins constitucionais. Possibilidade, em tese. Inteligência dos artigos 6º, IV, da Emenda Constitucional nº 41/2003, e 41, *caput*, do corpo permanente da Constituição da República. Hipótese em que, no mais, as funções do cargo efetivo ocupado pelo servidor e aquelas para as quais foi designado constituem, igualmente, funções de magistério, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Inocorrência de afastamento das atribuições do cargo. *Nem sempre o servidor titular de cargo de provimento efetivo designado para função pública – normalmente retribuída por gratificação ou pro labore – abandona com isso o exercício real das atribuições de seu posto de origem. Isso porque, assim como existem funções na Administração que encerram um conjunto autônomo de competências, outras há cujo conteúdo ocupacional é apenas complementar das atribuições dos cargos de quem as vem a preencher.*

*São todas, para a Constituição vigente, funções de confiança, embora ainda se distingam, no ordenamento infraconstitucional, sob o ponto de vista da suficiência de sua composição formal.* (Parecer PA nº 20/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 07/05/2013)

**77) INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. DROGARIAS E FARMÁCIAS. VENDA DE ALHEIOS.** Lei Municipal nº 5.884/2002, de Jundiá, que autoriza e regula a venda de mercadorias alheias e serviços estranhos às atividades sanitárias em farmácias e drogarias. Inconstitucionalidade, por ofensa aos artigos 24, XII da Constituição Federal e 144 da Carta Estadual. Precedente analisado nos Pareceres PA nº 277/2007, que examinou lei estadual de teor similar (Lei nº 12.623/2007), PA nº 146/2009, que examinou a Lei nº 6367/2006, do Município de Araraquara, de conteúdo parecido, PA nº 130/2010, que analisou a Lei nº 2.547/2005, do Município de Pedreira, de conteúdo muito assemelhado, e PA nº 57/2011, que analisou a Lei nº 2.322/2004, do Município de Paraguaçu Paulista. Proposta de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça do Estado. Minuta de ADIN. (Parecer PA nº 27/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 14/05/2013)

**78) SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. DÚVIDA QUANTO À DATA DO ATO DE INSTITUIÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

**NO ESTADO DE SÃO PAULO.** Análise do Parecer PA nº 7/2013, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado. A data de instituição do Regime de Previdência Complementar dos Servidores do Estado é o dia **21 de janeiro de 2013**, quando ocorreu a publicação, no DOU, da Portaria de aprovação, pelo órgão regulador federal (PREVIC), do Plano de Benefícios PREVCOM RP. Precedente: Parecer PA nº 7/2013. (Parecer PA nº 31/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15/05/2013)

**79) PREVIDÊNCIA SOCIAL. Carteira de Previdência das Serventias Notariais e de Registro.** Tempo de contribuição. Contagem recíproca. Artigo 201, parágrafo 9º, da Constituição da República. Aproveitamento do tempo de contribuição à Carteira das Serventias para efeito de aposentadoria pelo regime geral da previdência social. Caracterização do regime da Carteira como regime próprio de previdência social do Estado de São Paulo, antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, que restringiu os regimes próprios aos servidores titulares de cargos efetivos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Posição do Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público do Ministério da Previdência Social. Possibilidade de que, em caráter excepcional, a SPPREV, como atual entidade gestora do regime próprio de previdência dos servidores públicos do Estado de São Paulo, homologue certidões de tempo de contribuição prestada à Carteira das Serventias até 15 de dezembro de 1998, dia anterior ao da publicação

da Emenda Constitucional referida. Proposta de alteração da orientação fixada na Procuradoria Geral do Estado quando da aprovação do **Parecer PA nº 93/2009**. (Parecer PA nº 34/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 28/05/2013)

**80) SERVIDOR PÚBLICO. Aposentadoria. Regime próprio. Contagem recíproca.** Artigo 201, parágrafo 9º, da Constituição da República. Averbação de antigo tempo de contribuição na atividade privada para efeito de modificação do ato de concessão da aposentadoria regularmente editado. Viabilidade, respeitada a prescrição quinquenal. Artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Precedentes: **Pareceres PA-3 nº 47/1999 e 48/1999**; despacho de aprovação parcial do **Parecer PA-3 nº 19/1998**. Prescrição que atinge a exigibilidade do fundo de direito. Inteligência da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência pacífica daquela Corte. Caso concreto: inoccorrência de prescrição. Pretensão do ex-servidor nascida no momento em que a Administração retificou de ofício o ato de concessão da aposentadoria, para que, de integrais, passasse a gerar proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Alteração de critério jurídico. Inexistência de má-fé do ex-servidor. Proposta de deferimento do pedido administrativo, observando-se, no mais, as normas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012.

*“O pedido de retificação do ato de aposentadoria para a contagem do*

*tempo de serviço prestado à iniciativa privada, anterior à inatividade, deve respeitar o prazo quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.”* (Parecer PA nº 40/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 07/05/2013)

**81) CONSTITUCIONALIDADE. ESTADO-MEMBRO. SAÚDE E VIGILÂNCIA SANITÁRIA. AÇÃO JUDICIAL – Ação Direta Declaratória de Inconstitucionalidade.** Exame da constitucionalidade da Lei nº 14.708, de 15 de março de 2012, do Estado de São Paulo, que, em seu artigo 1º, assegura, às farmácias e drogarias deste Estado o direito de disponibilizar, em área de circulação comum, para autosserviço e alcance direto do consumidor, todos os medicamentos isentos de prescrição médica, tais como analgésicos, anti-térmicos, complementos vitamínicos e antiácidos. Inconstitucionalidade orgânica por colidência com normas constitucionais de direito sanitário de competência geral da União. Inconstitucionalidade material consistente na inviabilização do dever do Estado de preservação da saúde pública. Propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Col. Supremo Tribunal Federal. Legitimação ativa do Governador do Estado. Modificação normativa provocada pela edição da Resolução RDC nº 41, de 26 de julho de 2012, que alterou a Resolução RDC nº 44, de 17 de agosto de 2009, e revogou a Instrução Normativa IN nº 10, de 17 de agosto de 2009, para permitir que os medicamentos isentos de prescrição permaneçam ao alcance

dos usuários, por meio de autosserviço no estabelecimento, com alerta ao público no que concerne à automedicação. Inconveniência e inoportunidade de proposição de ADIn em face do novo cenário normativo. (Parecer PA nº 45/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, em 13/05/2013)

**82) AUXÍLIO-FUNERAL. Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária.** Benefício de natureza assistencial correspondente ao valor de 2 (dois) meses da remuneração, na hipótese de a morte do agente penitenciário ou do agente de escolta e vigilância penitenciária ter ocorrido em decorrência de lesões sofridas no exercício das funções. O acidente “*in itinere*” não é equiparado ao acidente no exercício efetivo das funções para efeito do § 1º do artigo 168 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.012, de 5 de julho de 2007. (Parecer PA nº 46/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 13/05/2013)

**83) SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PENSÃO POR MORTE.** Percebimento, por mais de dez anos, de pensão em percentual menor que o devido por expressa decisão judicial, que fixou alimentos devidos à ex-cônjuge. Divergência instaurada no âmbito da Consultoria Jurídica da SPPREV a respeito da possibilidade de anulação do ato concessivo viciado. Impossibilidade. Obediência ao princípio da legalidade. Decadência verificada. Artigo 10, inciso I, da Lei Estadual nº

10.177/1998. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 318/2001 e AJG nº 342/2000. (Parecer PA nº 52/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 06/05/2013)

**84) PENSÃO ESPECIAL.** Favor concedido por lei de efeitos concretos aos pais de militar estadual falecido. 1. Falecimento posterior da beneficiária. Reversão da cota-parte ao beneficiário sobrevivente. Impossibilidade. Analogia com a lei previdenciária vigente à época do fato que seria hábil a gerar a reversão – Lei Estadual nº 452, de 2 de outubro de 1974, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.013, de 6 de julho de 2007. Reversão admitida somente de filhos para cônjuge ou companheiro ou companheira e destes para aqueles. Precedentes: **Pareceres PA nº 51/2010, PA nº 143/2004, PA nº 74/2004, PA nº 284/2003 e PA-3 nº 19/1994.** 2. Competência da São Paulo Previdência. Administração dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos e dos militares estaduais. Vedação legal à atuação da autarquia nas demais áreas da seguridade social ou em qualquer outra área não pertinente à precípua finalidade do ente descentralizado. Proposta de que a São Paulo Previdência adote, por intermédio da Secretaria de Estado a que está vinculada, providências no sentido de que a administração e o pagamento da pensão em exame sejam transferidos à Administração Direta Estadual. (Parecer PA nº 57/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 06/05/2013)

**85) SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO – DOENÇAS GRAVES OU INCAPACITANTES. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ISENÇÃO.** A Administração Pública Estadual deve sempre se escorar em laudo expedido por serviço médico oficial para reconhecer a isenção do Imposto de Renda ou o direito à redução da base de cálculo da Contribuição Previdenciária. Se indicada a data em que a doença foi contraída pelo pensionista ou pelo aposentado, cumpre à fonte pagadora reconhecer retroativamente a isenção do Imposto de Renda ou o direito à redução da base de cálculo da Contribuição Previdenciária. Deve o Estado devolver o valor de Imposto de Renda retido na fonte por seus órgãos, mesmo que a retenção tenha ocorrido em exercício findo, diante do disposto no inciso I do artigo 157 da Constituição Federal. Súmula 447 do Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade do Estado para figurar no polo passivo de ação de repetição de indébito relativa ao Imposto de Renda retido na fonte de seus servidores. Novo enfoque à advertência contida no Parecer PA 151/2006, referente à cautela para a restituição do Imposto de Renda. Reconhecida com efeitos retroativos a isenção do Imposto de Renda ou o direito à redução da base de cálculo da Contribuição Previdenciária, remanesce o interesse patrimonial de reaver os valores retidos a maior. Essa pretensão de repetição do indébito pode ser legitimamente exercida pelo espólio ou sucessores depois da morte do aposentado ou pensionista, obser-

vada sempre a prescrição. (Parecer PA nº 59/2011 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 02/05/2013)

**86) MEIO AMBIENTE.** Área de proteção e recuperação dos mananciais da bacia hidrográfica do Reservatório Billings. Grupo de fiscalização integrada. Inteligência do parágrafo único do artigo 102 da Lei Estadual nº 13.579, de 13 de julho de 2009. Norma que regula a atuação, em qualquer hipótese, do grupo de fiscalização, abrangendo, dessa forma, a fiscalização em campo.

*“Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.”* (Parecer PA nº 60/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, em 23/05/2013)

**87) PARCERIA. PENA CRIMINAL.** Prestação de serviços à comunidade. Instrumento a ser firmado entre a Secretaria de Administração Penitenciária e entidades que se dispõem a abrir vagas para a prestação desses serviços. Inexistência de finalidade lucrativa dessas entidades. Hipótese que não se subsume às regras da lei de licitações. Inconveniência da adoção do instrumento de convênio, dada a rigidez formal do modelo. Possibilidade de assinatura de documento que aproxime entidade e Poder Público, delimitando

tando direitos e deveres. Vinculação aos princípios da igualdade e impessoalidade. (Parecer PA nº 62/2011 - Aprovado pelo SubProcurador-Geral do Estado Área da Consultoria Geral em 10/05/2013)

**88) SERVIDOR PÚBLICO. Incorporação de gratificação. Pedidos formulados pelo servidor e concessões expedidas pela Administração com base no artigo 133, da Constituição Estadual. Afastamento, com prejuízo dos vencimentos, para prestar serviços junto à Fundação CASA – Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (à época, Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM).** Pedido de reexame do indeferimento de concessão de gratificação, com fulcro no Parecer GPG-Cons. nº 95/2009, que admite a incorporação de gratificação de representação prevista no inciso III, do artigo 135, da Lei nº 10.261/68, *‘ainda que decorrente de prestação de serviços em outros Poderes do Estado, em órgãos da Administração Direta, em autarquias e em fundações públicas’*. Hipóteses díspares, a dos autos, fundada na Constituição Estadual e, a do referido parecer, no Estatuto Funcional. Informação constante dos autos de que o servidor, durante o afastamento junto à FEBEM, foi contratado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Nova orientação dada pelo Parecer GPG-Cons. nº 149/2010. (Parecer PA nº 65/2011 – Aprovado pelo Sub-Procurador-Geral do Estado Área da Consultoria Geral em 09/05/2013)

**89) CONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO. AUTARQUIA. SANEAMENTO BÁSICO. TAXA. PODER REGULAMENTAR. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. Precedente PARECER PA Nº 131/2009.** Execução fiscal movida pela autarquia responsável pelos serviços de água e esgoto do Município de Araraquara em face da Fazenda do Estado, tendo em vista a coleta do esgoto advindo de penitenciária estadual. Inconstitucionalidade dos decretos municipais tarifários suscitada incidentalmente na defesa oferecida pela Regional de São Carlos (PR-12) da PGE. Manifestação no mesmo sentido da CJ da SAP, que detectou: ilegalidade, em face de lei municipal que estabelecia a remuneração dos serviços de esgoto mediante a cobrança de taxa; e inconstitucionalidade, em virtude da fixação de tarifas diferenciadas, beneficiando as entidades da Administração local em detrimento dos demais entes públicos. Improcedência da alegação de ilegalidade: alteração do dispositivo legal paradigma. Inconstitucionalidade da mencionada discriminação tarifária: preferência em favor de entidades municipais constitucionalmente vedada (art. 19, III, da CF). Revogação dos decretos que serviram de fundamento à exação. Persistência da apontada inconstitucionalidade no decreto tarifário em vigor. **Parecer PA nº 131/2009 que apontava a inoportunidade da propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face do Decreto nº 9.078/09, do Município de Araraquara, aprovado parcialmente, com determinação de elaboração de minuta da ADIN.**

Proposta de envio dos autos ao Procurador-Geral do Estado para que fixe a orientação, neste caso, nos termos do artigo 6º, inciso I da LC 478/86. (Parecer PA nº 71/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 16/05/2013)

**90) BEM PÚBLICO. TERRA DEVOLUTA. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA.** Áreas situadas dentro do raio de titularidade do Município. Local ocupado por serviços públicos do Estado. Legitimação de posse. Existência de imóveis doados pelo Município ao IPESP, em que foram construídas edificações para a instalação de serviços públicos estaduais. Áreas objeto de compromisso de compra e venda firmado entre o Estado e o IPESP. Termo de consolidação de dívidas previsto no artigo 28 da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007. Análise da situação desses imóveis. Como decorrência da decisão proferida na ação discriminatória, o compromisso de compra e venda firmado não mais é título hábil a transferir o domínio do imóvel. Isso não significa que não seja instrumento hábil a gerar dever obrigacional do Estado em relação à autarquia. Proposta de exclusão do termo de consolidação do valor relativo ao terreno, mantendo-se o valor suficiente para ressarcir a autarquia pela edificação e pela utilização pelo Estado do imóvel por quarenta anos, sem a contraprestação pecuniária correspondente. Situação concreta em que o dever de indenizar as benfeitorias feitas na área pelo IPESP é do Estado e não da Prefeitura Mu-

nicipal. (Parecer PA nº 106/2011 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 07/05/2013)

**91) TETO REMUNERATÓRIO. ARTIGO 37, INCISO XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DA CUMULAÇÃO DE REMUNERAÇÕES EM QUE PARTE É ANTERIOR À VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 E PARTE É POSTERIOR A ELA.** Aplicação do Teto Remuneratório para cada remuneração recebida antes da vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003. A parcela remuneratória recebida após a vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 deve ser somada às demais, aplicando-se o teto remuneratório sobre essa nova parcela. Precedentes: Pareceres PA nºs 156/2004 (na forma em que aprovado), 280/2004 (na forma em que aprovado) e 130/2011. Tal entendimento refere-se exclusivamente para casos de novas acumulações de parcelas remuneratórias, ocorridas após a vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que nos casos de acumulação de parcelas remuneratórias sobre as quais, presentemente, incide, isoladamente, o teto remuneratório, esse entendimento deve ser mantido quando houver mera alteração fática da situação. (Parecer PA nº 06/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 11/06/2013)

**92) PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL TITULAR DE CARGO EFETIVO FALECIDO APÓS A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 167 E ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI**



**Nº 10.887/2004. DÚVIDA SOBRE O MARCO INICIAL PARA A APLICAÇÃO DAS NORMAS DO ART. 40, §§ 7º E 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** As pensões por morte relativas a óbitos ocorridos até 19.02.2004 são regidas pela regra da “integralidade”, e, assim, a elas não se aplicam o disposto no art. 40, § 7º da Constituição Federal, com redação dada pela EC 41/2003. As pensões por morte relativas a óbitos ocorridos a partir de 20.02.2004 são regidas pelo art. 2º da Medida Provisória 167 até a data da publicação da Lei nº 10.887/2004 (21/06/2004) e dessa data em diante pelo art. 2º dessa lei (aprovação de projeto de conversão de Medidas Provisórias). As pensões inclusas nas Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70 são regidas pela regra da “paridade”, e, assim, a elas não se aplicam o disposto no art. 40, § 8º da Constituição Federal, com redação dada pela EC 41/2003. As demais pensões submetem-se à norma do art. 40, § 8º da Constituição Federal, com redação dada pela EC 41/2003. As pensões submetidas à regra do artigo 40, § 8º da Constituição Federal, com redação dada pela EC 41/2003, são reajustadas nos termos da Lei Complementar Estadual nº 1.105/2010, sendo inaplicável o artigo 15 da Lei Federal nº 10.887/2004. Precedentes: Pareceres PA nºs 123/2004, 198/2006 e 216/2008, na forma em que aprovados. (Parecer PA nº 23/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 11/06/2013)

**93) APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. Emenda Constitucional**

**nº 70, de 29.03.2012.** Novas regras de Aposentadoria por Invalidez aplicáveis a servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003. Procuradores do Estado aposentados por invalidez, a partir de 01.01.2004. VERBA HONORÁRIA. Aposentadoria com vencimentos integrais, correspondentes à remuneração do cargo efetivo. Pensão por Morte calculada com base no artigo 40, parágrafo 7º da Constituição Federal. Reajuste dos Proventos de Aposentadoria, de acordo com as regras do artigo 7º da Emenda Constitucional nº 41 /2003. (Parecer PA nº 26/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 21/06/2013)

**94) APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ESTÁGIO PROBATÓRIO.** Agente de Segurança Penitenciário. Dúvida consistente na possibilidade de concessão de aposentadoria por invalidez a servidor em estágio probatório. Laudo favorável do órgão médico oficial. Viabilidade. Inteligência do artigo 40, §1º, inciso I e artigo 41 da Constituição Federal. Pareceres PA 202/2009 e 230/2008. Orientações traçadas em situações distintas. MS 22.947/BA e MS 24.744/DF revelam entendimento que se ajusta à concessão de aposentadoria voluntária. Precedente nesse sentido: TCU-019.157/2006-2. Aposentadoria por Invalidez. Alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 70, de 29.03.2012, para os servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003, que não alteraram a proporcionalidade dos proventos segundo a regra do inciso I do § 1º do

art. 40 da CF/88, mas tão somente a base de cálculo, que corresponderá à remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria (art. 6º – A da EC 41/2003). (Parecer PA nº 37/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 27/06/2013)

**95) DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. Leis Federais nºs 10.482/2002 e 11.429/2006 e Lei Estadual nº 12.787/2007. Leis que autorizam repasses ao Tesouro estadual de parte dos Depósitos Judiciais e Extrajudiciais relativos a processos em que a Fazenda estadual seja parte.** Questionamentos do Banco do Brasil sobre a forma de implementação dessas Leis. Desnecessidade de segregação do Fundo de Reserva para fins de tratamento distinto entre depósitos judiciais e extrajudiciais. Procedimentos de ressarcimento em caso de haver diferença em favor do Interessado. Exegese do artigo 6º da Lei Federal nº 11.429/2006 e do artigo 4º do Decreto estadual nº 52.780/2008. Situação que não configura operação de crédito nos termos da Lei Complementar nº 101/2000. (Parecer PA nº 38/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 21/06/2013)

**96) CONVÊNIO. FUNDO ESTADUAL DE DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS – FID. REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E URBANÍSTICO DO MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE SÃO LUIZ DO PARAITINGA. CONVERGÊN-**

**CIA DE OBJETIVOS DO FID E DA FUNDAÇÃO ITESP.** Dúvidas quanto à possibilidade de utilização de recursos do FID para o pagamento de despesas com pessoal da própria fundação conveniente. Situação diversa da tratada no Parecer PA nº 105/2011. **Impossibilidade de repasse de recursos do FID para custear a remuneração dos servidores do ITESP que, consoante as atribuições que lhes são afetas, trabalharam na execução do objeto do convênio.** Mútua colaboração que impõe efetivo investimento (contrapartida) da entidade conveniente. **Diárias. Natureza indenizatória.** Não se incorporam à remuneração. **Precedentes: Parecer PA-3 nº 98/1997, PA nº 214/2003, PA nº 52/2005, PA nº 191/2007, PA nº 9/2008, PA nº 196/2008 e PA nº 36/2012.** Despesa possível de ressarcimento com recursos do FID. Disposições que autorizam essa utilização. **Hospedagem. Combustível. Sem caráter remuneratório.** Serviços prestados por terceiros e despesas de locomoção com o fim único de efetivação do objeto conveniado. **Despesas realizáveis com recursos do FID.** Possibilidade prevista em manual aprovado pelo Conselho Gestor. Necessidade de comprovação da regularidade das contratações e dos pagamentos efetuados. Pleito da Fundação ITESP que deverá ser analisado pela origem considerando os trabalhos realizados e o término da vigência do ajuste. (Parecer PA nº 38/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 13/06/2013)

97) **MILITAR REFORMADO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE PROVENTOS DE INATIVIDADE POR IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE REMUNERAÇÕES.** Tendo o militar reformado sido aprovado em concurso público para o cargo com remuneração inacumulável com os proventos que recebe da São Paulo Previdência – SPPREV, é lícito requerer a suspensão de seus proventos. Situação que não se confunde com renúncia à aposentadoria, ou renúncia aos proventos de aposentadoria e não possui qualquer incompatibilidade com a regra do artigo 6º da Lei Estadual nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1013/2007. Precedentes: Pareceres PA nºs 98/98 e 303/2004, nos termos do despacho de desaprovação do Procurador-Geral do Estado. (Parecer PA nº 40/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 18/06/2013)

98) **VANTAGENS PECUNIÁRIAS. PRÊMIO DE INCENTIVO (Lei 8.975/94) E PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE MÉDICA (Lei Complementar nº 1.193, de 2/1/2013).** Dúvidas suscitadas pelo órgão técnico da Secretaria da Saúde relacionadas ao cumprimento de decisões judiciais (obrigação de fazer) versando as duas gratificações. Vedação de percepção cumulativa do Prêmio de Produtividade Médica, instituído à carreira de Médico dos quadros das Secretarias de Estado e das Autarquias, e do Prêmio de Incentivo. Art. 18, inciso I e art. 33, inciso II da LC 1.193/2013. Consectários. Esclarecimentos prestados à luz da instrução dos autos bem assim dos questionamentos formulados pela origem. (Parecer PA nº 41/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 28/06/ 2013)

## Contencioso Geral

**99) DIREITO À MORADIA E À SAÚDE** – Fornecimento imposto ao Estado e ao Município em ações de obrigação de fazer e condenatória – Concessão de auxílio-moradia aos hipossuficientes – Benefício que possui caráter excepcional e temporário – Relatório psicossocial que aponta a cessão da situação de hipossuficiência e notícia superveniente de que o menor está submetido a tratamento mantido por convênio particular – Demandas julgadas improcedentes – Improvimento do recurso do adolescente e provimento da apelação interposta pela Fazenda Pública Estadual. (Apelação Cível nº 0042245-09.2011.8.26.0562 – São Paulo – Câmara Especial – Relator: Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça – 04/03/2013 – 20.395 – Unânime)

**100) APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO – servidora pública estadual** – (1) submissão do Poder Público regional e local às regras de conversão dos vencimentos aos padrões da URV (Unidade Real de Valor) no percentual de 11,98% da data do efetivo pagamento – Lei nº 8.880/94 – possibilidade – norma de cunho nacional, que não afronta a autonomia dos entes federados, nem viola a prerrogativa destes de se auto-organizarem; (2) prescrição – (2.1) prescrição quinquenal que obsta o recebimento de qualquer diferença funcional, vencida há mais de cinco anos do aforamento da ação judicial – prescrição quinquenal reconhecida; (2.2)

extensão maior da prescrição – Súmula nº 85 do STJ não pode ser entendida como absoluta – impossibilidade de, por esta via, ser concebida um campo de IMPRESCRITIBILIDADE não previsto no texto supremo – razoabilidade no reconhecimento dos efeitos capazes de nulificar diferenças funcionais passadas – observância do princípio da isonomia, padrão para a fixação da política pública remuneratória – impossibilidade do reconhecimento de diferenças funcionais vencidas há mais de dez anos – padronização remuneratória – pagamento de vencimento que deve igualar servidores que desenvolvem o mesmo mister, pouco importando se tenha ingressado antes ou depois da edição da Lei Federal 8.880/94 – reconhecimento da prescrição do direito de fundo sempre que o benefício ou diferenças ultrapassarem dez anos – ação julgada procedente em primeira instância – sentença reformada. Recurso fazendário provido e recurso adesivo da autora improvido. (Apelação Cível nº 0001623-87.2011.8.26.0334 – Monte Aprazível – Relator: Venicio Salles – 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – 20/03/2013 – 14.937 – Unânime)

**101) SERVIDOR PÚBLICO. Prêmio de incentivo.** Servidores da Secretaria da Administração Penitenciária, que exercem suas atividades nas unidades de saúde e reabilitação dos estabelecimentos penais. Inadmissibilidade de extensão do prêmio de incentivo previsto para os servidores em exercício na Secretaria da Saúde e autarquias

estaduais a ela vinculadas, mediante processo de avaliação a cargo daquela secretaria. Leis Estaduais nº 8.975/94 e 9.463/96. Ação julgada improcedente. Recurso procedente em parte para afastar a prescrição, mantida a rejeição do pedido. (Apelação Cível nº 0003824 – 22.2011.8.26.0053 – São Paulo – Relator: Antonio Carlos Villen – 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – 08/04/2013 – 383 – Unânime)

**102) AÇÃO CIVIL PÚBLICA** – Tutela antecipada concedida para determinar a revisão dos benefícios pagos aos pensionistas associados da autora, cujos instituidores faleceram antes da vigência da LC 1.013/07, de sorte a que correspondam a cem por cento dos vencimentos ou proventos dos policiais militares falecidos – Medida que deve abranger apenas os associados da ASPOMIL à época da propositura da ação – Agravo de instrumento da SPPREV provido. (Agravo de Instrumento nº 0030949-56.2013.8.26.0000 – São Paulo – Relator: Fabio de Souza Pimenta – 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – 08/04/2013 – 383 – Unânime)

**103) POLICIAL MILITAR – Gratificação por atividade de Polícia** – Lei Complementar 1021/07 – Pretensão de incorporação integral sobre salário-base – Impossibilidade – Recurso Improvido. (Recurso Inominado nº 0057341-05.2012.8.26.0053 – São Paulo – Relator: Antonio Carlos Villen – 2ª Turma

– Fazenda Pública do Colégio Recursal de São Paulo – 29/05/2013 – 383 – Unânime)

**104) DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA** – Ocupação irregular de área pública – Pretensão ao recebimento de indenização – Impossibilidade – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido. (Apelação nº 0035277-69.2010.8.26.0053 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Fernando Antonio Ferreira Rodrigues – 22/04/2013 – 23832 – Unânime)

**105) MULTA ADMINISTRATIVA** – Infração ambiental – Alegação por parte do autuado de que a queima de palha de cana-de-açúcar respeitou as distâncias permitidas – Inadmissibilidade – Ausência, nos embargos e no recurso, de elementos suficientes para desconstituir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração e a certidão de dívida ativa (CDA) – Infração corretamente classificada como gravíssima – Queima que afeta área de proteção permanente (APP) – Multa proporcional e imposta com base no Regulamento da Lei Estadual nº 997/76, que trata da poluição ambiental – Inaplicabilidade do valor previsto no artigo 24 da Lei Estadual nº 10547/00 – Temáticas diversas – Recurso improvido. (Apelação nº 0018758-23.2009.8.26.0451 – Piracicaba – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: José Orestes de Souza Nery – 25/04/2013 – 24466 – Unânime)

**106) RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO** – Indenização – Assalto em via pública – Acusação de “*faute du service*” – Inexistência de policiamento no local do crime – Omissão estatal não configurada – Dever jurídico genérico de o Estado salvaguardar a integridade dos cidadãos não implica a exigência de segurar todos os lugares do território nacional – Vasta extensão que torna tal exigência impossível de se realizar – Impossibilidade de tornar-se o Estado segurador universal para todos os infortúnios da vida – Indenização indevida – Sentença de improcedência mantida – Recurso da autora improvido. (Apelação nº 0610863-26.2008.8.26.0053 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Fermino Magnani Filho – 13/05/2013 – 10509 – Unânime)

**107) MANDADO DE SEGURANÇA** – Pedido formulado para que a ARTESP proceda ao cadastramento e registro dos veículos da impetrante, empresa prestadora de serviço de transporte privado de passageiros, garantindo-lhe, assim, o desenvolvimento de suas atividades nas rodovias paulistas – Impossibilidade de se concluir, na base dos documentos juntados aos autos, acerca do fato de os veículos da autora, objeto do *mandamus*, preencherem ou não os requisitos legais para a expedição da pretendida autorização – Necessidade de produção de prova técnica, incompatível com o rito do mandado de segurança – Presunção de legitimidade dos atos administrativos – Recurso improvido (Apelação

nº 0043136-05.2011.8.26.0053 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Luiz Sérgio Fernandes de Souza – 27/05/2013 – 3731 – Unânime)

**108) MULTA ADMINISTRATIVA – Auto de infração – Anulatória** – Multa aplicada pelo PROCON/SP – Propaganda e rótulo capazes de induzir o consumidor a erro – Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério Público – Fato que não é capaz de afastar a multa – Independência entre as instâncias civil, criminal e administrativa nas relações de consumo – Inexistência do alegado “*bis in idem*” – Infração ao Código de Defesa do Consumidor configurada – Legalidade da multa aplicada – Anulatória improcedente – Sentença reformada – Recurso provido. (Apelação nº 0005813-97.2010.8.26.0053 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Maria Laura de Assis Moura Tavares – 13/05/2013 – 9836 – Maioria de votos com voto declarado)

**109) AGRAVO DE PETIÇÃO – Art. 1º-B da Lei nº 9.494/97, alterado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01** – O elastecimento do prazo de embargos à execução aplica-se às execuções trabalhistas em que os devedores sejam entes de direito público. Agravo conhecido e provido a fim de que o M.M. Juízo *a quo* aprecie os embargos à execução. (Agravo de Petição TRT 15ª Região nº 0129200 - 79.2006.5.15.0043 – Campinas – Relator: André Augusto Ulpiano Rizzardo – 20/02/2013)

# Contencioso Tributário-Fiscal

**110) IMPOSTO – Circulação de Mercadorias e Serviços** – Anulação do crédito lastreado em Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) lavrado em razão da não comprovação pela vendedora da internação das mercadorias em outras unidades da Federação – Improcedência do pedido decretada em primeiro grau – Efetiva realização das operações interestaduais descritas nas notas fiscais impugnadas pelo fisco estadual que não foram minimamente demonstradas pela autora – Presunção de que o destinatário final dos produtos situava-se no próprio território paulista, autorizando a cobrança da diferença do imposto, segundo a alíquota interna mais elevada – Exegese do artigo 36, § 4º, do RICMS – Obrigação de retirada e transporte do álcool combustível pela adquirente que se trata de mero ajuste entre os comerciantes, não podendo ser oposto à Fazenda Estadual com vistas à fixação da responsabilidade tributária, na forma do artigo 123 do Código Tributário Nacional – Infração tributária que restou configurada a partir da incorreta declaração pela vendedora quanto à efetiva saída da mercadoria do Estado de São Paulo, ostentando caráter formal – Irrelevante a alardeada boa-fé na espécie (artigo 136 do CTN) e que o desvio possa ser atribuído a terceiros – Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça – Multas exigidas que visam a desestimular a reiteração da conduta por parte do contribuinte faltoso e foram fixadas em per-

centuais adequados, não se mostrando confiscatórias, desproporcionais, irrazoáveis ou em violação ao princípio da capacidade contributiva – Autuações que, nesse passo, devem mesmo subsistir – Recurso da autora improvido. (Apelação nº 0040692-67.2009.8.26.0053 – São Paulo – 8ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Dimas de Bellis Mascaretti – 10/04/2013 – 16468 – Unânime)

**111) MANDADO DE SEGURANÇA – Compensação de créditos – Precatórios oriundos da cessão de terceiros** – Pretensão liminar voltada à suspensão da exigibilidade do crédito tributário do ICMS – Créditos contra a Fazenda Pública, por outro lado, que possuem caráter alimentar – Circunstância que não autoriza o poder liberatório para pagamentos de tributos – Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça – Liminar indeferida pelo Juízo *a quo* – Decisório que merece subsistir – Apreciação de liminar inserida no poder geral cautelar do juiz – Revisão pelo juízo de segundo grau de deferimento ou indeferimento de liminar adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável – Hipóteses não configuradas no presente caso – Apoio doutrinário jurisprudencial à tese esposada – Negado provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento nº 0056327-14.2013.8.26.0000 – São Paulo – 8ª Câmara de Direito Público – Relator: Rubens Rihl Pires Corrêa – 09/05/2013 – 11649 – Unânime)

**112) IMPOSTO – Auto de infração – ICMS** – Ação anulatória – Apelante

não pode ser considerada intermediária ou prestadora de serviços, já que estocava os veículos e promovia sua circulação de maneira sistemática, exercendo atividade comercial – Irregular a manutenção dos veículos em estoque desacompanhados de documentação fiscal – Cometidas as infrações, subsiste o auto de infração, lavrado pela administração em estrita observância à legislação pertinente – Recurso improvido, com observação. (Apelação nº 0023422-42.2011.8.26.0576 – São José do Rio Preto – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Carlos Eduardo Pachi – 10/04/2013 – 14988 – Unânime)

**113) EXECUÇÃO FISCAL** – Penhora de parte dos valores então existentes na conta corrente do executado, creditados em razão de pagamento de férias e licença-prêmio de exercícios anteriores. Verbas que adquirem natureza indenizatória, e não mais salarial. Razoável admitir que esses valores não tenham sido integralmente consumidos para suprir necessidades básicas, vindo a compor reserva de capital. Impenhorabilidade (art. 649, IV do CPC) afastada. Precedentes. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 0079743-11.2013.8.26.0000 – Bauru – 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator: Evaristo dos Santos – 20/05/2013 – 28728 – Unânime)

**114) EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal** – Discussão de questão evidentemente não pacífica, no que toca à cobrança de ITCMD sobre a doação recebida pela

agravante, através de exceção de pré-executividade – Não cabimento – Matéria que extrapola a mera existência de defeitos no título executivo – Pleito que não substitui os embargos à execução ou a via declaratória – Devedora que deixou de interpor embargos à execução oportunamente, preclusa, estando a oportunidade para se insurgir quanto **às matérias** apontadas. Recurso desprovido, com determinação. (Agravo de Instrumento nº 0048842-60.2013.8.26.0000 – São Paulo – 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator: Wanderley José Federighi – 22/05/2013 – 18263 – Unânime)

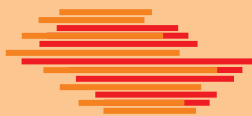
**115) AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal** – Pretensão de suspensão do feito executivo, em razão de prejudicialidade externa relativa à ação anulatória da CDA – Inadmissibilidade – A prejudicialidade capaz de ensejar a paralisação da execução só se configura quando o débito está garantido pela penhora ou pelo depósito no montante integral do valor cobrado pela Fazenda, hipóteses não delineadas no presente caso – Causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário que estão expressamente elencadas no art. 151 do Código Tributário Nacional – Inaplicabilidade do disposto no art. 265, IV, “a”, do CPC – Inexistência de ofensa ao princípio da menor onerosidade Decisão mantida – Negado provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento nº 0084742-07.2013.8.26.0000 – Jaú – 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator: Rubens Rihl – 06/06/2013 – 11994 – Unânime)



editoração, ctp, impressão e acabamento

**i**mprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE  
PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

