



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2014.0000767791

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Arguição de Inconstitucionalidade nº 0062636-17.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI E LUIZ AMBRA acolhendo a arguição; E BORELLI THOMAZ, XAVIER DE AQUINO (com declaração) e EVARISTO DOS SANTOS não conhecendo da arguição.

São Paulo, 19 de novembro de 2014.

FRANCISCO CASCONI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
 0062636-17.2014.8.26.0000
 COMARCA: SÃO PAULO
 SUSCITANTE: 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL
 DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 INTERESSADOS: GILSON IWAMI ZU DOS SANTOS; FAZENDA DO
 ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 28.404

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE –
 ART. 70 DA LEI ESTADUAL Nº 10.261/1968
 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS
 CIVIS DO ESTADO), COM REDAÇÃO DADA PELA
 LEI COMPLEMENTAR Nº 1.012/2007, AMBAS DO
 ESTADO DE SÃO PAULO – INCIDENTE QUE
 SUPLANTA JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE,
 FIRMADO NÍTIDO POSICIONAMENTO DA C.
 CÂMARA SUSCITANTE – ÓBICE DO ART. 481,
 PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI PROCESSUAL, NÃO
 CONSTATADO – DISPOSITIVO IMPUGNADO QUE
 DISCIPLINA O AFASTAMENTO DO CARGO DE
 SERVIDOR PÚBLICO SUJEITO A PRISÃO EM
 FLAGRANTE, PREVENTIVA OU TEMPORÁRIA, OU
 AINDA PRONUNCIADO, COM PREJUÍZO DA
 REMUNERAÇÃO, ATÉ CONDENAÇÃO OU
 ABSOLVIÇÃO TRANSITADA EM JULGADO –
 ASPECTO PATRIMONIAL DA NORMA QUE
 ENCERRA VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE
 MATERIAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA NÃO
 CULPABILIDADE (ART. 5º, INCISO LVII, CR) E
 DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO DOS
 SERVIDORES PÚBLICOS (ART. 37, INCISO XV,
 CR) – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO
 ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES –



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

INCIDENTE ACOLHIDO POR MAIORIA.

Arguição de inconstitucionalidade suscitada pela C. 5ª Câmara de Direito Público desta Corte (fls. 162/166), no julgamento da apelação interposta nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Gilson Iwamizu dos Santos, contra ato do Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo, tendo por objeto o artigo 70 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis), em sua redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo.

Entendeu a C. Câmara suscitante que a nova redação emprestada ao dispositivo legal, ao estipular o afastamento do servidor público preso preventivamente, com prejuízo da remuneração, até a condenação ou absolvição transitada em julgado, carrega eiva de inconstitucionalidade, por ofensa aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos, além da própria dignidade da pessoa humana.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça acostado a fls. 173/176 opinando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade apontada.

É o Relatório.

Incidente arguido suplanta juízo de admissibilidade.

Prestigiando a regra da *full bench* inserta no art. 97 da Constituição da República, a C. 5ª Câmara de Direito Público desta Corte, ao enfrentar a apelação interposta contra r. sentença que denegou a segurança impetrada por Gilson Iwamizu dos Santos em face da Fazenda do Estado de São Paulo, fundamentou,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

no interessante, a inconstitucionalidade do artigo 70 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), em sua redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo, suscitando o presente incidente em julgamento ocorrido aos 04.08.2014 (fls. 162/166).

Colhe-se do conteúdo do v. Acórdão suscitante nítido posicionamento da C. Câmara quanto ao contraste material da norma indicada frente a princípios constitucionais, na forma do art. 481 do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Firmado o entendimento, de que se esta diante de hipótese de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.261/68, impõe-se a remessa dos autos ao C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

(...)

É cediço que existe dispositivo legal autorizando a Fazenda do Estado a afastar do cargo servidor, preso preventivamente, com prejuízo da remuneração, conforme disposto no artigo 70, da Lei Estadual nº 10.261/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007.

(...)

... a determinação de suspensão dos vencimentos do apelante, baseada em prisão de natureza cautelar, nos termos de que dispõe a Lei Estadual, traduz-se em fortes indícios de inconstitucionalidade, notadamente, pela violação ao princípio da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos, nos termos dos incisos LVII do artigo 5º e inciso VI do artigo 7º ambos da Constituição Federal.

Aliás, é de se asseverar que a disposição contida no artigo 70 da mencionada Lei Estadual, não somente apresenta



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

indícios de violação aos direitos e garantias constitucionais, contrária, especialmente, o núcleo ao qual são alicerçados tais princípios, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois inegável que a própria subsistência dos seus familiares é atingida com a interrupção de referida verba de caráter alimentar.

(...)

Assim, na hipótese dos autos, encontram-se presentes indícios de inconstitucionalidade do artigo 70 da Lei nº 10.261/68, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, que prevê a suspensão dos vencimentos ao servidor estadual preso cautelarmente, em violação aos princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade, da irredutibilidade de vencimentos e da regra matriz da dignidade da pessoa humana”.

A despeito dos precedentes jurisprudenciais citados adiante, inclusive do C. Supremo Tribunal Federal, exceção prevista no parágrafo único do art. 481 da Lei Processual não obsta análise da inconstitucionalidade apontada, ausente pronunciamento específico e definitivo quanto à conformação da norma impugnada.

Pois bem. Limita-se o exame do interessante à questão envolvendo a constitucionalidade do artigo 70 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), alterado pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo, cuja redação atual é a seguinte:

“Artigo 70—O servidor preso em flagrante, preventiva ou temporariamente ou pronunciado será considerado afastado do exercício do cargo, com prejuízo da remuneração, até a condenação ou absolvição transitada em julgado.

§ 1º—Estando o servidor licenciado, sem prejuízo de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sua remuneração, será considerada cessada a licença na data em que o servidor for recolhido à prisão.

§ 2º—Se o servidor for, ao final do processo judicial, condenado, o afastamento sem remuneração perdurará até o cumprimento total da pena, em regime fechado ou semi-aberto, salvo na hipótese em que a decisão condenatória determinar a perda do cargo público.”

Punctum saliens da questão prejudicial de enfoque constitucional diz respeito ao afastamento do servidor público estadual do exercício do cargo, na hipótese de ser preso em flagrante, preventiva ou temporariamente, ou ainda pronunciado, com prejuízo de sua remuneração, até condenação ou absolvição transitada em julgado. Debate-se, no presente incidente, de maneira mais precisa e frente o caso concreto que lhe deu gênese, a constitucionalidade da suspensão da remuneração do servidor público recolhido à prisão.

Relegada a legitimidade do ato restritivo de liberdade para seara distinta, a suspensão da remuneração do servidor preso cautelarmente, embora se ampare na legalidade e moralidade administrativas, contrasta com princípios constitucionais elementares, como a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, Constituição da República) e irredutibilidade dos vencimentos dos servidores (art. 37, inciso XV, Constituição da República):

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;”

A suspensão da remuneração do servidor público preso cautelarmente viola, de maneira frontal, o princípio da não culpabilidade assegurado constitucionalmente, garantia esta que não se cinge à esfera do direito penal. Ao postulado, evidentemente, deve ser emprestada a máxima efetividade, alcançando quaisquer medidas restritivas de direito, independentemente de seu conteúdo, ainda que em sede administrativa (nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos *in* “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 8ª edição, pág. 713).

Não por acaso tal prerrogativa está positivada no rol de garantias constitucionais fundamentais, no anseio de assegurar aos destinatários, em seu aspecto amplo, uma vida livre, digna e igual de todas as pessoas, decorrência lógica da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição da República).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Trata-se, ademais, de princípio de caráter bifronte, possuindo dois destinatários: de um lado, o Poder Público, que a ela deve respeito e sofre limitações quanto ao desempenho de suas atividades institucionais; de outro, os cidadãos, que têm nesse princípio uma garantia fundamental constitucionalmente assegurada, oponível ao Poder do Estado.

A aplicação do dispositivo impugnado com imposição de sustação do pagamento da remuneração do servidor público provisoriamente custodiado traduz inequívoco caráter antecipatório da condenação que se busca no processo penal do qual originado o ato de constrição da liberdade, caráter este que se mostra inadmissível na jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto às prisões cautelares, que ostentam natureza de providência excepcional:

“A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. (...) A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 85538, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2005, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013)

Se as prisões cautelares são medidas de exceção, que não dispensam estrita presença dos requisitos exigidos na legislação processual penal e anseiam assegurar a regularidade da persecução criminal, e por isso não conflitam com o princípio da presunção de não culpabilidade, o mesmo é impossível concluir em relação à norma inserida no dispositivo impugnado.

Isto porque, em termos práticos, a despeito do encarceramento provisório do servidor, ocorre privação de sua remuneração sem que lhe tenha sido assegurada a ampla defesa e o contraditório em regular processo administrativo, e, mais, previamente ao alcance de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Neste particular, exercida ponderação frente aos princípios colidentes, sobrepõe-se à efetiva inexistência de contraprestação por parte do servidor, por absoluta impossibilidade material, a salvaguarda de não ser considerado culpado – e conseqüentemente não sofrer restrições em seu patrimônio por conta da persecução penal em andamento – mesmo porque esta impossibilidade material decorre do interesse da própria Administração Pública, que houve por bem decretar excepcionalmente a restrição cautelar da liberdade do investigado.

Importante frisar que, nesse aspecto, a prisão provisória ordenada pelo juízo criminal não alcança automaticamente aspectos patrimoniais do servidor, pena de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

violação de garantias constitucionais asseguradas a todo cidadão.

Em reforço a tal fundamento, vale consignar que em situação análoga, o legislador federal cuidou de observar expressamente a presunção de não culpabilidade ao dispor sobre o afastamento de agente público, sem prejuízo de sua remuneração, na própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/1992), em seu art. 20 e parágrafo único:

“Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.”

Da mesma forma, interpretando a previsão contida no artigo 29 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979), o C. Superior Tribunal de Justiça, a despeito da inexistência de previsão expressa no dispositivo, ponderou que no caso de eventual afastamento do magistrado de suas funções, para fins de investigação criminal, é obstada a suspensão do pagamento de sua remuneração:

“ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. CRIME. AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Nos termos do art. 29 da Lei Orgânica da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Magistratura Nacional, quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu Órgão Especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado.

II - Não obstante o dispositivo em comento não seja explícito quanto à manutenção da remuneração, a Eg. Corte Especial deste Tribunal tem se manifestado no sentido de que, no afastamento em questão, não deve ocorrer a suspensão do pagamento da remuneração do magistrado, até o julgamento definitivo da ação penal. Precedentes.

III - Consoante entendimento desta Corte, é vedada a redução de qualquer parcela do vencimento de servidores afastados de suas funções, até a decisão judicial definitiva acerca da prática dos crimes de que são acusados, excetuando-se as parcelas estritamente ligadas ao exercício da atividade. Precedentes.

IV - Recurso conhecido e provido.” (RMS 19188 RN 2004/0157670-0, Relator Ministro GILSON DIPP, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Julgamento: 12/09/2006, Publicação DJ 09/10/2006 p. 313) – grifou-se.

A similaridade em abstrato de tais circunstâncias à enfrentada no presente incidente justifica o entendimento ora adotado, pois ainda que se trate de agentes públicos de diferentes categorias, nada, ordinariamente, justifica distinta e mitigada subsunção dos princípios da não culpabilidade e da irredutibilidade da remuneração à hipótese de servidor público civil estadual, o que desafiaria a prerrogativa da isonomia (art. 5º, da Constituição da República).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Fato é que a norma estabelecida no dispositivo impugnado implica, sem qualquer esforço interpretativo, evidente restrição de natureza infraconstitucional que cinge o campo de atuação de prerrogativa estabelecida na Lei Maior, postura reprochada pelo C. Superior Tribunal de Justiça em situação de estrita similaridade:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. LC 4/90. ARTS. 37, XI, XII, 150, II, 153, III e 153, §2º, I, DA CF/88. Não cabe à lei restringir onde não o fez a Carta Magna. Daí a inconstitucionalidade do ato administrativo que reduz o vencimento de servidor público submetido a processo criminal e a prisão preventiva. Precedentes do STJ. Recurso provido” (STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 6.345, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 15/04/1999) – grifou-se.

Com efeito, a Corte Constitucional já se posicionou sobre o desalinho, à luz da Carta Magna, de dispositivos legais que mitigam ou suprimem a remuneração de servidor afastado de suas atividades transitória e previamente à sentença penal transitada em julgado. Importante precedente julgado pelo Pleno do C. Supremo Tribunal Federal, em 07.11.2007, de relatoria do eminente Min. Ricardo Lewandowski, que hoje preside a Suprema Corte, firmou a orientação até hoje prevalente no Pretório Excelso, ao analisar a constitucionalidade de dispositivo legal inserido no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Minas Gerais, que previa a redução da remuneração de servidor sujeito a prisão cautelar:

“ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III - Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual - GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal a quo, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido.” (RE 482006, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402) – grifou-se.

Registre-se, aliás, que a redação original do dispositivo impugnado também previa redução da remuneração do servidor para 2/3, como bem destacado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 174/175). Evidente que, se na redação original – que instituiu a redução – firmou-se posicionamento na Corte Máxima pela não recepção da norma por flagrante incompatibilidade vertical, a supressão total da remuneração ora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

vigente, sem dúvida mais gravosa, ostenta inequívoca pecha de inconstitucionalidade pelos mesmos fundamentos, uma vez editada já na vigência da Magna Carta.

Não bastasse, precedentes do C. Supremo Tribunal Federal ratificam a ofensa à Lei Maior na hipótese de redução ou suspensão da remuneração de servidores públicos sujeitos a prisão cautelar:

“Servidores presos preventivamente. Descontos nos proventos. Ilegalidade. Precedentes. Pretendida limitação temporal dessa situação. Impossibilidade por constituir inovação recursal deduzida em momento inoportuno. 1. A jurisprudência da Corte fixou entendimento no sentido de que o fato de o servidor público estar preso preventivamente não legitima a Administração a proceder a descontos em seus proventos. 2. O reconhecimento da legalidade desse desconto, a partir do trânsito em julgado de eventual decisão condenatória futura, constitui inovação recursal deduzida em momento inoportuno. 3. Agravo regimental não provido.” (AI 723284 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 22-10-2013 PUBLIC 23-10-2013) – grifou-se.

“HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...) A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. (...) A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. (...)” (HC 98212, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/11/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-02 PP-00305 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 350-356) – grifou-se.

Sem discrepar, assim também se posicionou o C. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DENÚNCIA. CRIME. TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA. AFASTAMENTO PROVISÓRIO. REDUÇÃO. VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DA PENA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

A jurisprudência é pacífica quanto a impossibilidade de redução salarial em casos de afastamento de servidor público denunciado pela prática de crime. Os mesmos precedentes ressalvam a supressão de vantagens vinculadas ao efetivo exercício, como, no caso, a produtividade fiscal. Interpretação que merece reparo, no que diz respeito à cessação da atividade contrária a vontade do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

servidor, por violar os princípios da irredutibilidade de vencimentos e da presunção de inocência, eis que constitui antecipação de cumprimento de eventual decisão judicial, sem trânsito em julgado. Há que se verificar, quanto a gratificação de desempenho fiscal, que a atividade cessa apenas por conveniência da administração, sem benefício ao servidor, que se vê impedido de efetivar sua produtividade, antes de qualquer condenação definitiva. Recurso provido.” (RMS 13.467/PR, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 282) – grifou-se.

Destarte, por inarredável violação aos princípios constitucionais da não culpabilidade e da irredutibilidade da remuneração aplicáveis aos servidores públicos, mostra-se flagrante o contraste da norma impugnada (art. 70 da Lei Estadual nº 10.261/1968, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo), com o texto constitucional, por violação às garantias estabelecidas nos artigos 5º, inciso LVII, e 37, inciso XV, da Constituição da República.

Registra-se, finalmente, não se tratando de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, inviável declaração de nulidade, por arrastamento, da redação original do dispositivo impugnado, mesmo porque editada em período anterior à atual Constituição (parâmetro), o que submete alegada incompatibilidade ao fenômeno intertemporal, dispensada observância da cláusula de reserva de plenário, como acentua a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹:

¹ /n “Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 8ª edição, pág. 1.075.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“Eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal. Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao STF, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia, na terminologia civilista, de simples aplicação do princípio lex posterior derogat priori, e não propriamente um exame de constitucionalidade. Registrem-se duas peculiaridades dessa análise de vigência de normas no tempo: não aplicação da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF) e da fórmula de comunicação ao Senado (art. 52, X, CF).”

Ante o exposto, por maioria, acolhe-se arguição de inconstitucionalidade, determinando retorno dos autos à C. Câmara suscitante.

FRANCISCO CASCONI

Relator

Assinatura Eletrônica