



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



PROCESSO: SMA-3333/16 (GDOC 16847-758969/2016)

PARECER: PA n.º 1/2017

INTERESSADO: IF - INSTITUTO FLORESTAL

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS. Decreto Estadual n.º 33.174, de 8 de abril de 1991. Centro de Convivência Infantil do Instituto Florestal. Decreto Estadual n.º 15.591, de 25 de agosto de 1980. Inexistência de autorização legislativa para a concessão de vantagem pecuniária intitulada "auxílio-creche". Precedente: Parecer PA n.º 154/2009. Tramitação de diversos expedientes que visam à alteração do Decreto n.º 33.174/1991, com destaque ao Processo SF-23657-698264/2016, no qual emitido o Parecer AJG n.º 524/2016. Necessidade de se conferir uniformidade no tratamento da matéria no âmbito da Administração direta e indireta, se necessário, mediante intervenção de ordem legislativa.

1. Cuida-se de consulta formulada pelo Instituto Florestal acerca da viabilidade jurídica de se instituir auxílio-creche a seus servidores em substituição ao serviço atualmente prestado por seu Centro de Convivência Infantil - CCI, criado pelo Decreto Estadual n.º 15.591, de 25 de agosto de 1980.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A. 94
Fls. _____
<i>Manoel</i>

2. A justificativa contida no Despacho da Diretoria Geral da entidade relata a crescente dificuldade em manter o Centro de Convivência Infantil dado o decréscimo gradual de crianças atendidas e a falta de quadro para assumir a coordenação e responsabilidade técnica desse órgão, para cuja função a Unidade Central de Recursos Humanos exige formação técnica, razão pela qual propõe a adoção do modelo de auxílio-creche instituído pela São Paulo Previdência (fls. 57/61).

3. Aduz a autoridade consulente que a minuta de portaria de concessão do auxílio-creche aos servidores do Instituto Florestal (fls. 49/56) foi elaborada nos moldes da Portaria SPPREV nº 145, de 11 de dezembro de 2008¹ (fls. 29/37), o qual teria contado com o aval do Tribunal de Contas do Estado² e do órgão jurídico da Secretaria da Fazenda³, relatando, ainda, a apresentação de minuta de decreto para extinção do CCI do Instituto Florestal, o qual tramita em expediente próprio (SMA nº 3.332/2016).

4. A matéria foi alçada ao exame da Consultoria Jurídica da Secretaria do Meio Ambiente que, por meio do Parecer CJ/SMA nº 471/2016⁴, ressaltou a existência de orientação institucional firmada por meio do Parecer PA nº 154/2009, no qual se asseverou inexistir amparo legal para a instituição de auxílio-creche “seja por valor fixo ou mediante indenização/reembolso posterior”. Considerando, contudo, o despacho da então Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria no tocante à possibilidade de terceirização da prestação do serviço, propôs o órgão jurídico diligência à UCRH com o fito de se

¹ Que, por sua vez, teve como base a Portaria IPESP nº 241, de 6/10/2006, que regulamentou a concessão do auxílio-creche aos servidores da então Superintendência do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (fls. 4/11).

² Parecer do Relator ANTONIO ROQUE CITADINI, nos autos do Processo TC-29893/026/90, no qual formulada consulta pelo IPESP acerca da concessão de auxílio-creche a seus funcionários. Cópia do extrato da decisão, publicado no DOE de 19/12/1990, encontra-se às fls. 12.

³ Parecer nº 1095/2008, de autoria do Procurador do Estado MANOEL FRANCISCO PINHO, aprovado pela Chefia do órgão jurídico (fls. 18/26).

⁴ Parecerista Procurador do Estado DANIEL SMOLENTZOV.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



verificar o atual andamento da questão. Asseverou o i. parecerista, por fim, que o tema versado apresenta similitude com aquele tratado no Parecer PA nº 61/2012, “notadamente pelo fornecimento ‘in natura’ e pela transitoriedade presente em ambos”, razão pela qual propôs a oitiva desta Especializada, mormente considerando a inexistência de diretriz uniforme sobre o assunto no âmbito da Administração Pública (fls. 88/89vº). Mencionados opinativos encontram-se encartados às fls. 63/73 e 74/87 dos autos, respectivamente.

5. Endossando o opinativo, a i. Chefia do órgão jurídico assinalou que “a orientação fixada no Parecer PA 154/2009 mereceria ser revista a fim de que seja reconhecida a possibilidade de fornecimento de auxílio-creche, ou de contratação dos serviços de creche pela Administração Pública, mediante credenciamento de estabelecimentos, com valores determinados, sempre que a autoridade reconhecer que a aplicação de regra constante do Decreto Estadual nº 33.174/91, de instituição do Centro de Convivência Infantil – CCI, não se apresenta como a solução técnica e economicamente mais adequada para o atendimento de crianças de até 7 (sete) anos de idade, filhos ou dependentes legais de funcionários e de servidores públicos” (fls. 90).

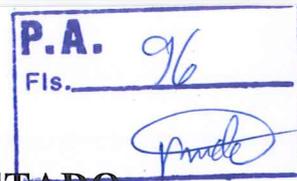
6. Acolhendo proposta da Consultoria Jurídica, vieram os autos a esta Especializada por determinação da Senhora Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para manifestação “acerca da possibilidade de instituição do auxílio-creche nos moldes do auxílio-alimentação” (fls. 91).

É o relato do essencial. Opinamos.

7. Como bem anotou o parecerista preopinante, o assunto relativo à concessão de auxílio-creche já foi submetido ao exame desta Especializada. A valer, vige na Instituição a orientação firmada por ocasião da parcial aprovação ao Parecer PA nº 154/2009, no qual foi assentada a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



inviabilidade de atendimento do pedido inicial formulado pela Unidade hospitalar, de concessão de auxílio pecuniário fixo ou indenizatório para que os representantes legais das crianças em idade pré-escolar paguem as mensalidades da creche escolhida.

(Despacho da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral)

8. A tese exposta no referido opinativo fundou-se na ausência de lei específica para outorga de vantagem pecuniária denominada auxílio-creche que, “em última análise, passaria a constituir *plus remuneratório*”, em desatendimento ao artigo 37, X, da Constituição Federal.

9. De outro turno, não nos parece possa o tema receber o mesmo tratamento dado à matéria submetida ao exame do Parecer PA nº 61/2012, no qual se cuidou de concessão de benefícios *in natura*, cuja instituição “independe de lei, não havendo afronta ao disposto no artigo 128 da Constituição do Estado, porquanto não constitui vantagem funcional *stricto sensu* e, sendo transitória, não se incorpora ao salário”.

10. Essa a diretriz que vem sendo reafirmada no âmbito da Instituição no que diz respeito aos **benefícios *in natura***, como é a hipótese do fornecimento de refeições⁵ (Pareceres PA-3 nº 375/199, PA n.ºs 76/2010 e 61/2012; Parecer GPG-CONS nº 96/2006) e a concessão do vale-cultura, recentemente examinado no Parecer PA nº 7/2015, desacolhido superiormente.

⁵ Também tratada como “vale-refeição”, “refeições subsidiadas” ou “auxílio-complementação”, cujo benefício é distinto do **auxílio-alimentação**, vantagem instituída pela Lei Estadual nº 7.524, de 28 de outubro de 1991. A propósito, remetemos à leitura do Parecer PA nº 76/2015, no qual cuidamos de analisar a possibilidade de cumulação de benefícios de caráter semelhante ao auxílio-alimentação.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



11. A propósito desse último opinativo, asseverou a douta Chefia desta Especializada⁶ ao propor a desaprovação ao Parecer PA nº 7/2015, que:

dadas as similaridades apontadas entre os programas federais de cultura e de alimentação em cotejo, é forçoso concluir, à vista da jurisprudência administrativa do Estado, que também a concessão do vale-cultura independe da edição da lei reclamada pelo artigo 128 da Carta Paulista. Veja-se bem que, por só poder ser convertido em produtos ou serviços específicos e por ser insusceptível de transformação em pecúnia, o benefício trabalhista previsto na Lei Federal nº 12.761/2012 tem todas as características de um fornecimento *in natura*, apenas diferido no tempo, já que o trabalhador recebe de seu empregador tão só o título (vale) que lhe proporcionará, no futuro, o usufruto de certos bens culturais.

12. Pensamos que o caso *sub examine*, pelos contornos conferidos ao benefício segundo a minuta apresentada, não se subsume à hipótese de parcelas pagas *in natura*, com o devido respeito ao entendimento do órgão jurídico preopinante.

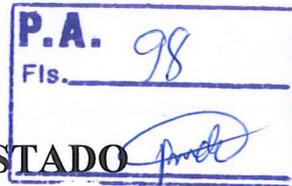
13. Por fim, cumpre registrar que há outros expedientes tramitando que envolvem a forma de aplicação e mesmo propostas de alteração do Decreto Estadual nº 33.174, de 8 de abril de 1991⁷. Dentre eles,

⁶ Procurador do Estado Dr. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

⁷ Recentemente foi submetida ao exame desta Especializada matéria relativa à alteração do limite etário para acolhimento nos CCIs frente às inovações trazidas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 53/2006 e 59/2006, no qual emitido o Parecer PA nº 83/2016 (Procuradora do Estado JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, GDOC 18488-813124/2016), ainda pendente de apreciação pelas instâncias superiores.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



destacamos o Processo SF-23657-698264/2016, no qual se objetiva alterar o limite etário das crianças a serem atendidas pelos Centros e os servidores abrangidos pelo programa.

13.1. Muito embora assentindo às alterações propostas pelo órgão de origem, a douta Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral do Estado recomendou estudos para melhor reformulação do programa, propiciando, assim, “futura tomada de decisão quanto a sua natureza e extensão” (Parecer AJG nº 524/2016⁸, cuja cópia anexamos ao final deste opinativo).

13.2. A valer, não passou despercebido pelo órgão de assessoria tanto o descompasso quanto à forma de prestação do serviço contida na norma regulamentar ante a realidade com que se depara a Administração atualmente⁹, como a necessidade de se conferir uniformidade uma vez constatada a disparidade no tratamento da matéria no âmbito da Administração direta e indireta¹⁰. Colhe-se daquele opinativo:

Por essa razão, e ressalvada a ausência de competência deste órgão jurídico para imiscuir-se em assuntos técnicos, em fase anterior à alteração da estrutura normativa existente, há que se definir a natureza e extensão do benefício, em última análise,

⁸ Parecerista Procuradora do Estado FLÁVIA DELLA COLLETA DEPINÉ.

⁹ Como muito bem anotou a i. parecerista, “Nada obstante a inegável delegabilidade da atividade, a norma regulamentar que se pretende alterar parece estabelecer diretriz de execução direta da atividade, tanto que determina em seu artigo 5º caber às Secretarias de Estado e aos órgãos da Administração direta e fundacional em suas respectivas áreas de atuação a *instalação, a manutenção e a direção* de Centros de Convivência Infantil, atribuindo, ainda, no seu artigo 7º, a condição de ‘unidades técnicas de natureza interdisciplinar’” (item 12.2 do Parecer AJG nº 524/2016, grifos da autora).

¹⁰ Corroborar essa constatação o teor do relatório contido no Parecer ARSESP nº 9/2016 (Procurador do Estado MARCELO DE AQUINO, Processo ARSESP.ADM-0281-2015), no qual consta que “28 órgãos do Estado de São Paulo teriam concedido o aludido benefício, dentre outros, os seguintes: Secretaria de Agricultura e Abastecimento, Casa Civil, Secretaria da Fazenda, Secretaria do Meio Ambiente, DAESP, DER, Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, IAMSPE e SPPREV”. O órgão jurídico, invocando a orientação traçada no Parecer PA nº 154/2009, concluiu pela inviabilidade de se instituir o auxílio-creche à míngua de autorização legal.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



se a Administração direta, tal qual a indireta, pretende conceder auxílio-creche aos seus servidores, adotando-se, nesta hipótese, as medidas cabíveis, inclusive de ordem legislativa, ou, ao contrário, se pretende manter o programa em andamento, tão somente alterando, se assim o entender, a forma de prestação (direta e indireta) dos serviços. Apenas de posse destas definições, de índole eminentemente meritória, será possível, com a segurança que se faz necessária, ofertar minuta de decreto substitutiva ou mesmo apontar a eventual necessidade de autorização legislativa.

(Item 14 do Parecer AJG nº 524/2016) (grifamos)

14. No mais, a questão relativa à terceirização da prestação do serviço de acolhimento de crianças mereceu orientação diversa desde a aprovação superior ao Parecer GPG/CONS nº 43/2011¹¹, quando então se considerou possível a execução indireta do serviço dada a ausência de óbices à delegação desta atividade.

15. Das considerações expostas, e à luz da diretriz ora vigente firmada por ocasião da parcial aprovação ao Parecer PA nº 154/2009, é inviável a concessão de “auxílio pecuniário fixo ou indenizatório para que os representantes legais das crianças em idade pré-escolar paguem as mensalidades da creche escolhida”, à míngua de autorização legislativa.

16. Propomos, ao final da tramitação deste expediente, o encaminhamento de cópia da orientação aprovada nesta Instituição à Unidade Central de Recursos Humanos¹², a quem compete a orientação técnica das

¹¹ Parecerista Procuradora do Estado FLÁVIA DELLA COLLETA DEPINÉ.

¹² Transferida para a Secretaria de Planejamento e Gestão, nos termos do Decreto Estadual nº 61.035, de 1º de janeiro de 2015 (artigo 5º, inciso III, alínea “b”).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A. 100
Fis. _____

atividades de administração de pessoal no âmbito da Administração Direta e Autárquica (artigo 30 do Decreto Estadual nº 51.463, de 1º de janeiro de 2007).

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 6 de Janeiro de 2017.

SUZANA SOO SUN LEE

Procurador do Estado

OAB/SP n.º 227.865



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



PROCESSO SF-23657-698264/2016
PARECER 524/2016
INTERESSADO SECRETARIA DA FAZENDA
ASSUNTO **PODER REGULAMENTAR.** Proposta de alteração de redação de dispositivos do Decreto n. 33.174, de 8.4.1991, que dispõe sobre o Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração pública estadual, objetivando adequar o texto à Constituição Federal, artigo 208, I e Lei 12.796, de 04/04/2013, art. 4º, I, no que se refere a idade máxima da criança a ser atendida e de ampliação do programa para passar a abranger filhos(as) ou dependentes legais de servidores, independentemente do sexo. Benefício de creche. Criança em idade pré-escolar. Igualdade de gênero. Política pública que demanda melhor delineamento. Oportunidade de reformulação do programa e de decisão quanto a sua natureza, extensão e forma de prestação (direta e indireta).

1. Por representação do Titular da Pasta da Fazenda (fls. 31), vieram os autos a esta Assessoria para exame e manifestação quando à proposta de alteração de dispositivos do Decreto n. 33.174, de 08 de abril de 1991, que “dispõe sobre o Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração Pública Estadual”, com a finalidade de adequar a norma regulamentar à Emenda Constitucional nº 59/2009, em especial em relação ao critério etário para acolhimento da criança no programa, visto que a educação básica obrigatória tem início aos 4 (quatro) anos de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



idade, bem como para que passe a alcançar, sem distinção de gênero, todos os servidores públicos estaduais.

2. A justificativa da medida intentada, apresentada pela Diretora do DRH da Pasta de origem e ratificada por seu Titular (fls. 02/06), aponta que o Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração pública estadual prevê o acolhimento e o atendimento, em referidos Centros, de *“crianças de até 7 (sete) anos de idade, filhos ou dependentes legais de funcionárias e servidoras das Secretarias e dos órgãos da Administração indireta e fundacional do Estado que estejam no exercício de suas funções”*. Estabelece, ainda, em relação aos filhos dos servidores públicos do sexo masculino, que o benefício poderá ser usufruído na hipótese excepcional de *“viuvez, invalidez, devidamente comprovada do cônjuge, separação legal ou de fato”* (artigo 2º, parágrafo único, do decreto que se pretende alterar)¹.

2.1 Aduz que a norma regulamentar não se coaduna com a Constituição Federal tanto no que se refere ao critério etário para acolhimento da criança, que a partir dos 4 (quatro) anos completos deve ter o acesso garantido à *“educação básica e gratuita”*, nos termos do artigo 208, I, da CF, como em relação à distinção de gênero para acesso ao programa, destinado prioritariamente aos filhos de servidoras públicas.

2.2 Nesse sentido, advoga que a partir dos 4 (quatro) anos de idade as crianças acolhidas nos Centros de Convivência Infantil não deveriam lá permanecer, porquanto estes equivalem às creches que, nos termos da Lei 9.394, de 20/12/1996, art. 30, I e II², destinam-se às crianças de até três anos de idade.

¹ **Artigo 2.º** - O Programa a que se refere o artigo 1.º deste decreto tem por objetivo proporcionar a prestação de serviços necessários ao acolhimento e ao atendimento de crianças de até 7 (sete) anos de idade, filhos ou dependentes legais de funcionárias e servidoras das Secretarias e dos órgãos da Administração indireta e fundacional do Estado que estejam no exercício de suas funções, mediante instalação e administração de Centros de Convivência Infantil, consoante critérios a serem previamente estabelecidos.

Parágrafo único - Os funcionários e servidores que, em razão de viuvez, invalidez, devidamente comprovada do cônjuge, separação legal ou de fato, tenham a guarda dos filhos, farão jus aos benefícios deste decreto.

² Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



2.3 Explicita que a distinção de gênero feita pela norma não se coaduna com o princípio constitucional da isonomia, o que foi objeto de manifestação da Consultoria Jurídica da Pasta que desde a aprovação do Parecer CJ/SF nº 526/201 fixou entendimento segundo o qual *“o Decreto nº 33.174/91 deve ser interpretado em consonância com a Constituição Federal e o Código Civil, de maneira a permitir que, havendo vagas, filhos(as) de servidores homens possam ser matriculados em creches ou equivalentes custeados pela Administração, ainda que estes (os pais) não se enquadrem nas situações excepcionais previstas no parágrafo único do art. 2º do referido Decreto”*³.

3. Esclarece, ainda, que considerando que não sobrevieram orientações, nos termos do que estabelece o artigo 4º da norma regulamentar, para adequação do Programa de Centros de Convivência Infantil ao ordenamento jurídico vigente, a Secretaria da Fazenda, *“a fim de dar o devido cumprimento à EC nº 59/2009 e ao artigo 4º da LDB nº 9394/1996, editou[se] a Resolução SF-79, de 12 de dezembro de 2013 (anexa) realizando a referida adequação”*.

3.1 Assim, no âmbito da referida Pasta, por resolução, estabeleceu-se que os CCIs destinam-se a acolher *“os filhos ou dependentes sob guarda ou tutela legal de Servidor Responsável, com idade compreendida entre 5 (cinco) meses até 4 (quatro) anos incompletos, durante o tempo de permanência no trabalho do Servidor Fazendário em efetivo exercício de seu cargo/função-atividade”*⁴.

4. Em arremate, esclarece que em razão de a Resolução expedida pela Secretaria da Fazenda não se coadunar com a literalidade do texto da norma regulamentar, o Estado tem sido acionado judicialmente havendo decisões judiciais obrigando a Fazenda a manter junto aos CCIs filhos de servidores até

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

³ Trecho despachado do opinativo, juntado por cópia às fls. 13/16.

⁴ Cópia da resolução às fls. 17/19.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



os 7 (sete) anos de idade, situação que se pretende equacionar com a alteração do decreto, na forma proposta.

5. Submetida a proposta à análise da Consultoria Jurídica que serve à Pasta, sobreveio o Parecer CJ/SF n. 904//2016 (fls. 24/26), que concluiu pela viabilidade jurídica da medida, tendo destacado a ausência de análise quanto aos aspectos de conveniência e oportunidade da proposta e apresentado sugestões de ajustes de ordem técnica quanto à redação da minuta.

5.1 Ao aprovar o opinativo em referência, a Procuradora do Estado Chefe do Órgão Jurídico acatou a proposta de submissão da matéria à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, *“por se tratar de proposta regulamentar que irradia efeitos por toda a Administração pública paulista”*.

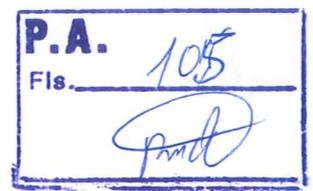
6. A Chefia de Gabinete da Pasta enviou os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral que, por meio do despacho SubG – Cons. N° 313/2016 (fls. 28), anuiu com o entendimento externado pela Consultoria Jurídica da Pasta, destacando a *“regularidade da minuta de decreto proposta às fls. 21, tato no aspecto formal como no material”* e a competência do Chefe do Executivo para análise de conveniência e oportunidade da medida.

7. Retornando os autos à origem, sobreveio manifestação do Coordenador da Coordenadoria Geral de Administração do Gabinete, que destacou a ausência de estrutura física e de pessoal das unidades do CCI junto à Secretaria da Fazenda, o que tem implicado que referidos serviços sejam prestados de forma indireta, por meio da contratação de escolas infantis ou creches/berçários (fls. 29/30).

7.1 Registrou, também, que as disposições constantes da minuta de decreto de fls. 21 refletem *“as situações contratuais já consolidadas e os dados históricos existentes, que também permitirão realizar previsões orçamentárias e capacidades de acolhimento”*, destacando a urgente necessidade de *“revisão do Decreto n° 33.174, de 1991, já mencionado, frente aos dispositivos*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



constitucionais e legais que tratam do assunto, precipuamente em relação à faixa etária máxima para acolhimento das crianças e questão de gênero, para nortear os processos decisórios de ofertas dos serviços por meio de contratações/manutenção de instalações e ajustes contratuais”.

Brevemente relatados, opino.

8. A proposta de édito ora em exame pretende dar nova redação ao *caput* do art. 2º do Decreto nº 33.174, de 8 de abril de 1991, para constar que o Programa de Centros de Convivência Infantil - CCI passará a ter por objetivo proporcionar a prestação de serviços necessários ao acolhimento e ao atendimento *“de crianças de até (quatro) anos incompletos, filhos ou dependentes legais de servidores das Secretarias e dos órgãos da Administração indireta e fundacional do Estado que estejam no exercício de suas funções”*

9. Além disso, pretende-se acrescentar Disposições Transitórias, artigo 1º, com a seguinte norma:

Art. 1º - Mediante ato próprio, os Secretários de Estado, o Procurador Geral do estado e os Dirigentes dos órgãos da Administração Indireta e Fundacional expedirão normas complementares às do Decreto nº 33.174, de 8 de abril de 1991, quanto aos procedimentos de compatibilização de idade dos filhos ou dependentes servidoras.

10. A justificativa para a medida intentada, conforme relatado, escora-se na necessidade de adequar o programa estadual às novas disposições da Lei 9.394, de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), introduzidas pela Lei 12.796/2013, que refletem a Emenda 59 à Constituição Federal, que **estabeleceu que a educação básica obrigatória inicia-se aos quatro anos de idade.**

10.1. Nesse sentido, segundo a justificativa, o Programa, desde a origem, tem por finalidade apenas o **acolhimento e o atendimento**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



dos filhos de servidores da Administração pública estadual que estejam no exercício de suas funções, equivalendo à creche, disciplinada, atualmente, no artigo 30 da Lei de Diretrizes e Bases da Nacional, *verbis*:

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

- I- Creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;
- II- Pré-escolas, para crianças de 4 (quatro) a cinco (cinco) anos de idade.

10.2 O programa, ainda conforme justificativa, jamais intentou abarcar a educação básica obrigatória, que, nos termos da legislação de regência vigente, tem início aos 4 (quatro) anos de idade, conforme artigo 4º, I, da LDB – Lei 9.394, de 1996⁵. É dizer, o programa, por opção governamental, não tem por finalidade prestar assistência gratuita aos filhos e dependentes dos servidores públicos em pré-escolas, mas somente em creches, razão porque a norma regulamentar deve adequar-se à sua finalidade, no que concerne à faixa etária de acolhimento das crianças.

10.3 De outro lado, a propositura busca adequar o Programa à Constituição Federal, no que concerne à igualdade de gênero, passando a atender os filhos e dependentes legais dos servidores do sexo masculino, sem a restrição atualmente vigente (parágrafo único do art. 2º)⁶.

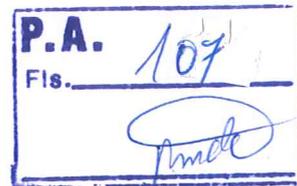
11. Conforme entendimento externado pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, que, inclusive, foi ratificado pela Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, a *“alteração do artigo 2º do Decreto estadual nº 33.174/1991 mostra-se em tese viável, cabendo ao Chefe do Executivo a análise da conveniência e oportunidade da propositura”*.

⁵ Art. 4º O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

⁶ Parágrafo único – Os funcionários e servidores que, em razão da viuvez, invalidez, devidamente comprovada do cônjuge, separação legal ou de fato, tenham a guarda dos filhos, farão jus ao benefício deste decreto.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



12. Não me afasto do entendimento externado. No entanto, considero que antes há a necessidade de empreender estudos a fim de melhor delinear o programa, **reformulando-o**, se for necessário. A própria informação CGA-G nº 1484/2016 (fls. 29/30) segundo a qual “nenhuma das unidades fazendárias possui espaço físico e instalações para acolher crianças e não cotam em seu Quadro de Pessoal com profissional especializado e admitido/nomeado para realizar serviços dessa natureza, razão porque a única via é a contratação direta ou credenciamentos de escolas infantis ou creches/berçários”, autoriza esta conclusão.

12.1 A terceirização do serviço de “acolhimento e atendimento” visando atender o Programa de Centro de Convivência Infantil, referida na informação CGA-G nº 1484/16, não encontra obstáculo, porquanto se constitui em atividade delegável - não há norma ou princípio que vede sua execução indireta.

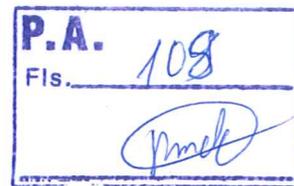
12.2 Nada obstante a inegável delegabilidade da atividade, a norma regulamentar que se pretende alterar parece estabelecer diretriz de execução direta da atividade, tanto que determina em seu artigo 5º caber às Secretarias de Estado e aos órgãos da Administração indireta e fundacional em suas respectivas áreas de atuação a **instalação, a manutenção e a direção** de Centros de Convivência Infantil, atribuindo, ainda, no seu artigo 7º, a condição de “unidades técnicas de natureza interdisciplinar”.

12.3 Em razão dos referidos dispositivos, bem como do disposto no artigo 8º das Disposições Finais do Decreto em análise, as Secretarias, a Procuradoria Geral do Estado e as autarquias contam, como regra, com CCI – Centros de Convivência Infantil em sua estrutura administrativa. No que se refere, por exemplo, à Procuradoria Geral do Estado, o CCI é definido como unidade de natureza interdisciplinar, com nível de Seção Técnica, conforme art. 6º, inciso VI, do Decreto nº. 38.708, de 06/06/1994.

12.4. É bem verdade que, ainda levando em conta, a título exemplificativo, a realidade da Procuradoria Geral do Estado, de há muito referido CCI foi desativado, mas a estrutura normativa persiste. Ao que parece, a opção pela



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



prestação indireta da atividade é uma realidade em muitos dos órgãos da Administração direta, parecendo permanente.

13. Afora isso, em pesquisa ao sítio da ALESP⁷ localizou-se a Portaria SPPREV – 145, de 11-12-2008 por meio da qual a Autarquia, para atendimento ao disposto no Decreto n. 33.174, de 1991, concedeu auxílio-creche aos seus servidores. Constatou-se, portanto, que a Administração tem cumprido a norma regulamentar de forma distinta, o que parece indicar a necessidade de reanálise das diretrizes do programa, para que haja uniformidade no tratamento da matéria junto à Administração.

14. Por essa razão, e ressalvada a ausência de competência deste órgão jurídico para imiscuir-se em assuntos técnicos, em fase anterior à alteração da estrutura normativa existente, há que se definir a natureza e extensão do benefício, em última análise, se a Administração direta, tal qual a indireta, pretende conceder auxílio-creche aos seus servidores, adotando-se, nesta hipótese, as medidas cabíveis, inclusive de ordem legislativa, ou, ao contrário, se pretende manter o programa em andamento, tão somente alterando, se assim o entender, a forma de prestação (direta e indireta) dos serviços. Apenas de posse destas definições, de índole eminentemente meritória, será possível, com a segurança que se faz necessária, ofertar minuta de decreto substitutiva ou mesmo apontar a eventual necessidade de autorização legislativa.

15. Sob outro enfoque é de todo recomendável repensar o Programa no que concerne ao seu âmbito de aplicação. Há que ser sopesado que, para os empregados das empresas públicas e sociedade de economia mista (compreendidas no artigo 1º do éditto) e para os empregados públicos, o disposto no artigo 7º, inciso XXV⁸, da Constituição Federal aplica-se, o que não ocorre com aos servidores ocupantes de cargo público, conforme artigo 39, §3º da Constituição

⁷ <http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=20919>. Acesso em 20.10.2016.

⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



Federal⁹. Nada impede, no entanto, o Estado, se assim o entender, de conceder aos ocupantes de cargo o benefício da “*assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas*”, a que se refere o artigo 7º, inciso XXV, da CF, adotando, nesta hipóteses, as medidas de ordem legal cabíveis.

16. Vale notar, ainda, que os Centros de Convivência Infantil, em última análise, poderiam sim receber e cuidar das crianças, filhos ou dependentes legais de servidores públicos, a partir dos 4 (quatro) anos de idade, desde que em horário oposto ao período escolar (contraturno), o que, mais uma vez, demanda decisão de conveniência e oportunidade. O que **não** é juridicamente viável é que crianças de 4 (quatro) a 7 (sete) anos permaneçam em horário integral junto aos CCIs, **privadas da educação básica**.

17. De qualquer sorte, para tanto, a Administração deve empreender estudos a fim de definir a natureza e extensão do benefício que pretende conceder aos seus servidores, para só então adotar as medidas (sentido lato) necessária a tanto.

18. De mais a mais, não me parece razoável, tampouco coerente, a edição de decreto para alterar o artigo 2º do Decreto nº 33.174, de 08 de abril de 1991, mantendo-se hígido o artigo 4º do referido regulamento, que dá, em relação ao Programa, importante atribuição à Secretaria do Menor. Ao que tudo indica a referida Secretaria (do Menor) hoje é a Secretaria de Desenvolvimento Social, é dizer, permanece na estrutura da Administração pública estadual, com outra denominação. Há que se considerar, no entanto, que as normas regulamentares que se sucederam a partir do Decreto n. 26.906, de 15/03/1987 (que cria a Secretaria do Menor), não alteram apenas a denominação da Pasta, mas significativamente a sua estrutura e finalidade, o que impede conclusão segura segundo a qual a Secretaria de Desenvolvimento Social é a Pasta atualmente responsável por exercer as atribuições conferidas pelo artigo 4º do édito que se pretende alterar.

⁹ § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



18.1 Por essa razão é de todo recomendável reavaliar também o disposto no artigo 4º, inclusive com relação à Pasta responsável por fixar as diretrizes e acompanhamento o Programa.

19. Em que pese a justificativa do Titular da Pasta e sem olvidar os problemas, inclusive judiciais, que tem enfrentado, entendo que a Administração deveria empreender estudo global a fim de reformular o Programa e não apenas alterá-lo pontualmente, nos termos da propositura em análise. Para tanto, sugere-se a instituição de Grupo Técnico que ficaria responsável por esgotar, no âmbito interno, o exame do assunto, coletando, se necessário, dados complementares com os participantes do mesmo (art. 3º do édito), o que permitirá a futura tomada de decisão quanto a sua natureza e extensão.

20. A despeito das recomendações feitas, e em linha com o Despacho Sub-G-Cons. Nº 313/2006, a propositura **não** é juridicamente inviável, a despeito de não ser, salvo melhor juízo, de boa técnica, porquanto não resolve a ausência de uniformidade no tratamento da matéria no âmbito da Administração direta e indireta estadual.

21. Considerando a ausência de obstáculo de ordem jurídica à propositura, proponho o encaminhamento dos autos, por intermédio da Secretaria de Governo, à Deliberação do Chefe do Executivo, autoridade competente para edição do decreto, registrando que, **exclusivamente** para os fins intentados pelo Titular da Pasta, a minuta acostada à contracapa dos autos é adequada e pode ser utilizada.

ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE, 1º
de novembro de 2016.

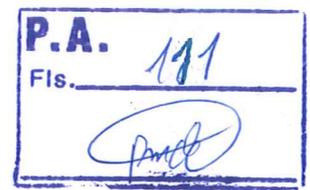
FLÁVIA DELLA COLETTA DEPINÉ
Procuradora do Estado Assessora

P524/2016/FDCD/aav

de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE



PROCESSO SF-23657-698264/2016
INTERESSADO SECRETARIA DA FAZENDA
ASSUNTO PODER REGULAMENTAR.

Aprovo o parecer retro, que concluiu que a proposta de alteração pontual do Decreto n. 33.174, de 8.4.1991, que dispõe sobre o Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração pública estadual, é juridicamente viável, sendo, no entanto, recomendável, para além da questão de mérito da propositura, que a Administração, previamente, empreenda estudos para esgotar, no âmbito interno, o exame do assunto, coletando, se necessário, dados complementares junto aos participantes do desenvolvimento do Programa (art. 3º do édito), o que permitirá e instrumentalizará a futura tomada de decisão quanto a sua natureza e extensão.

Com estas considerações, encaminhem-se os autos, por intermédio da Secretaria de Governo, à deliberação do Governador do Estado, autoridade competente nos termos do artigo 47 da Constituição estadual.

GPG., 1º de novembro de 2016.

FÁBIO TEIXEIRA REZENDE
PROCURADOR DO ESTADO ACESSOR
CHEFE SUBSTITUTO
ASSESSORIA JURÍDICA DO GABINETE – AJG

P524/2016/FDCD/aav



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



PROCESSO: GDOC n.º 16847-758969/2016 (SMA-3333/16)
PARECER: PA n.º 1/2017
INTERESSADO: IF - INSTITUTO FLORESTAL

De acordo com o **Parecer PA n.º 1/2017**, que está em harmonia com a orientação vigente na Procuradoria Geral do Estado a respeito da matéria.

Em resumo, a concessão do assim chamado “auxílio-creche” ou de qualquer outra *vantagem pecuniária* ao servidor público depende da edição de lei, como determina o artigo 128 da Constituição do Estado. Questão bastante diversa está relacionada à prestação do *serviço administrativo* de acolhimento de crianças durante o horário de trabalho de seus responsáveis legais, que, de acordo com os precedentes invocados no parecer, pode ser objeto de execução indireta, a depender do que disponha o regulamento editado sobre o assunto pelo Chefe do Executivo.

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

P.A., em 6 de janeiro de 2017.


DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP n.º 245.540



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: SMA-3333/16
INTERESSADO: IF - INSTITUTO FLORESTAL
ASSUNTO: CONCESSÃO DE DIREITOS E BENEFÍCIOS - AUXÍLIO
CRECHE
PARECER: PA n.º 1/2017

Estou de acordo com o **Parecer PA n.º 1/2017**, acolhido pela Chefia da Procuradoria Administrativa, que concluiu, diante da ausência de previsão legal, pela impossibilidade de ser instituído auxílio-creche aos servidores, em substituição ao serviço atualmente prestado pelo Centro de Convivência Infantil.

Referido parecer, ao analisar a natureza do benefício pretendido, reforça a interpretação no sentido da impossibilidade em classificá-lo como vantagem *in natura*.

A solução já delineada pela Procuradoria Geral do Estado como alternativa ao pagamento do auxílio creche e à inviabilidade de ser utilizado o Centro de Convivência Infantil, é a contratação de serviços de atendimento e assistência educacional por particulares. Com efeito, no Parecer GPG n.º 41/2011 e com fundamento nos Pareceres PA n.º 157/98 (Subg. Cons. n.º 17/02), PA n.º 209/09 e PA n.º 160/09, e no despacho de aprovação parcial ao Parecer AGJ n.º 1117/96, já foi sedimentada a orientação jurídica sobre a possibilidade de contratação de serviços considerados como atividade-meio no âmbito da Administração Pública, como pode ser considerado o atendimento e assistência educacional a crianças, filhos de servidores da Procuradoria Geral do Estado que preencham os requisitos elencados no artigo 2º, *caput*, e parágrafo único do Decreto n.º 33.174, de 08 de abril de 1991¹ c.c. artigo 37, VI, "a", do Decreto n.º. 38.708, de 06 de junho de 1994².

Assinatura manuscrita em azul no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Tal orientação poderá ser adotada pelo Instituto Florestal – ou outro órgão ou entidade do Estado de São Paulo – desde que seja demonstrada a existência de interesse público na referida contratação e de recursos orçamentários para tal fim, bem como a inviabilidade de ser utilizado o órgão público criado para a mesma atividade.

Para tanto, é possível que a Administração deflagre a licitação (hipótese em que todos os filhos dos beneficiários serão destinatários da mesma instituição de ensino) ou modele a contratação de modo a tornar possível a utilização do regime de credenciamento, por meio de inexigibilidade de licitação fundada no artigo 25, *caput*, da Lei federal nº 8.666/93³, haja vista a inviabilidade de competição⁴ (hipótese

¹ Art. 2º - O Programa a que se refere o artigo 1º deste decreto tem por objetivo proporcionar a prestação de serviços necessários ao acolhimento e ao atendimento de crianças de até 7 (sete) anos de idade, filhos ou dependentes legais de funcionárias e servidoras das Secretarias e dos órgãos da Administração indireta e fundacional do Estado que estejam no exercício de suas funções, mediante instalação e administração de Centros de Convivência Infantil, consoante critérios a serem previamente estabelecidos.

Parágrafo único – os funcionários e servidores que, em razão de viuvez, invalidez, devidamente comprovada do cônjuge, separação legal ou de fato, tenham a guarda dos filhos, farão jus ao benefício deste decreto.

² Art. 37 – O Centro de Convivência Infantil tem as seguintes atribuições:

I- *omissis*;

a) Receber e cuidar das crianças, filhos de funcionárias e servidoras, durante seu horário de trabalho;

³ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]

⁴ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Marçal Justen Filho, cujas lições encontramos no Parecer PA nº 290/2007⁴, esclarecem: “*se a Administração pretende credenciar médicos ou hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que preenchem os requisitos indispensáveis, não se há de falar em licitação. É que o credenciamento não pressupõe qualquer disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados*”(Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 40/42) [...] “*se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação*” (Contratação direta sem licitação. 5ª ed.. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 531) [...] “*não haverá necessidade de licitação quando houver número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excluyente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. O raciocínio não é afastado nem mesmo em face da imposição de certos requisitos ou exigências mínimos. Sempre que a contratação não caracterizar uma “escolha” ou “preferência” da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.*” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 39/40).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

que cabe aos beneficiários a escolha de local que mais lhes agrade, dentre os possíveis credenciados).

Com tais considerações aprovo o **Parecer PA nº 1/2017**, com amparo no art. 21, IX, da Lei estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo).

Encaminhem-se os autos à d.Consultoria Jurídica da Secretaria do Meio Ambiente para ciência e retorno à origem.

SubG-Consultoria, 19 de Abril de 2017.

Assinatura manuscrita em tinta azul de Cristina M. Wagner Mastrobuono.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: SMA-3333/16
INTERESSADO: IF - INSTITUTO FLORESTAL
COTA: SUBG-CONS n.º 200/2017
ASSUNTO: CONCESSÃO DE DIREITOS E BENEFÍCIOS - AUXÍLIO
CRECHE

Ao Expediente,

1. Solicito divulgação do parecer **PA nº 01/2017** por meio de Ofício Circular SubG Cons para “Listagem completa PA”, UCRH e SPPREV.
2. Após, encaminhe-se à d.Consultoria Jurídica da Secretaria do Meio Ambiente para ciência, com proposta do retorno à origem.

São Paulo, 19 de Abril de 2017.

Assinatura manuscrita em azul da advogada Cristina M. Wagner Mastrobuono.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL