



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2019.0000723612**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0011250-69.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO INCIDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS PETRONI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 28 de agosto de 2019.

**ALVARO PASSOS**  
**RELATOR**  
 Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Voto nº 31822/TJ – Rel. Álvaro Passos – Órgão Especial**  
**Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011250-69.2019.8.26.0000**  
**Suscitante: 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**Interessados: DEFENSORIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (E OUTROS)**  
**Comarca: São Paulo – F. Fazenda Pública – 15ª Vara F. Pública**

**EMENTA**

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Incidente suscitado pela C. 2ª Câmara de Direito Público nos autos de ação pública que discute a nulidade de itens de resolução que prevêm a realização de determinados exames em mulheres candidatas de concurso público – Argumentação de ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e igualdade com a submissão a exames de colpocitologia oncótica e de mamografia pelas mulheres nos itens “h” e “i” do Anexo da Resolução – Ato normativo secundário que tem a sua validade diretamente baseada em lei infraconstitucional (ato normativo primário), cuja análise de regularidade pode ser feita apenas no âmbito da legalidade e não da constitucionalidade – Precedentes do E. STF e desta E. Corte – Hipótese que se enquadra no conceito de inconstitucionalidade indireta (ou reflexa) a ser examinada na esfera legal, sem se confundir com a inconstitucionalidade derivada (ou consequente) – Requerimentos de ingresso na qualidade de “amicus curiae” prejudicados – Arguição não conhecida.*

**Vistos.**

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento de apelação interposta



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente ação civil pública, reconhecendo a nulidade dos itens “h” e “i” do Anexo da Resolução SPG nº 18/2015 do DPME, estabelecendo que “o exame de colpocitologia oncótica (Papanicolau) seja substituído por relatório médico no qual não deve constar o motivo da não realização do referido exame e que ateste a saúde da mulher para fins de aptidão para a posse nos cargos públicos, nos termos da Consulta nº 79.277/15 do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo”.

A C. Câmara suscitante verificou, quando do julgamento do recurso, a presença de questão prejudicial consistente na inconstitucionalidade dos referidos itens diante do fato de que, desde a inicial e posteriormente em todas as deliberações do feito, foram observadas as questões referentes aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e igualdade.

Intimados os interessados, sobrevieram manifestações da autora (Defensoria Pública do Estado de São Paulo) e da Procuradoria Geral do Estado.

Na sequência, foram apresentados quatro pedidos de ingresso na qualidade de *amicus curiae*: Associação Paulista de Defensores Públicos: Educafro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes: Associação de Servidores e Servidoras da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – ASDPESP e ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Após o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo não conhecimento do incidente por falta de indicação pelo órgão fracionário do entendimento da presença ou não de inconstitucionalidade, vieram os autos à conclusão para julgamento.

**É o relatório.**



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Foi suscitado o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade com o intuito de deliberar acerca de pontos específicos da Resolução SPG nº 18/2015 editada pela Secretaria de Gestão e Planejamento do Estado de São Paulo, dispondo sobre exames médicos admissionais para cargos públicos efetivos a serem realizados pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPM, considerando que a ação foi proposta para buscar a declaração de nulidade da exigência, às mulheres, dos exames de colpocitologia oncótica e de mamografia, previstos nos itens “h” e “i” de seu anexo.

Tal texto, que foi direcionado a este C. Órgão Especial para análise de constitucionalidade, não inova o ordenamento jurídico e deve obedecer aos preceitos legais sobre o tema de seu conteúdo, detendo, assim, caráter de ato normativo secundário, de modo que não tem a sua validade decorrente de forma direta da Constituição e sim de lei sobre o tópico, à qual está vinculado. Com efeito, diante de tal natureza, mostra-se inviável a realização de controle de constitucionalidade sobre ele, seja na via concentrada (abstrata) ou na difusa (concreta), pois em ambas o parâmetro deve ser o texto constitucional, tendo em vista que a sua regularidade deve ser examinada com base nas pertinentes normas infraconstitucionais, essas sim de situação de ato normativo primário e que pode ser objeto de análise em relação aos preceitos constitucionais. Eventual anormalidade que se entenda que deva ser apreciada sobre resoluções, e outros atos normativos secundários, deve ser feita no âmbito da legalidade.

A referida resolução advém da existência de legislação sobre o funcionalismo público civil do Estado e as regras para a sua admissão, como o que pode ser verificado na Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, e no Decreto nº 29.180, de 11 de novembro de 1988, que



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estabelece o Regulamento de Perícias Médicas.

Destarte, a hipótese se enquadra no conceito de inconstitucionalidade indireta, ou reflexa, cuja apreciação deve ser feita entre a resolução e a legislação infraconstitucional à qual está diretamente conectada, tratando-se, assim, de questão a ser tratada no exame da legalidade e não constitucionalidade.

Oportuno registrar, neste ponto, que a chamada inconstitucionalidade reflexa é distinta da inconstitucionalidade derivada (ou consequente), a qual sobrevém nos casos em que a lei infraconstitucional (ato normativo primário) é declarada inconstitucional e, por consequência, os atos normativos secundários que dela dependem ficam automaticamente invalidados.

Adotando esse posicionamento de que a discussão de validade de ato normativo secundário se encontra no âmbito da legalidade e não constitucionalidade, já julgou o E. Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. PORTARIA 404/2012 DA SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO (SPU). AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE PRIMÁRIA. DESCABIMENTO. ARTIGO 18, II, §§ 2º, 5º e 8º, DA LEI 9.636/1998. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. INÉPCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Portaria 404/2012 da Secretaria de Patrimônio da União (SPU) não detém caráter normativo autônomo, pois extrai seu fundamento de validade da Lei 9.636/1998, a qual prevê expressamente, entre outros, a onerosidade da cessão de uso de espaços físicos em águas públicas. 2. A ação direta de inconstitucionalidade não é meio processual idôneo para afirmar a validade constitucional de determinado ato normativo quando, para chegar a esse veredicto, é necessário avaliar, preliminarmente, se ele é compatível com o ordenamento legal aplicável. 3. O pedido subsidiário para declaração de



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inconstitucionalidade, sem redução do texto, do art. 18, II, §§ 2º, 5º e 8º, da Lei 9.636/1998, articulado em termos meramente genéricos, desatende pressuposto para desenvolvimento adequado do processo. Inicial inepta. 4. Esta CORTE inadmite, para fins de questionamento da higidez constitucional de norma, que a impugnação se apresente de forma abstrata. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4819 AgR/DF - Distrito Federal – Tribunal Pleno – Rel. Min. Alexandre de Moraes – J. 12/11/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA DO INSS. CRÉDITO CONSIGNADO. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 10.820/2003. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é inviável o controle concentrado de instrução normativa editada para regulamentar lei, desafiando o controle de legalidade e não de constitucionalidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI nº 6111 AgR/DF - Distrito Federal – Tribunal Pleno – Rel. Min. Edson Fachin – J. 06/05/2019)

Nesse sentido igualmente tem sido proferidos os julgados neste C. Órgão Especial:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 274, § 3º, do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo (Decreto nº 45.490/00) – Obrigação acessória de informar a base de cálculo das mercadorias adquiridas para revendas, bem como qual o imposto foi retido e o valor da parcela a ser retido na operação subsequente. Preliminar - Ato normativo secundário. A natureza de ato administrativo secundário é informada pela própria lei que instituiu o ICMS, em seu art. 67, § 1º, ao estabelecer que 'os modelos de documentos e livros fiscais, a forma e os prazos de sua emissão e escrituração, bem como disposições sobre sua dispensa ou obrigatoriedade de manutenção, serão estabelecidos em regulamento ou em normas complementares' – Seu caráter regulamentar também consta expressamente na justificativa do Decreto nº 45.490, de 30-11-2000: 'MÁRIO COVAS, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

legais e objetivando regulamentar a aplicação da Lei n.º 6.374, de 1.º 3-3-1989 (negritos do relator) – O art. 274, § 3º é insuscetível de questionamento em controle de constitucionalidade, já que não possuiu suficiente densidade normativa e o exame in abstracto tem como parâmetro apenas de forma indireta ou reflexa o texto de normas constitucionais - O decreto regulamentar tem fundamento de validade direto na Lei Estadual nº 6.374, de 1º-3-1989, devendo a questão ser resolvida no exame da legalidade. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004062-25.2019.8.26.0000 – Órgão Especial – Jundiaí – Rel. Carlos Bueno – J. 10/04/2019)

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Resolução nº 01, de 19 de fevereiro de 2015, expedida pelo Superintendente da Companhia Municipal de Trânsito de Cubatão, que reconheceu que reajustes concedidos pelas Leis Municipais nºs 2259/1994 e 2274/1994, devem ser estendidos aos servidores da Companhia Municipal de Trânsito, retroagindo os efeitos da sua aplicação a data de 29.10.2014, convalidando os atos administrativos praticados sob a égide da Resolução nº 09/2014. Ato normativo secundário. Descabimento da declaração de inconstitucionalidade. Incidente não acolhido, com determinação. (Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade nº 0050224-15.2018.8.26.0000 – Órgão Especial – Cubatão – Rel. Xavier de Aquino – J. 13/03/2019)

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Resolução do CONTRAN e Portaria do DETRAN-SP, que vedam o credenciamento como EVCs (Empresas Credenciadas de Vistoria) de empresas cujos sócios ou proprietários exerçam outra atividade regulamentada pelos citados órgãos. Alegação de exercício exorbitante do poder regulamentador. Arguição não comporta acolhimento. Dispositivos que regulamentam o Código de Trânsito Brasileiro (art. 22, X). Inexistência e conflito de constitucionalidade direto. Atos normativos secundários. Eventual eiva exorbitante dos atos implica em crise de legalidade. Desnecessária a manifestação deste C. Órgão Especial. Precedentes. Incidente não acolhido (Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade nº 0026096-28.2018.8.26.0000 –





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Órgão Especial – Araraquara – Rel. Péricles Piza – J. 05/09/2018)

Diante de todo o explanado, o presente incidente não merece ser conhecido, o que prejudica os requerimentos elaborados com a pretensão de ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*.

Ante o exposto, **não conheço** do incidente suscitado.

**ÁLVARO PASSOS**

Relator