



Registro: 2023.0000401192

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2300668-92.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUNHA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÉA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO E LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 17 de maio de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 33.598

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

PROCESSO Nº 2300668-92.2022.8.26.0000

AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA E OUTRO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE CUNHA – LEIS COMPLEMENTARES Nº 1.250, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2009, E Nº 1.808, DE 02 DE MARÇO DE 2022 – CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA SEM DESCRIÇÃO LEGAL DAS ATRIBUIÇÕES OU COM FUNÇÕES TÉCNICAS E ADMINISTRATIVAS INCOMPATÍVEIS COM ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO – DESNECESSIDADE DE ESPECIAL RELAÇÃO DE FIDÚCIA – OFENSA AO TEMA Nº 1.010 DO STF.

1. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 115, V, CE)
2. A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado (Tema nº 1.010 do STF). Extensão do entendimento às funções de confiança.
3. Funções inerentes ao sistema público de ensino. Matéria de competência legislativa privativa da União (art. 22, XXIV, CF), que já a exerceu por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelecendo a forma de provimento efetivo para cargos (art. 67, I, Lei nº 9.394/1996). Inovação indevida do Município que usurpa competência da União em evidente ofensa ao pacto federativo.
4. É inconstitucional a criação de cargos em comissão e funções de confiança sem a descrição clara e objetiva das atribuições na lei instituidora. Temas nº 670 e 1.010 do STF.
5. Cargo em comissão de Diretor(a) de Educação e Cultura e função de Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Fundamental criados sem descrição legal das atribuições. Ofensa ao princípio da legalidade.
6. As funções de Diretor(a) de Escola, Vice-Diretor(a) de Escola e Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino



Infantil são técnicas e administrativas não demandando especial relação de fidúcia entre nomeado e a autoridade nomeante. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente, com modulação de efeitos e ressalva quanto à irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face dos arts. 6º, II, 9º, 10, 32, 33 da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022; das expressões “Diretor (a) de Escola”, “Vice-Diretor (a) de Escola”, “Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Fundamental”, “Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Infantil” e “Diretor(a) de Educação e Cultura” previstas no Anexo I da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, daquele Município; dos c) arts. 1º, 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 13 da Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, do Município de Cunha; e da expressão “à Classe de Especialistas da Educação (SQC-I)” prevista no art. 49 da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar n. 1.808, de 02 de março de 2022, daquele Município.

Sustenta o autor, em síntese, que a função de confiança e o cargo e comissão devem se ater às atribuições de assessoramento, chefia e direção, nos termos dos artigos 115, II (“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração”) e V (“as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”), e 251 (“a lei assegurará a valorização dos profissionais de ensino, mediante fixação de Direta de Inconstitucionalidade nº 2300668-92.2022.8.26.0000 - São Paulo - VOTO Nº 33.598 3



planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional, carga horária compatível com o exercício das funções e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos") da Constituição Estadual. Aduz, ainda, que todas as competências relativas à função de confiança e ao cargo e comissão devem estar descritas em lei de iniciativa do Governador do Estado, como se depreende do art. 24 ("A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição"), § 2º ("Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre"), 1 ("criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração") e art. 111 ("A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência"), da Constituição Estadual. De resto, invoca o Tema nº 1.010 do STF e aponta que a competência para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional é da União.

Sem pedido de liminar, os réus prestaram informações defendendo a constitucionalidade das normas (fls. 417/422 e 425/431). A Procuradoria Geral do Estado não se manifestou, apesar de regularmente citada (fls. 413). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 467/478).

É o relatório.

Segundo dispõem o art. 37, V, da Constituição Federal, e o art. 115, V, da Constituição Estadual, "as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento".



A regra, portanto, é que as funções públicas sejam desempenhadas por servidores efetivos, aprovados em concurso público que, segundo HELY LOPES MEIRELLES, “é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costuma abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 2006, 32ª edição, pág. 434). Excepcionalmente as funções de direção, chefia e assessoramento são de livre nomeação e exoneração de acordo com a vontade do Administrador.

A experiência, todavia, demonstrou uma tendência legislativa de se valer da pouca concretude da expressão “atribuições de direção, chefia e assessoramento” para ampliar o espectro de excepcionalidade constitucional, o que culminou com o julgamento dos Temas nº 670 e 1.010 pelo Supremo Tribunal Federal. Eis como foram redigidas as teses firmadas:

“I - No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para questionar a validade de leis que criam cargos em comissão, ao fundamento de que não se destinam a funções de direção, chefia e assessoramento, o Tribunal deve analisar as atribuições previstas para os cargos;
 II - Na fundamentação do julgamento, o Tribunal não está obrigado se pronunciar sobre a constitucionalidade de cada cargo criado, individualmente”.

“a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
 b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;



c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e
 d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir."

Tais diretrizes, embora se refiram a cargos de provimento em comissão, se aplicam indistintamente às funções de confiança, também chamadas funções comissionadas ou funções gratificadas, ambos destinados a funções de direção, chefia e assessoramento. Esclarecidos os parâmetros que nortearão o julgamento, passa-se à análise dos dispositivos legais impugnados, que estão assim redigidos:

Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009

Artigo 6º - O Quadro do Magistério é constituído de série de classes de docentes e classes de especialistas da educação, integradas nos Subquadros do Quadro do Magistério, na seguinte conformidade:

I. Série de Classes de Docentes:

- a) Professor de Educação Básica 1 (PEB-I) SQC-II e SQF-I;
- b) Professor de Educação Básica I da Educação Infantil (PEB I - SQC - 11 e SQF 1;
- c) Professor de Educação Básica 11 (PEB-II) SQC-II e SQF-I;
- d) Professor de Educação Básica II da Educação Especial (PEB II SQC-II e SQF-I).

II. Classes de Especialistas de Educação:

- a) Diretor de Escola;
 - b) Vice-Diretor de Escola;
 - c) Chefe da Coordenação Pedagógica de Educação Básica I;
 - d) Chefe da Coordenação Pedagógica de Educação Infantil.
- (...)

Artigo 9º - Os ocupantes de cargos das classes de especialista de educação previstos no Artigo 6º, inciso II letras a, b e c, atuarão conforme suas respectivas especialidades, em todos os níveis de ensino.

Artigo 10 - O Chefe da Coordenação Pedagógica de Educação Infantil, previsto no Artigo 6º, inciso II, letra d, atuará, observada as diretrizes da Política Educacional vigente no município, no planejamento, organização, coordenação administrativa e pedagógica, avaliação e integração das atividades desenvolvidas no âmbito da educação infantil nas modalidades Creche e Escola Municipal de Educação Infantil (EME I).



(...)

Artigo 32 — São atribuições específicas do Vice-Diretor de Escola:

- I. Auxiliar o Diretor na Administração escolar;
- II. Responder pela direção da Unidade Escolar, nas faltas impedimentos ocasionais do Diretor;
- III. Orientar a realização de atividades sociais, literárias esportivas dos alunos;
- IV. Orientar a execução das ordens emanadas do Diretor;
- V. Superintender a disciplina dos alunos de conformidade com orientação superior;
- VI. Zelar pela boa ordem e higiene da Unidade Escolar;
- VII. Desempenhar tarefas afins-

Artigo 33 - São atribuições específicas do Diretor de Escola:

- I. planejar o trabalho do ano letivo com o corpo docente;
- II . organizar o quadro de classe e remetê-lo ao órgão competente;
- III. organizar e supervisionar os trabalhos de matrícula;
- IV. atribuir a sala, turno e classe em que devam lecionar os professores;
- V. designar professores para substituições eventuais e outras atividades do Magistério;
- VI. distribuir as classes entre os Especialistas em Educação;
- VII. promover reuniões de pais e mestres;
- VIII. promover e supervisionar a organização das atividades extracurriculares da Unidade Escolar;
- IX. supervisionar o trabalho dos especialistas em educação e Professores Especializados;
- X. receber verbas destinadas à Unidade Escolar e prestar contas de sua aplicação;
- XI. manter atualizados os livros de escrituração da Unidade Escolar;
- XII. providenciar o material didático e de consumo, orientando e controlando o seu uso;
- XIII. convocar e presidir Reuniões Pedagógico-administrativas, fazendo lavrar Atas dos assuntos tratados;
- XIV. controlar a execução do Programa de Ensino, em cada bimestre, conjuntamente com o Coordenador;
- XV. fazer reuniões com o pessoal administrativo para discriminar as atribuições de cada servidor e orientar os trabalhos de limpeza e conservação;
- XVI. comparecer a reuniões, quando convocado por autoridades do Ensino;
- XVII. presidir o colegiado da Unidade Escolar;
- XVIII. desempenhar tarefas afins.

(...)

CLASSE DE ESPECIALISTAS		
Denominação	Formas de provimento	Requisitos para provimento do cargo
Secretário Municipal da	Nomeação em comissão precedida de	Licenciatura Plena em Pedagogia com



Educação	escolha por parte da Administração Municipal Superior	Habilitação em Gestão Escolar
Diretor de Escola	Nomeação em comissão precedida de escolha por parte da Administração Municipal Superior	Licenciatura Plena em Pedagogia com Habilitação em Gestão Escolar e experiência mínima de 3 (três) anos no Magistério Público.
Vice-Diretor de Escola	Nomeação em comissão precedida de escolha por parte da Administração Municipal Superior	Licenciatura Plena em Pedagogia com Habilitação em Gestão Escolar e experiência mínima de 3 (três) anos no Magistério Público.
Chefe da Coordenação Pedagógica de Educação Básica I	Nomeação em comissão precedida de escolha por parte da Administração Municipal Superior	Licenciatura Plena em Pedagogia, ou curso de pós-graduação na área da educação e experiência mínima de 2 (dois) anos no Magistério Público Municipal.
Chefe da Coordenação Pedagógica de Educação Infantil	Nomeação em comissão precedida de escolha por parte da Administração Municipal Superior	Licenciatura Plena em Pedagogia, ou curso de pós-graduação na área da educação e experiência mínima de 2 (dois) anos no Magistério Público Municipal.

Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022

Art. 1º - A Seção I do Capítulo II da Lei Complementar nº 1.250/09 fica acrescida do artigo 4Aº, com a seguinte redação:

"Artigo 4Aº - Ficam instituídas junto ao Quadro do Magistério, as funções de confiança de Diretor de Escola, Vice-Diretor de Escola, Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica - Ensino Fundamental e de Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica - Ensino Infantil, cujas atribuições, quantitativos, forma e requisitos para preenchimento constam desta lei complementar e de seu Anexo I."



Art. 2º - O inciso I e o § 1º, item 1 do artigo 5º da Lei Complementar Municipal nº 1.250/09 passam a ter a seguinte redação:

"Artigo 5º (...)

I. Subquadro de Funções de Confiança (SQC);

II. (...)

§ 1º - O Subquadro de Funções de Confiança (SQC) compreende o seguinte:

I. Classe de Especialistas da Educação (SQC-I), constituída de funções de confiança;"

Art. 3º - Acrescenta § 3º ao artigo 5º da Lei Complementar Municipal nº 1.250/09, com a seguinte redação:

"§ 3º - As funções de confiança da Classe de Especialistas da Educação (SQC-I), reservadas à direção, à chefia e ao assessoramento, serão exercidas, exclusivamente, por designação de docentes vinculados ao Quadro do Magistério Público Municipal de Cunha, na forma e mediante o preenchimento dos requisitos especificados no Anexo I desta lei complementar."

(...)

Art. 7º - O caput do artigo 19 da Lei Complementar nº 1.250/09 passa a ter a seguinte redação:

"Artigo 19 - A função de confiança de Diretor de Escola será obrigatória nas Unidades Escolares de Ensino Fundamental com, no mínimo, 10 (dez) salas de aula, e com, pelo menos, 12 salas de aula nas Unidades Escolares de Educação Infantil, que funcionam em um, dois ou mais turnos."

Art. 8º - O item 2 do § 1º do artigo 39 da Lei Complementar nº 1.250/09 passa a ter a seguinte redação:

"§ 1º (...)

2. quando se tratar de exercente de função de confiança, a pedido do servidor ou a critério da Administração."

Art. 9º - O artigo 41 da Lei Complementar nº 1.250/09 passa a ter a seguinte redação:

"Artigo 41 —A jornada de trabalho do exercente de função de confiança de especialista da educação será de 40 (quarenta) horas semanais."

(...)

Art. 11 - O § 5º do artigo 49 da Lei Complementar nº 1.250/09 passa a ter a seguinte redação:

"§ 5º - A gratificação a que faz jus o docente, quando designado para o exercício das funções de confiança da Classe de Especialistas da Educação (SQC-I), não se incorporará ao cargo de origem sob nenhuma hipótese."

Art. 12 - Acrescenta § 6º ao artigo 49 da Lei Complementar nº 1.250/09, com a seguinte redação:

"Artigo 49 (...)

§ 6º - A gratificação de que trata o caput deste artigo, devida ao



docente em virtude do exercício das funções de confiança da Classe de Especialistas da Educação (SQC-I), e enquanto perdurar a respectiva designação, corresponderá ao valor da diferença havida entre o resultado do somatório do salário-base e do adicional por tempo de serviço do docente, e aqueles valores fixados na tabela de níveis e de vencimentos anexa à Lei 867/2001, com suas posteriores alterações, para os seguintes níveis de referência:

- a) 27A, para a função de confiança de Chefe de Coordenação Pedagógica;
- b) 28A, para a função de confiança de Vice-Diretor de Escola; e
- c) 29A, para a função de confiança de Diretor de Escola."

Art. 13 - O caput do artigo 86 da Lei Complementar nº 1.250/09 passa a ter a seguinte redação:

"Artigo 86 - Aos docentes efetivos em exercício das funções de confiança da Classe de Especialistas da Educação (SQC-I), fica garantido o direito de concorrer ao processo de remoção."

(...)

Anexo I

Cargos e funções de confiança

(...)

CLASSE DE ESPECIALISTAS DA EDUCAÇÃO			
Diretor (a) de Escola	Designação	Licenciatura Plena em Pedagogia com Habilitação em Gestão Escolar e, no mínimo, 3 (três) anos de efetivo exercício no Magistério Público Municipal de Cunha	Um (a) para cada Unidade Escolar com, pelo menos, 10 salas de aula na Educação Fundamental e, no mínimo, 12 salas de aula na Educação Infantil
Vice-Diretor (a) de Escola	Designação	Licenciatura Plena em Pedagogia com Habilitação em Gestão Escolar e, no mínimo, 3 (três) anos de efetivo exercício no Magistério Público Municipal de Cunha	Um (a) para cada Unidade Escolar com, pelo menos, 20 salas de aula na Educação Fundamental e, no mínimo, 25 salas de aula na Educação Infantil
Chefe da Coordenação	Designação	Licenciatura Plena em Pedagogia ou curso	Um (a) para cada Unidade



Pedagógica de Educação Básica – Ensino Fundamental		Normal Superior e, no mínimo, 3 (três) anos de efetivo exercício no Magistério Público Municipal de Cunha	Escolar com, no mínimo, 6 e, no máximo, 13 salas de aula, e Dois para Unidades Escolares com mais de 13 salas de aula
Chefe da Coordenação Pedagógica de Educação Básica - Ensino Infantil	Designação	Licenciatura Plena em Pedagogia ou curso Normal Superior e, no mínimo, 3 (três) anos de efetivo exercício no Magistério Público Municipal de Cunha	Um (a) para cada Unidade Escolar com até 25 salas de aula, e Dois para Unidades Escolares com mais de 25 salas de aula

Ressalte-se inicialmente que de acordo com a Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV), daí porque não podem os Municípios inovar na matéria referente à organização da rede oficial de ensino, dispondo sobre cargos e funções com usurpação de competência legislativa federal em evidente ofensa ao pacto federativo.

Aliás, sobre a matéria a União editou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que trata das diretrizes e bases da educação nacional, estabelecendo, dentre outras questões, que “os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive, nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público, ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos” (art. 67, I).

Mas não é só. O cargo em comissão de Diretor(a) de Educação e Cultura e a função de confiança de Chefe de Coordenação



Pedagógica de Educação Básica – Ensino Fundamental foram criados desacompanhados das atribuições, o que ofende o princípio da legalidade e, por si só, é suficiente para fulminar de constitucionalidade as normas que os criaram.

Como cediço, a “*organização legal do serviço público* é exigida pela Constituição ao permitir a acessibilidade dos ‘cargos, empregos e funções públicas’ a todos os brasileiros ‘que preencham os requisitos estabelecidos em lei’, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I). A parte final do dispositivo refere-se expressamente à *lei*. Isto significa que todo cargo público só pode ser criado e modificado por norma legal aprovada pelo Legislativo” (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 32ª edição, 2006, pág. 416, grifei).

Cargo público, por sua vez, ensina o renomado e saudoso publicista, “é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei” (ob. cit. pág. 417, grifei). No mesmo sentido a doutrina de DIOGENES GASPARINI, para quem “a criação de cargo significa sua institucionalização, com denominação própria, quantidade certa, atribuições e correspondente estipêndio” (Direito Administrativo, Saraiva, 11ª edição, 2006, pág. 262).

No mesmo sentido a doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO: “A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que ‘fica criado o cargo de servidor público’. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, Direta de Inconstitucionalidade nº 2300668-92.2022.8.26.0000 - São Paulo - VOTO Nº 33.598 12



determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica” (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2005, pág. 581).

A criação singela do cargo em comissão, além de impedir o exame das atribuições e sua compatibilidade com as funções de chefia, direção e assessoramento, viola o princípio da legalidade estrita, segundo o qual “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 42^a edição, pág. 92). Se não há lei autorizando tais agentes públicos a desempenhar suas funções na máquina pública, então tais agentes estão desautorizados a agir.

Nessa linha, este Colegiado repetidamente reconhece a inconstitucionalidade de normas que criam cargos públicos sem descrever suas atribuições:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 11, 16, 17 e 18, da Lei 4.972, de 11 de fevereiro de 1998, do Município de Franca - Ausência de discriminação das atividades e atribuições do cargo de provimento em comissão de "Diretor do sistema municipal de ensino" e a função de confiança de "Professor Coordenador" - Violação à Orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal (Tema 1.010) – Violação aos artigos 24, §2º, 1, 111, 115, II e V e 144, todos da Constituição Estadual, que reproduzem os artigos 37, caput e incisos II e V, da Constituição da República de 1998 – Reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos legais pelo Prefeito Municipal - Ação direta julgada procedente” (Direta de Inconstitucionalidade 2272410-09.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 22/06/22).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis do Município de Regente Feijó – Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada – Criação de diversos cargos de provimento efetivo, cargos em comissão e funções de confiança – Ausência de descrição legal das atribuições dos cargos e funções existentes na estrutura administrativa do Município de Regente Feijó – Inadmissibilidade –



Ofensa ao princípio da legalidade – Violação aos artigos 111, 115, inciso I, e 144 da Constituição do Estado – Modulação dos efeitos. Pedido procedente, com modulação” (Direta de Inconstitucionalidade 2202674-98.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 01/06/22).

Quanto às funções de Diretor de Escola, Vice-Diretor de Escola e Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Infantil (não confundir com Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Fundamental, sobre o qual já se tratou), a despeito da nomenclatura adotada pelo legislador, a análise objetiva do descriptivo legal deixa claro que as atribuições dos profissionais são de natureza técnica, operacional, administrativa, não demandando especial relação de fidúcia entre o servidor nomeado e a autoridade nomeante, além daquela que ordinariamente se exige para o exercício de todo cargo público.

Deveras, são atribuições próprias da rotina escolar ligadas à manutenção de atividade pública permanente que não demandam o “estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas”, como bem explicitado na manifestação do Procurador-Geral da República, incorporada ao voto do relator do RE nº 1.041.210, objeto do Tema nº 1.010 do STF, para indicar o verdadeiro significado e abrangência dos cargos de direção, chefia e assessoramento. Trata-se aqui de funções pedagógicas e de apoio à atividade escolar sem qualquer excepcionalidade de natureza política ou ideológica que justifique sejam ocupadas por agentes de confiança da autoridade nomeante.

Nesse sentido vem decidindo este E. Órgão Especial em casos análogos, conforme se infere da ementa dos seguintes venerandos arrestos:



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Cargos de provimento em comissão de "Supervisor Educacional", "Diretor de Escola", "Vice-Diretor de Escola", "Coordenador Técnico Pedagógico" e "Coordenador Pedagógico de Unidade Escolar", constantes na Lei Complementar nº 1.788, de 12 de fevereiro de 2015 do Município de Sete Barras, que devem ser preenchidos por integrantes de carreira mediante ingresso por concurso público - Afronta ao artigo 67, inciso I da lei federal nº 9.394/96 - Cargos criados de provimento em comissão e de funções de confiança cujas atribuições não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, mas a atividades burocráticas e técnicas - Relação de confiança não evidenciada - Violação aos artigos 111, 115, incisos II e V, 251 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo - Tema objeto de julgamento nos autos da Repercussão Geral 1.010 (RE 1.041.210), em que o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que "a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais" (leading case) - Julgamentos reiterados desta Corte - **AÇÃO JULGADA PROCEDENTE**, com modulação dos efeitos, aplicando-se o prazo de 120 dias" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2110806-05.2022.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 06/09/2022).

"Direta de Inconstitucionalidade - Município de Ilha Comprida - Alegação de inconstitucionalidade a) das expressões "Administrador Regional", "Assessor de Divisão", "Assessor de Departamento", "Assessor Executivo", "Diretor de Divisão", Diretor Executivo", "Diretor Técnico I", "Supervisor de Núcleo", "Motorista de Gabinete II", "Supervisor Programa Criança Feliz", "Assistente Diretor Escola", "Coordenador Pedagógico I", "Coordenador Pedagógico II", "Diretor de Escola", "Diretor de Escola II" e "Supervisor de Ensino", previstas nos Anexos I, III e X, da Lei n. 803, de 03 de março de 2010, em sua redação consolidada (e, por arrastamento, em sua redação original); b) do Decreto Municipal n. 696, de 05 de novembro de 2012; c) da Lei n. 1.169, de 285 de agosto de 2014; d) da Lei n. 1.245, de 29 de setembro de 2015; e) do art. 4º da Lei n. 1.550, de 22 de novembro de 2018; f) do art. 2º da Lei n. 1.669, de 21 de janeiro de 2020; g) do art. 2º da Lei n. 1.714, de 03 de julho de 2020.

1. Cargos em comissão de "Administrador Regional", "Diretor de Divisão", Diretor Executivo", "Supervisor de Núcleo", e "Motorista de Gabinete II" - Não demonstrado o atendimento aos requisitos de atribuições de chefia, direção ou assessoramento na formulação fixada pelo C. STF quando do julgamento do Tema nº 1.010 de Repercussão Geral Descrição das atribuições que revela atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, sem qualquer relação de confiança com o agente nomeador Injustificada inobservância da regra de provimento por concurso público Violação ao art. 115, II e V da Constituição Estadual - Ação procedente, nesta parte.

2. Cargos em comissão de "Assessor de Divisão", "Assessor de Departamento" e



“Assessor Executivo” - As atribuições dos cargos de “Assessor de Divisão” e “Assessor Executivo” em nada correspondem ao conceito constitucional de “assessoramento”, não se verificando o exercício de funções de auxílio direto e especializado aos agentes políticos na tomada de decisões inerentes ao exercício da atividade-fim - O cargo de “Assessor de Departamento”, por outro lado, indica típica função de assessoramento da autoridade nomeante no desempenho de suas funções, aí entendida a atividade finalística da pasta. Inexistência de Secretarias no Município - Repartição interna de competências se dá por intermédio de Departamentos, razão pela qual os Diretores de Departamento (cargo não questionado no feito em análise), bem como seus assessores, encontram-se no primeiro escalão da estrutura organizacional - Ação parcialmente procedente, neste ponto.

3. Cargos em comissão de “Supervisor do Programa Criança Feliz” e “Diretor Técnico I” - A ausência de descrição das atribuições inviabiliza a verificação do cumprimento dos requisitos do art. 115, II e V da Constituição Estadual - Desatendimento dos critérios fixados no Tema nº 1.010 pelo C. STF, que estabelece que “as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir” - Art. 5º da Lei nº 1.714/2020 que, embora mencione a finalidade da criação do cargo, não descreve suficientemente as atribuições englobadas pela “atividade de coordenação e responsabilidade do corpo clínico dos médicos do pronto atendimento”, a fim de que se verifique os requisitos estabelecidos na tese, mormente o quanto se trata da relação de confiança exigida - Ação procedente quanto a estes cargos.

4. Funções de Confiança - Restrição constitucional às funções de chefia, direção e assessoramento - Aplicação dos critérios fixados pelo C. STF no julgamento do Tema nº 1.010 - “Assistente Diretor Escola”, “Coordenador Pedagógico I”, “Coordenador Pedagógico II”, “Diretor de Escola”, “Diretor de Escola II” e “Supervisor de Ensino” - Atividades de suporte pedagógico, de natureza técnica-administrativa - Atribuições relacionadas à rotina escolar, manutenção de atividade pública permanente, que não se adequam a quadro de “estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas” - Atuação administrativa no funcionamento permanente da educação municipal, sem atuação discricionária a demandar a relação de confiança nos termos necessários - Violação ao art. 115, II e V da Constituição Estadual - Precedentes deste Órgão Especial - Ação julgada procedente, nesta parte. Ação julgada parcialmente procedente, com modulação e ressalva” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2099847-72.2022.8.26.0000, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 06/09/2022).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Leis complementares do Município de Taboão da Serra que organizam o quadro de pessoal municipal.

CARGOS EM COMISSÃO COM ATRIBUIÇÕES INCOMPATÍVEIS COM ESSE TIPO DE



PROVIMENTO. Atribuições de natureza técnica devem ser exercidas por servidores de carreira, pois não se referem a atribuições de direção, chefia ou assessoramento. Desrespeito aos artigos 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade configurada.

VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. Funções inerentes ao sistema público de ensino. Competência federal para a matéria, que já foi exercida mediante a edição da Lei de Diretrizes e Bases, que determinou o provimento efetivo para os cargos. Desrespeito aos artigos 22, inciso XXIV, da Constituição Federal e 144 da Constituição Estadual.

ATRIBUIÇÕES QUE DEMANDAM EXPERIÊNCIA E CONHECIMENTO ESPECÍFICO SOBRE A ESTRUTURA E O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. Cargos em comissão de Controlador Geral do Município, Controlador Geral da Saúde e Corregedor que devem ser ocupados apenas por servidores de carreira. Inconstitucionalidade sem redução de texto. Preliminar afastada. Ação julgada parcialmente procedente, com modulação dos efeitos e observação" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2119739-98.2021.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 24/08/2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Ação tendo por objeto as expressões "Assistente de Direção", "Coordenador Pedagógico", "Supervisor Escolar", "Professor de Atendimento Educacional Especializado" e "Professor de Desenvolvimento de Projetos", constantes da Lei Complementar nº 511, de 29.03.12, da Lei Complementar nº 536, de 25.11.13 e da Lei Complementar nº 559, de 08.05.15, todas do Município de Jundiaí. Funções de confiança com descrição genérica. Atribuições burocráticas, técnicas e administrativas. Ausente qualquer elemento a indicar a necessária relação de fidúcia entre o servidor e a autoridade. Afronta aos artigos 111, 115, II e V e 144 da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade. Modulação. 120 dias a contar do julgamento da presente ação (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Procedente a ação, com modulação" (Direta de Inconstitucionalidade 2291632-60.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 11/05/22).

Por essas razões, julga-se procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 6º, II, 9º, 10, 32, 33 da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022; das expressões "Diretor (a) de Escola", "Vice-Diretor (a) de Escola", "Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Fundamental", "Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Infantil" e "Diretor(a) de Direta de Inconstitucionalidade nº 2300668-92.2022.8.26.0000 - São Paulo - VOTO Nº 33.598 17



“Educação e Cultura” previstas no Anexo I da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, daquele Município; dos c) arts. 1º, 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 13 da Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, do Município de Cunha; e da expressão “à Classe de Especialistas da Educação (SQC-I)” prevista no art. 49 da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, daquele Município, nos termos acima especificados, com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início no prazo de 120 dias contados da data deste julgamento, a fim de evitar solução de continuidade ou prejuízo de serviços essenciais, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator



Registro: 2023.0000677425

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2300668-92.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA, é embargado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM EFEITOS MODIFICATIVOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÉA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI E ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 9 de agosto de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 33.988

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 2300668-92.2022.8.26.0000/50000

EMBTE: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA

EMBDO: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO – ACÓRDÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – VÍCIOS – EXISTÊNCIA.

1. São cabíveis embargos de declaração para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento ou, ainda, para corrigir erro material (art. 1.022 CPC).
2. Acórdão que declarou a constitucionalidade do cargo em comissão de Diretor de Educação e Cultura em razão da suposta ausência de suas atribuições. Funções do cargo que, todavia, estão descritas na Lei nº 1.188/09 do Município de Cunha, não mencionada na inicial, na réplica, nem no acórdão. Omissão verificada. Cargo de provimento em comissão que não padece do vício apontado. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos.

Cuida-se de embargos de declaração para aclarar v. acórdão que julgou procedente a ação direta para declarar a constitucionalidade dos arts. 6º, II, 9º, 10, 32, 33 da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022; das expressões “Diretor (a) de Escola”, “Vice-Diretor (a) de Escola”, “Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Fundamental”, “Chefe de Coordenação Pedagógica de Educação Básica – Ensino Infantil” e “Diretor(a) de Educação e Cultura” previstas no Anexo I da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, daquele Município; dos c) arts. 1º, 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 13 da Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, do Município de Cunha; e da expressão “à Classe de Especialistas da Educação (SQC-I)” prevista no art. 49 da Lei Complementar nº



1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.808, de 02 de março de 2022, daquele Município.

Alega-se, em síntese, que o v. aresto embargado se omitti sobre a Lei Municipal nº 1.188/09, que criou o cargo de Diretor de Educação e Cultura e descreveu suas atribuições.

Em contraminuta, o embargado aquiesce com a omissão, mas postula a manutenção do julgado à luz da análise das competências descritas na Lei Municipal nº 1.188/09 (fls. 12/16).

É o relatório.

São cabíveis embargos de declaração para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento ou, ainda, para corrigir erro material (art. 1.022 CPC).

É esse o caso do acórdão embargado, que declarou a constitucionalidade da expressão Diretor de Educação e Cultura, contida no Anexo I, da Lei Complementar nº 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, porque o cargo supostamente fora criado de forma singela, sem descrição das atribuições.

No entanto, como aponta o embargante, as funções do cargo de provimento em comissão estão descritas na norma que o criou, a Lei Municipal nº 1.188/2009 (art. 1º, § 1º, II, e Anexo I, fls. 434 e 441), editada antes da Lei Municipal nº 1.250/2009, mas não mencionada na inicial, na réplica e,



principalmente, não citada no acórdão embargado.

Impõe-se, pois, a integração do julgado para julgar improcedente o pedido nesse ponto, já que o cargo em comissão de Diretor de Educação e Cultura não padece do vício apontado.

Com todas as vêrias, inviável o prosseguimento do julgamento, com a análise das atribuições do cargo trazidas pela Lei Municipal nº 1.188/09, como pretende o embargado, já que o pedido deduzido na inicial expressamente se refere ao “Anexo I da Lei Complementar n. 1.250, de 11 de dezembro de 2009, do Município de Cunha, na redação dada pela Lei Complementar n. 1.808, de 02 de março de 2022, daquele Município” (item ‘b’ do pedido, fls. 20).

Em nenhum momento a Lei nº 1.188, que efetivamente criou o cargo, foi mencionada na inicial ou, mais importante, no pedido que, ao contrário da causa de pedir, não é aberto.

Por essas razões, acolhem-se os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos acima especificados.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator