**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Protocolado n° 129.743/17**

**ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÕES "DIRETOR DE ESCOLA", "VICE-DIRETOR DE ESCOLA", "COORDENADOR PEDAGÓGICO", "SUPERVISOR DE ENSINO INFANTIL", "SUPERVISOR DE ENSINO FUNDAMENTAL", "SUPERVISOR DE CRECHE", "ASSISTENTE PEDAGÓGICO" E "ASSESSOR PEDAGÓGICO", PREVISTAS NO ART. 6° E NA TABELA II DA LEI N° 110/99. CARGOS PÚBLICOS. PROVIMENTO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES.**

**1.** O núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades dos cargos públicos, deve estar descrito na lei. Violação do princípio da reserva legal.

**2.** Cargos que, não obstante a ausência de descrição de atribuições, indicam estar reservados ao desempenho de funções que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo. Inexigibilidade de especial relação de confiança.

**3.** Violação de dispositivos da Constituição Estadual (arts. 24, § 2º, 1, 111, 115, II e V, e art. 144).

O **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo,** no exercício da atribuição prevista no art. 116, inc. VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inc. IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inc. VI, e no art. 90, inc. III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face das **expressões "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico", previstas no art. 6º e na Tabela II da Lei nº 110, de 08 de janeiro de 1999,** do Município de São João da Boa Vista, pelos fundamentos expostos a seguir:

## I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei nº 110, de 08 de janeiro de 1999, do Município de São João da Boa Vista, que "*Reestrutura o Estatuto do Magistério Público Municipal, desmembrando-o com relação ao Ensino Infantil e Fundamental, criando suas normas específicas, bem como mantendo e alterando a Lei nº 329, de 17 de novembro de 1995*", na parte que importa à presente ação, possui a seguinte redação:

"(...)

Art. 6º: A tabela II é constituída dos cargos de especialistas de educação de provimento em comissão, na seguinte conformidade:

I – Coordenador Pedagógico;

II – Vice-diretor de Escola;

III – Diretor de Escola;

IV – Supervisor de Creche;

V – Supervisor de Ensino Infantil;

VI – Supervisor de Ensino Fundamental;

VII – Assistente Pedagógico;

VIII – Assessor Pedagógico.

(...)

Tabela II

CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

| DENOMINAÇÃO DO CARGO | QUANTIDADE |
|---|---|
| COORDENADOR PEDAGÓGICO | 01 |
| VICE-DIRETOR DE ESCOLA | 01 |
| DIRETOR DE ESCOLA | 01 |
| SUPERVISOR DE CRECHE | 01 |
| SUPERVISOR DE ENSINO INFANTIL | 01 |
| SUPERV. DE ENSINO FUNDAMENTAL | 01 |

| | |
|---|---|
| ASSISTENTE PEDAGÓGICO | 01 |
| ASSESSOR PEDAGÓGICO | 02 |

As expressões "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico" são verticalmente incompatíveis com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

## II - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os preceitos normativos impugnados contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1°, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que assim estabelece:

> "Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

As normas contestadas são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

"Artigo 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.

(...)

§2° - 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;

(...)

Artigo 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.

(...)

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta ou indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

> 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;
>
> (...)
>
> 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;".

**III. 1. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO**

No presente caso, verifica-se que a Lei nº 110, de 08 de janeiro de 1999, do Município de São João da Boa Vista, não descreveu as atribuições dos cargos em comissão de "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico", constantes da Tabela II do citado ato normativo.

A criação de cargos comissionados sem a descrição do núcleo de suas competências vulnera o princípio da reserva legal, estabelecido nos arts. 24, § 2º, 1, e 111, bem como o art. 115, incisos II e V da Constituição Estadual, cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

Além da necessidade de a lei criar o cargo público de provimento em comissão, é mister que discrimine minimamente em seu bojo suas atribuições, a fim de viabilizar o controle de sua conformidade com as prescrições constitucionais, tendo em vista que a criação de emprego público e/ou cargo e seu respectivo detalhamento encontram-se adstritos à reserva legal absoluta ou formal. Logo, a invalidade da disciplina dos cargos de provimento em comissão resta presente em razão da omissão legislativa atinente à descrição de atribuições.

Destarte, é absolutamente imprescindível que a lei crie e descreva as efetivas atribuições dos cargos de provimento em comissão, para se aquilatar se realmente se amoldam às funções de assessoramento, chefia e direção.

Ademais, referida exigência se amolda ao próprio princípio da legalidade, o qual se desdobra na reserva legal, a exigir lei em sentido formal para criação e disciplina de cargos públicos, como adverte a doutrina, *in verbis*:

> "(...) somente a lei pode criar esse conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres que é o cargo público. Essa é a regra geral consagrada no art. 48, X, da Constituição, que comporta uma ressalva à hipótese do art. 84, VI, b. Esse dispositivo permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, por meio de ato administrativo. 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, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica" (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581).

Com efeito, o princípio da legalidade impõe lei em sentido formal para criação e disciplina de cargo público, compreendido este como o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, para o exercício de uma função pública específica (cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012- p. 298).

Desse modo, **ponto elementar** relacionado aos cargos públicos de provimento em comissão **é a exigência de que lei específica** – no sentido de reserva legal ou de lei em sentido formal, como ato normativo produzido pelo Poder Legislativo, mediante o competente e respectivo processo – **elenque os cargos de provimento em comissão de forma inequívoca e descreva de forma minuciosa as correlatas atribuições**.

Somente a partir da relação dos cargos de provimento em comissão, bem como da descrição precisa das atribuições do cargo público será possível, a bem do funcionamento administrativo e dos direitos dos administrados, averiguar-se a completa licitude do exercício das funções públicas pelo agente público.

Trata-se de exigência relativa à competência do agente público para a prática de atos em nome da Administração Pública e, em especial, daqueles que tangenciam os direitos dos administrados, e que, ainda, permite a aferição da legitimidade da forma de investidura no cargo público - a qual deve ser guiada pela legalidade, moralidade, impessoalidade e razoabilidade.

No caso em exame, depreende-se da leitura da Lei nº 110/99 que não há descrição das atribuições dos cargos criados, em afronta aos ditames constitucionais impostos à criação de empregos e cargos desta natureza.

Quando da criação de cargo público de provimento em comissão, cumpre ao legislador traçar em seu texto cada uma das atribuições conferidas ao servidor ocupante de tal cargo, vez que a omissão de mandamento neste sentido impossibilita a aferição da presença dos critérios exigidos pelo constituinte, conduta esta que não pode ser tolerada em um Estado Democrático de Direito, cuja essência resta alicerçada na ampla publicidade de informação, sendo contrário ao seu espírito atos velados, obscuros, sobre os quais resta impossibilitada qualquer espécie de controle:

> "(...) 2. Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da

CF/88). (...)" (ADPF-MC 130. Relator Min. Carlos Britto. Pleno. Julgamento: 27.02.2008)"

Ou seja, a exigência de reserva legal se faz imperiosa em se tratando de cargos ou empregos de provimento efetivo e em comissão, posto que serve à mensuração da perfeita subsunção da hipótese normativa concreta ao comando constitucional.

Deste modo, é patente a inconstitucionalidade das expressões "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico", previstas no art. 6° e na Tabela II da Lei n° 110/99, ante a ausência de disciplina legal concernente as atribuições do cargo por ele criado, por violação aos arts. 24, § 2°, 1, 111 e 115, II e V, e 144, da Constituição Estadual.

## III.II. NATUREZA TÉCNICA OU BUROCRÁTICA DOS CARGOS COMISSIONADOS IMPUGNADOS

Ao analisar o artigo 6° da Lei n° 110/99, denota-se que os cargos criados são de provimento em comissão, porém não obstante a ausência de descrição de atribuições, as próprias nomenclaturas a eles conferidas pela lei indicam que são cargos cujas funções a serem desempenhadas envolvem atividades de natureza técnica, burocrática, operacional e profissional.

Com efeito, os nomes "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico" já demonstram que os cargos se destinam a atender necessidades executórias ou a dar suporte a decisões e execução, distantes

dos encargos de comando superior em que se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo.

Dessa forma, os cargos comissionados impugnados também por essa razão são incompatíveis com a ordem constitucional vigente, em especial **com o art. 111, 115 incisos II e V, e art. 144, da Constituição Estadual.**

A criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, deve ser limitada aos casos em que seja exigível **especial relação de confiança entre o governante e o servidor**, para que adequadamente sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

Há implícitos limites à sua criação, visto que se assim não fosse, estaria na prática aniquilada a exigência constitucional de concurso para acesso ao serviço público.

A propósito, anota Hely Lopes Meirelles, amparado em precedente do E. Supremo Tribunal Federal, que "*a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso (STF, Pleno, Repr.1.282-4-SP)*" (*Direito administrativo brasileiro,* 33. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 440).

Podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos que, pela própria natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro **comprometimento político e fidelidade com relação às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos**, que vão bem além do dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor.

É esse o fundamento da argumentação no sentido de que "*os cargos em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode se desfazer desse poder de dispor dos titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança*" (cf. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 208).

Daí a afirmação de que "*é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de* ***direção, chefia e assessoramento superior***" (cf. Adilson de Abreu Dallari, *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., 2. tir., São Paulo, RT, 1992, p. 41, g.n.).

São a natureza do cargo e as funções a ele cometidas pela lei que estabelecem o imprescindível "*vínculo de confiança*" (cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 158), que justifica a dispensa do concurso. Daí o entendimento de que tais cargos devam ser destinados "*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*" (cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 5. ed., São Paulo, RT, p. 317).

Essa também é a posição do E. Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1141/GO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 10/10/1994, Pleno, DJ 04-11-1994, PP-29829, EMENT VOL-01765-01 PP-00169).

Não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão, a atribuição do cargo deve reclamar

especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo.

Pela análise da natureza do cargo impugnado não se identifica os elementos que justificam o provimento em comissão.

Escrevendo na vigência da ordem constitucional anterior, mas em lição plenamente aplicável ao caso em exame, anotava Márcio Cammarosano a existência de limites à criação de postos comissionados pelo legislador. A Constituição objetiva, com a permissão para tal criação, "*propiciar ao Chefe de Governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aquelas que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior (...). Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer*

*preocupações e considerações de outra natureza*" (Provimento de cargos públicos no direito brasileiro, São Paulo, RT, 1984, p. 95/96).

No caso em exame, evidencia-se claramente que os **cargos de provimento em comissão, ante referidos,** destinam-se ao desempenho de **atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem, para seu adequado desempenho, relação de especial confiança.**

É necessário ressaltar que a posição aqui sustentada encontra esteio em julgados desse E. Tribunal de Justiça (ADI 111.387-0/0-00, j. em 11.05.2005, rel. des. Munhoz Soares; ADI 112.403-0/1-00, j. em 12 de janeiro de 2005, rel. des. Barbosa Pereira; ADI 150.792-0/3-00, julgada em 30 de janeiro de 2008, rel. des. Elliot Akel; ADI 153.384-0/3-00, rel. des. Armando Toledo, j. 16.07.2008, v.u.).

Por esses motivos, também, é patente a inconstitucionalidade das expressões "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico", previstas no art. 6° e na Tabela II da Lei n° 110/99, ante a flagrante violação aos arts. 111, 115, I, II e V, e 144, da Constituição Estadual.

**IV – PEDIDO**

Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico", previstas no art. 6° e na Tabela II da Lei n° 110, de 08 de janeiro de 1999, de São João da Boa Vista.

Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de São João da Boa Vista, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

**Gianpaolo Poggio Smanio**
**Procurador-Geral de Justiça**

blo/mml

**Protocolado n. 129.743/17**

**Assunto:** Análise de constitucionalidade da Lei nº 2.997, de 21 de julho de 2011, do Município de São João da Boa Vista, que dispõe sobre cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa do Departamento Municipal de Educação.

1- Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade das expressões "Coordenador Pedagógico", "Vice-diretor de Escola", "Diretor de Escola", "Supervisor de Creche", "Supervisor de Ensino Infantil", "Supervisor de Ensino Fundamental", "Assistente Pedagógico" e "Assessor Pedagógico", previstas no art. 6º e na Tabela II da Lei nº 110, de 08 de janeiro de 1999, de São João da Boa Vista junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2- Oficie-se ao interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

**Gianpaolo Poggio Smanio**
**Procurador-Geral de Justiça**

blo/mml