



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000130633

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2133373-64.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, POÇAS LEITÃO, FELIPE FERREIRA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI E JACOB VALENTE.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2022.

JAMES SIANO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 39498

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº: 2133373-64.2021.8.26.0000

COMARCA: São Paulo

AUTOR (S): Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo

RÉU (S): Prefeito do Município de Cubatão e Outro

SGOF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição em face dos artigos 2º a 6º da Lei Complementar nº 86, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão.

Norma combatida extingue na vacância os cargos de Auxiliar I – Pajem, mas permite que, enquanto essa condição não ocorrer, os ocupantes passem a exercer atividades efetivamente pedagógicas atribuídas a professores e a serem enquadrados em termos salariais de forma mais favorável em consonância com o nível de escolaridade existente no registro, e não de acordo com o nível de escolaridade exigido para o concurso público que haviam anteriormente prestado. Também equiparados aos docentes para fins de aposentadoria e acumulação de cargos.

Transformação do cargo de pajem para professor, sem concurso, mediante alteração de atribuições e vencimentos.

No incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 0019168-27.2019.8.26.0000, Relator Eminentíssimo Desembargador EVARISTO DOS SANTOS, já veio a ser reconhecido por este Órgão Especial a incompatibilidade dos artigos 4º, 5º e 6º, da Lei Complementar nº 86, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão, com a tese firmada pelo STF na Súmula Vinculante nº 43 e artigos 111 e 115 da Constituição Estadual, Necessidade de conferir abrangência “erga omnes” torna imperativo o julgamento desta ação para que possa ser afastada a validade dos artigos de lei impugnados, em consonância com o entendimento já pronunciado nesta sede, que se limitou à época a produzir efeitos “inter partes”.

Travessia de um cargo a outro, não inserido na mesma carreira, com majoração da referência remuneratória, consubstancia a hipótese denominada de transposição, cuja ocorrência



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

representa transgressão ao cânone constitucional de ingresso mediante prévia aprovação em concurso público.

Impossibilidade de garantir ao pajem a aposentadoria específica prevista aos professores no § 5º do art. 40 da Constituição Federal e § 5º do art. 126 da Constituição Estadual. Tampouco se afigura adequado a cumulação de cargos públicos em favor do pajem, porque deferida pelo art. 115, XVIII, estritamente aos professores e profissionais da saúde.

Modulação dos efeitos. Reconhecimento do caráter irrepitível dos vencimentos já percebidos em razão da referência remuneratória superior.

Também não devem ser atingidos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade aqueles servidores aposentados ou que, à época da prolação deste acórdão, já haviam preenchidos os requisitos para a inatividade. A regressão de tal circunstância consolidada ofenderia o princípio da segurança jurídica, igualmente de índole constitucional. Precedente deste Órgão Especial.

Ação procedente.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça em face dos artigos 2º a 6º da Lei Complementar nº 86, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão,

Sustenta o autor: (i) incompatibilidade das disposições impugnadas com os artigos 111, 115, II e XVIII, 126, § 5º, e 144 da Constituição Estadual; (ii) por meio da norma contestada os antigos Pajens, cujos cargos são extintos na vacância, passaram a exercer atividades efetivamente pedagógicas atribuídas a Professores e a serem enquadrados em termos salariais de forma mais favorável em consonância com o nível de escolaridade existente no registro, e não de acordo com o nível de escolaridade exigido para o concurso público que haviam anteriormente prestado; (iii) incabível exercício de função e o recebimento de remuneração



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

correspondente a cargo para o qual tais servidores não prestaram concurso público; (iv) indevida transposição em violação à Súmula Vinculante nº 43 do STF; (v) ofensa também ao princípio da moralidade administrativa; (vi) além de constituir um dos dispositivos que convertem o pajem em professor, o art. 2º ainda assegura expressamente que o servidor beneficiário pela transposição terá a aposentadoria especial, isto é, com tempo reduzido de serviço, conferida apenas aos professores, bem como o direito à acumulação de cargo restrito igualmente a esta última categoria.

Determinado o processamento, sem haver pedido de liminar (f. 226/227).

A Câmara Municipal prestou informações (f. 236/241), sustentando: (i) regular tramitação do projeto de lei que originou a norma impugnada; (ii) os artigos 4º, 5º e 6º, também aqui contestados, foram declarados inconstitucionais incidentalmente conforme decidido no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019168-27.2019.8.26.0000, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça; (iii) no caso de procedência, requer que sejam modulados os efeitos da decisão, por razões de segurança jurídica e/ou interesse social, na forma do art. 27, da Lei Federal nº9.868/99, por atingir toda a categoria de servidores Pajens do Município e para que a Administração possa se adequar às novas medidas ou propor novas alternativas sobre a matéria.

Ausência de manifestação do Procurador Geral do Estado e de informações por parte do Prefeito Municipal (f. 250/251).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido (f. 256/261).

É o relatório.

A ação é procedente.

A pretensão é de que seja reconhecida a inconstitucionalidade dos artigos 2º a 6º da Lei Complementar nº 86, de 21 de dezembro de 2016, do



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Município de Cubatão, que extingue os cargos que menciona, na vacância, e dá outras providências.

A aludida norma, conforme preceitua seu art. 1º, extingue na vacância os cargos de Auxiliar I - Pajem, determinando que enquanto essa condição não ocorrer os cargos sejam lotados nas escolas municipais de educação infantil e creche¹.

Os dispositivos contestados (f. 36/38) assim estabelecem:

Art. 2º Nos termos do art. 40, § 4º da Constituição Federal, bem como das disposições da Lei Municipal nº 3.773, de 28 de dezembro de 2015, fica garantida a aposentadoria prevista no § 5º do art. 40 da Constituição Federal àqueles que exerçam atividades letivas nas unidades escolares da Rede Municipal de Ensino, em virtude de ser reconhecidamente penosa essa atividade.

Parágrafo único. Nos mesmos moldes do caput, fica garantida aos profissionais que exerçam atividade letiva nas escolas da Rede Municipal de Ensino, a acumulação de cargos, nos termos descritos na alínea “a”, do inciso XVI, do art. 37 da Constituição Federal.

Art. 3º Até que ocorra a extinção dos cargos de que trata essa Lei Complementar, o horário de trabalho de seus ocupantes será assim fixado:

a) 24 (vinte e quatro) horas e 45 (quarenta e cinco) minutos semanais em trabalhos nas salas

¹ Art. 1º Ficam extintos na vacância os cargos de Auxiliar I - Pajem, de que trata a Tabela I da [Lei Municipal nº 1.986/1991](#), sendo que até que a condição do presente artigo se concretize, esses cargos serão lotados nas escolas municipais de educação infantil e creche.

Parágrafo único. A proporção entre os cargos de Professores de Educação Infantil I e Auxiliar I - Pajem, em cada ano da modalidade de ensino mencionada, será fixada por decreto, levando-se em conta a necessidade de adultos/criança estabelecida em regulamento municipal.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de aula, em período de 45 minutos em acompanhamento à programação das salas a que foram destinados;

b) 8 (oito) horas e 15 (quinze) minutos semanais, em local de sua livre escolha, em período de elaboração de estudos e levantamentos pertinentes ao trabalho, aprimoramento profissional, e demais atos relacionados às suas atribuições de trabalho.

Art. 4º As atribuições do cargo, além das gerais do serviço público, consistem em:

I - participar da elaboração da proposta pedagógica da escola;

II - elaborar e cumprir plano de trabalho segundo a proposta pedagógica da escola;

III - ministrar os dias de efetivo trabalho escolar e as horas de trabalho estabelecidas;

IV - participar dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional; e

V - colaborar com as atividades de articulação com as famílias e comunidades.

Art. 5º Os servidores públicos abrangidos por esta Lei terão seu vencimentos enquadrados na tabela de vencimentos constante no Anexo I da presente Lei Complementar.

(...)

Art. 6º Para efeito de enquadramento



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dos profissionais que exercem atividades letivas de que trata a presente Lei, todos os servidores serão dispostos nos graus relativos ao seu nível de escolaridade existente em seus registros de serviço, e no grau um do respectivo nível.

§ 1º No momento do enquadramento, havendo diferença salarial a menor, que não seja relativa ao nível de escolaridade, terá tal diferença percebida mensalmente a título de vantagem pessoal, sobre a qual incidirão todos os reajustamentos de vencimentos que forem praticados à categoria.

§ 2º Se no momento do enquadramento o servidor perceber vencimentos maiores do que aquele que perceberia sem essa operação, a ele será aplicado desconto pecuniário de valor igual ao da diferença, até que ocorra a absorção dessa diferença por aumentos de vencimentos futuros.

Os 111, 115, II e XVIII, 126, § 5º, da Constituição Estadual, aplicáveis por força do disposto no art. 144 da mesma Carta, assim dispõem acerca de princípios a serem seguidos pela Administração Pública e, especificamente, no que diz respeito à prevalência da investidura de cargo por meio de prévia aprovação em concurso público.

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 e interesse público.*

Artigo 115 - *Para a organização da administração pública direta e 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*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

XVIII - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

- a) de dois cargos de professor;*
- b) de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (NR)*

Artigo 126 - *O Regime Próprio de Previdência Social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do Estado de São Paulo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (NR)*

§ 5º - *Os ocupantes do cargo de professor terão a idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação àquelas previstas no item 3 do § 1º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no médio, nos termos fixados em lei complementar. (NR)*

O mencionado art. 115, X, da CE está em perfeita simetria com o art. 37, IX, da CF, quando este preceitua:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

Vislumbrável a ocorrência de transformação irregular do cargo



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de pajem para professor de forma indireta sem mudança da nomenclatura, mas com alteração das atribuições, escala de vencimentos, do sistema de aposentadoria e da possibilidade de acumulação de cargos para se amoldar à carreira própria dos docentes.

A travessia de um cargo a outro, não inserido na mesma carreira, com majoração da referência remuneratória, consubstancia a hipótese denominada de transposição, cuja ocorrência representa transgressão ao cânone constitucional de ingresso mediante prévia aprovação em concurso público.

Incidente a Súmula Vinculante nº 43 do STF: “*É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido*”. O enunciado repete a dicção da Súmula 685 também do STF, que dispõe: “*É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido*”.

Em relação aos artigos 4º, 5º e 6º, abrangidos pela pretensão, já restou acolhido incidente de arguição de inconstitucionalidade por este Órgão Especial para o fim de reconhecer em face desses dispositivos o vício de incompatibilidade com postulados que emanam da Carta Paulista, além de vulneração à Tese firmada pelo STF na Súmula vinculante nº 43.

O acórdão foi prolatado em 25.09.2019 nos autos do processo nº 0019168-27.2019.8.26.0000, Relator Eminentíssimo Desembargador EVARISTO DOS SANTOS, tendo a ementa do julgamento a seguinte dicção:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.
Transformação dos cargos de pajens para professores, sem concurso. Alteração de atribuições e vencimentos. Arts. 4º, 5º e 6º, da Lei Complementar nº 86, de 21 de dezembro de 2016. Violação à regra do concurso público. Inadmissibilidade. Súmula Vinculante nº 43. Ofensa aos arts. 111 e 115 da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes. Arguição acolhida.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Da fundamentação do aresto se extrai o seguinte excerto:

Cargo público, segundo ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

“... é uma posição jurídica, utilizada como instrumento de organização da estrutura administrativa, criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular.” (“Curso de Direito Administrativo” – Ed. Revista dos Tribunais – 9ª ed. – p. 906).

*A regra a ser observada é a da investidura em cargo público mediante **concurso público** – arts. 37, II, da CF e 115, II, da CE.*

Com efeito, preceitua o art. 37, caput e inciso II da Constituição Federal:

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

(...)

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

E a Constituição Estadual de São Paulo,

“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.

“Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e 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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação ou exoneração;”

Inadmissível, portanto, a mutação de cargo para beneficiar servidor não submetido a **concurso público específico**, situação que afronta regra constitucional.

Nesse sentido, é o verbete da **Súmula Vinculante nº 43 da Suprema Corte**: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em **concurso público destinado ao seu provimento**, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (grifei).

Destarte, à luz do entendimento do **Pretório Excelso**:

*“É por tal razão que esta Suprema Corte – ante o caráter impostergável desse princípio, que faz realizar, em projeção concretizadora, a exigência da isonomia (ADILSON ABREU DALLARI, “Regime Constitucional dos Servidores Públicos”, p. 37, 2ª ed., 1990, RT) – tem censurado a validade constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, **independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos ou em funções diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido.**”*

*“Em consequência dessa rígida interpretação jurisdicional – em tudo compatível com a importância ético-jurídica do postulado do concurso público –, o Supremo Tribunal Federal tem vetado, em julgamento definitivo ou em sede de delibação cautelar, a aplicabilidade de preceitos normativos que, desconsiderando a essencialidade do princípio em questão, **objetivam viabilizar a investidura funcional de servidores, mediante utilização de institutos reputados inconciliáveis com a incontornável exigência constitucional do concurso público.**”*

“Em todos esses casos – e qualquer que seja o “nomen juris” adotado –, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, tendo presente a necessidade de preservar a incolumidade do princípio do concurso público, tem repellido a utilização dos institutos (a) da ascensão (ADI 1.345/ES, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), (b) da transferência e/ou transformação de cargos (RTJ 152/341, Rel. Min. CELSO DE MELLO), (c) da integração funcional (RTJ 158/69, Rel. Min. CELSO DE MELLO), (d) da transposição de cargo (RTJ



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

133/1049, Rel. Min. CÉLIO BORJA), (e) da efetivação extraordinária no cargo (RTJ 132/1072, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), (f) do acesso e aproveitamento (RTJ 144/24, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.).”

“Isso significa, portanto, que a pretensão recursal ora deduzida revela-se inacolhível, considerada a diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na apreciação do tema em debate: (...)”

“Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar proposta de súmula vinculante consubstanciadora desse entendimento (PSV 102), veio a aprová-la, editando a Súmula Vinculante nº 43, publicada no DOU e no DJe nº 72, ambos de 17/04/2015, cujo enunciado possui o seguinte conteúdo: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (grifei)”

“É importante observar que esse enunciado sumular, hoje constitucionalmente impregnado de eficácia vinculante (CF, art. 103-A, “caput”), resultou de antiga e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como já referido na presente decisão, anteriormente consagrada na Súmula 685/STF.”

“Não se revela possível, portanto, que, mediante simples opção, possa o empregado público sob regime contratual trabalhista passar à condição jurídico-administrativa de servidor estatutário, sem que se desatenda, com esse procedimento, à imposição constitucional do concurso público.”

“Por isso mesmo, esta Suprema Corte, no regime constitucional anterior – em que se revestia de menor intensidade o princípio do concurso público –, já proclamava que “O aproveitamento em cargos públicos, sem concurso, de atuais ocupantes de outros cargos públicos, colide com a exigência do art. 97, § 1º, da Constituição Federal” (RTJ 124/443).”

“Do mesmo modo, e em face do postulado do concurso público, mostram-se revestidas de inconstitucionalidade normas que autorizam a transformação de empregos celetistas em cargos integrantes do quadro funcional da Administração Direta.” (grifei – RE nº 933.207/SP – DJe de 31.01.17 – Rel. Min. CELSO DE MELLO).

No caso concreto, verifica-se não ter ocorrido mera modificação nominal de cargo ou reclassificação, mas efetiva transformação de cargos, com exigências e atribuições



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

distintas, como se constata pelo disposto no art. 4º da LC nº 86/16.

Conforme se extrai dos autos, a LC nº 86/16 extinguiu o cargo de auxiliar I - pajem e implantou, até a extinção de todos os cargos, novo horário de trabalho, novos vencimentos, além de novas atribuições, privativas do cargo de professor, tais como “... elaborar e cumprir plano de trabalho segundo a proposta pedagógica da escola...”.

Como bem advertido pela Eg. 12ª Câmara de Direito Público, “o cargo de pajem tem como requisito apenas o nível médio de escolaridade, o comando constante do art. 4º, atribuindo funções típicas de professores, e os arts. 5º e 6º, determinando o reenquadramento desses servidores em escala de vencimentos de nível superior, ofende a Constituição, significa a transformação do cargo ainda que sob a mesma nomenclatura, equiparando esses servidores aos professores, burlando ainda as declarações de inconstitucionalidade das Leis Complementares de Cubatão, nºs 22/04 e 59/09.” (fl. 478).

Daí concluir pelo vício na transformação operada, diante da inobservância à regra do concurso público.

Não destoam o parecer da D. Procuradoria (fls. 487/491):

“Infere-se que os antigos Pajens, cujos cargos são extintos na vacância, passaram a exercer atividades efetivamente pedagógicas atribuídas a Professores e a serem enquadrados em termos salariais de forma mais favorável em consonância com o nível de escolaridade existente no registro, e não de acordo com o nível de escolaridade exigido para o concurso público que haviam anteriormente prestado.”

“As normas debatidas permitiriam aos servidores o exercício de função e o recebimento remuneração correspondente a cargo para o qual não prestaram concurso público.”

“Tal situação, entretanto, não está em consonância com a ordem constitucional vigente.”

“Reputa-se ofensiva ao art. 115, II, da Constituição Estadual, que encontraram correspondência no art. 37, II, da Constituição Federal, toda modalidade de ascensão, aproveitamento ou transposição de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo da elevação do exercente das funções de 'Pajem' à função de 'Professor', tal qual fizeram os dispositivos ora impugnados.”

“Cuida-se, sem dúvida alguma, da transposição de servidores públicos lato sensu admitidos para um determinado cargo ou



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

emprego público, isolado ou de carreira, para outro de natureza, regime e requisitos de investidura diversos, bem como de carreira distinta, sem submissão à prévia aprovação em concurso público de provas e títulos em igualdade de condições.”

Como reiteradamente julgado neste C. Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 33 DA LEI NO 1.120/1998, DO MUNICÍPIO DE ITAPEVA/SP - TRANSPOSIÇÃO DE EMPREGOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - REENQUADRAMENTO AUTOMÁTICO DE 'MERENDEIRO' PARA 'SERVENTE DE ESCOLA' - FORMA DE PROVIMENTO VEDADA PELA ORDEM CONSTITUCIONAL - CONCURSO PÚBLICO COMO REGRA - ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, E ARTIGO 115, II, DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA - PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL E DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SÚMULA VINCULANTE 43 - MODULAÇÃO DOS EFEITOS PARA 120 DIAS A PARTIR DO JULGAMENTO - IRREPETIBILIDADE DAS VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR - PRETENSÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS.” (ADIn n° 2223188-77.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 31.07.19 - Rel. Des. FRANCISCO CASCONI).

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 1º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, art. 2º e parágrafo único, art. 3º, art. 4º e art. 8º, da Lei Complementar n° 114/2007 e parte do anexo I, da Lei Complementar n° 222/2011, do Município de Martinópolis. Transformação dos cargos de 'Auxiliar de Educação Infantil' em 'Professor Auxiliar de Creche' e 'Monitor de Creche – Nível I' em 'Professor de Creche' e condução de referidos cargos à carreira do Magistério. **Evidente intenção do legislador municipal de provimento derivado de cargos, na medida em que há a transposição das funções de um cargo para outro o que se verifica das condições exigidas para tanto, condições essas significativas da inserção de referidos cargos em classe a que não pertenciam (Magistério), desprezando a regra do concurso para ingresso no serviço público. Afronta aos artigos 111 e 115, II, da Carta Paulista. Ação procedente.**” (grifei - ADIn n° 2226385-40.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 05.06.19 - Rel. Des. XAVIER DE AQUINO).*

“... Alteração da nomenclatura do cargo de Agente Técnico Parlamentar-Advogado para Advogado Legislativo - Hipótese



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*de transposição de cargos (já que os requisitos de ingresso e atribuições são distintos) - Necessidade de provimento mediante prévia aprovação em concurso público - Súmula Vinculante n° 43 do Supremo Tribunal Federal - Afrenta ao disposto nos artigos 111, 115, incisos I e II, todos da Constituição Estadual;...” (ADIn n° 2232213-17.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 27.03.19 - Rel. Des. **SALLES ROSSI**).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 1° da Lei n° 15.637, de 25 de junho de 2018, do Município de Campinas, que atribuiu à autarquia municipal denominada SETEC - Serviços Técnicos Gerais - a administração, fiscalização, controle e arrecadação das taxas de análise de projetos e de expedição de licença de publicidade, bem como o lançamento, a cobrança e a arrecadação da Taxa de Fiscalização de Anúncios - TFA. **Atribuição que em verdade consubstanciou transformação de cargo sem concurso público:- quem quer que, no âmbito da SETEC, queira dar cumprimento aos comandos da norma obliterada estará exercendo função própria de outro cargo - qual seja, o de auditor fiscal municipal -, o que demandaria novo provimento e, conseqüentemente, concurso público. Violação aos artigos 111, 115, inciso II e 144, todos da Constituição estadual, bem como à Súmula Vinculante n° 43. ...”** (grifei - ADIn n° 2162093-46.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 13.02.19 - Rel. Des. **GERALDO WOHLERS**).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar 87, de 03 de abril de 2014, do Município de Marabá Paulista, que dispõe sobre a alteração da denominação de cargos de Auxiliar de Escrivário, constante do Anexo III, da Lei 990, de 09.02.2000. Transposição de cargos públicos. Inconstitucionalidade reconhecida. Violação aos artigos 111 e 115, inciso II, ambos da Constituição Estadual de São Paulo. (...) **Verifica-se, pois, que ao cargo de Auxiliar de Escrivário compete a execução de tarefas simples e de pouca complexidade, enquanto ao cargo de Escrivário atribui-se a execução de serviços gerais de escritório, tratando-se visivelmente de cargos distintos com atribuições diversas. Diante disso, não era possível novo provimento dos servidores do quadro municipal, com a mera alteração de nomenclatura e remuneração do cargo de Auxiliar de Escrivário para o de Escrivário por meio de lei complementar, sem a realização de concurso público para provimento no novo cargo, com diversas atribuições. Ação Procedente, ressalvada a irrepetibilidade dos valores***



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recebidos de boa-fé até a data da concessão da liminar, diante da natureza alimentar dessa verba.” (grifei – ADIn nº 2.203.295-3.7.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 28.02.18 – Rel. Des. ALEX ZILENOVSKI).

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 27, caput, incisos I, II E III e parágrafos 1º e 2º da Lei Municipal nº 6.718, de 29 de julho de 2010 – **autorização de enquadramento de servidor público em cargo ou emprego distinto daquele para o qual foi aprovado** - afronta à exigência constitucional de realização de concurso público – violação aos artigos 111 e 115, I e II da Constituição Estadual - precedentes do STF e deste. Órgão especial - inconstitucionalidade revelada – ação julgada procedente com efeito “ex tunc”, observada, porém a irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar já pagas.” (grifei – ADIn nº 2.236.926-06.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 07.06.17 – Rel. Des. JOÃO NEGRINI FILHO).*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 16 da Lei Complementar nº 138/2014, do Município de Olímpia. **Enquadramento do servidor municipal em cargos resultantes de reestruturação. Transposição de cargos, violando a regra do concurso público.** Afronta aos arts 111 e 115, II, da Carta Estadual e a Súmula Vinculante nº 43 da Corte Suprema. Precedentes do C. Órgão especial. Ação procedente, com modulação e observação.” (grifei – ADIn nº 2.190.059-52.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 22.03.17 – Rel. Des. XAVIER DE AQUINO).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 7º e Anexo IX da Lei Complementar nº 1.098/2010, do Município de Ribeirão Corrente - **Transformação do cargo de Auxiliar de Desenvolvimento Infantil em Professor de Creche – Transposição configurada** - Afronta à exigência constitucional de realização de concurso público – Precedentes do E. STF e deste C. Órgão Especial – Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99 - **Deve ser julgada procedente direta de inconstitucionalidade que tem como objeto dispositivo de lei que institui verdadeira transformação de cargos de provimento efetivo.**” (grifei - ADIn nº 2.071.923-04.2013.8.26.0000 –v.u. j. de 26.03.14 – Rel. Des. LUIS GANZERLA).*

Necessário, portanto, por meio da presente ação direta de inconstitucionalidade outorgar efeito vinculante, em relação a outros órgãos da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurisdição ou da administração, à orientação perfilhada por este Órgão Especial quando da apreciação e julgamento dos indigitados dispositivos em controle difuso de constitucionalidade.

A abrangência “erga omnes” torna imperativo o julgamento desta ação para que possa ser afastada a validade dos artigos de lei impugnados, em consonância com o entendimento já pronunciado nesta sede, que se limitou à época a produzir efeitos “inter partes”.

Preleciona Celso Ribeiro Bastos: *“O traço diferencial de uma ou outra das vias de provocação da atividade jurisdicional reside, na verdade, no fato de pela via de exceção pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional. É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão juízes e Tribunais, a que couber o julgamento do feito, pronunciarem-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Entretanto, esta pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de remi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos, no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros”* (Curso de Direito Constitucional, 14ª edição, p. 325-326, g.n.).

A consequência da impossibilidade de transposição do cargo de pajem para professor, além da questão laboral e remuneratória, também desautoriza a cumulação de cargos e a concessão de aposentadoria especial, benefícios vinculados ao magistério que não podem ser estendidos a outras carreiras sem haver permissivo constitucional.

Assim sendo, não cabe garantir a aposentadoria prevista aos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

professores no § 5º do art. 40 da Constituição Federal² e § 5º do art. 126 da Constituição Estadual a quem exerce atividades letivas, ou seja, no ambiente escolar, quando o benefício previdenciário foi deferido especificamente ao professor.

Tampouco se afigura possível a cumulação de cargos públicos, uma vez que o texto constitucional impõe por regra sua vedação, sendo por exceção deferida a cumulação apenas ao professor e profissionais de saúde, nos moldes do art. 115, XVIII, da Constituição Estadual, sem haver possibilidade de interpretação extensiva para garantir o benefício à carreira distinta daquelas já ressalvadas.

A alteração da carga horária do pajem, aparentemente pelo escopo da norma combatida de viabilizar a equiparação desse cargo ao de professor, também configura incongruência com o reconhecimento da impossibilidade de transposição, sem haver vinculação à mesma carreira.

Por fim, cabe aplicar a modulação dos efeitos, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99³, para reconhecer o caráter irrepetível dos valores percebidos pelos servidores que foram beneficiados até então com a equiparação, em razão do caráter alimentar e por não restar configurada a má-fé.

Considera-se ainda que não devem ser atingidos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade aqueles servidores aposentados ou que, à época da prolação deste acórdão, já haviam preenchidos os requisitos para a inatividade, uma vez que a regressão de tal circunstância consolidada ofenderia o princípio da segurança jurídica, igualmente de índole constitucional.

Nesse sentido, em caso assemelhado de transposição de cargo

² § 5º Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)

³ **Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

público, já proclamou este Órgão Especial: *“A eficácia retroativa poderia atingir situações jurídicas consolidadas no que diz respeito aos aposentados e aos servidores que, ao tempo deste julgamento de mérito, já implementaram os requisitos para aposentação, afigurando-se irrecusável que essas pessoas estiveram, por muitos anos, ao abrigo de legislação aparentemente legítima, prestando serviço público de boa-fé como se regulares fossem” (ADI nº 2233241-49.2020.8.26.0000, Rel. Des. RENATO SARTORELLI, j. 19.05.2021).*

Ante o exposto, **julga-se procedente** a ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 2º a 6º da Lei Complementar nº 86, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão, com modulação dos efeitos para que seja respeitado o caráter irrepetível das parcelas salariais anteriormente pagas com base nos dispositivos declarados inconstitucionais e para que não sejam atingidos pelo julgamento os aposentados ou aqueles que satisfizeram os requisitos para a inatividade antes da prolação deste acórdão.

JAMES SIANO
Relator