

**MONITORES, RECREADORES, EDUCADORES, AUXILIARES, AGENTES E
ASSISTENTES DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL E OS PROFESSORES.**

LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA¹²

01.

Nas últimas três décadas, o Brasil consolidou o direito da criança e do adolescente, com garantias institucionais para viabilizar o seu desenvolvimento integral. A educação, como direito fundamental, para atingir tal desiderato foi tratada de maneira especial na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tendo entre seus objetivos o referido desenvolvimento integral do educando.

Nesta seara, a educação infantil, em especial a creche, deixou de ser considerada como uma ação da assistência social para materializar-se como educação, ou melhor, como um direito à educação, primeira etapa para se buscar o desenvolvimento da criança.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9394/96) foi específica em relação à questão, estabelecendo nas disposições transitórias:

Art. 89. As creches e pré-escolas existentes ou que venham a ser criadas deverão, no prazo de três anos, a contar da publicação desta Lei, integrar-se ao respectivo sistema de ensino.

Por disposição legal, as creches passaram a integrar o sistema educacional, submetendo-se às regras previstas nas respectivas legislações. No entanto, após vários anos desta alteração, por esta razão histórica, duas situações ainda se apresentam: a) muitos ainda atribuem à creche o caráter assistencialista, tendo em vista que assim eram caracterizadas; e, b) há uma certa confusão quando a situação dos

^{1 1} Promotor de Justiça do Estado de São Paulo aposentado – Advogado e Consultor na área da infância e juventude, educação e pessoa com deficiência. Artigo escrito em janeiro/2019.

² Artigo escrito com a colaboração de Júlia Yabuchi Yllana – Estagiária do Ministério Público.

servidores destas unidades educacionais, exatamente em face da forma como se analisa os serviços prestados.

Destaco a questão dos servidores para discussão. Diversos municípios possuem no quadro de servidores das creches, pessoas que foram nomeadas, designadas ou mesmo concursadas sem qualquer exigência de habilitação em magistério e que assumiam as mais variadas designações, como **monitores, recreadores, educadores, auxiliares, agentes ou assistentes de desenvolvimento infantil**. Tais servidores teriam sido admitidos antes mesmo da Constituição Federal ou LDB, sem a exigência mínima para exercer a docência na creche, mas muitas vezes acabam por trabalhar como “professor”.

Há também nos municípios aqueles servidores na mesma situação já descrita, mas que depois buscaram a habilitação no magistério (em nível médio – normal - ou superior), habilitando-se para o exercício da docência e que também trabalham como professores.

Por outro lado, há municípios que, mesmo depois da alteração legislativa continuaram a fazer concurso para estes cargos (monitores, recreadores, educadores, auxiliares, agentes ou assistentes de desenvolvimento infantil), mas passaram a exigir a habilitação específica para o magistério, em nível de ensino médio ou nível superior em pedagogia com habilitação específica em educação infantil. Contudo, não são reconhecidos como professores, não integrando eventual estatuto do magistério.

Estes servidores públicos, em muitas situações, são investidos na função de docência, ou, prestam suporte pedagógico à docência, com habilitação exigida pela LDB.

O problema é como interpretar e conciliar tais situações e adequar o quadro de servidores da creche designados como monitores, recreadores, educadores, auxiliares, agentes e assistentes de desenvolvimento infantil que exercem função pedagógica, na visão atual das creches. São de natureza iguais ou diferentes, como propõe o título deste artigo? Este é o propósito do presente artigo.

02.

Em primeiro lugar, deve ficar consignado que nada impede que o Município tenha em seu quadro de funcionários, os citados monitores, recreadores, educadores, auxiliares, agentes e assistentes de desenvolvimento infantil. Também não se

vislumbra qualquer ilegalidade exigir no concurso para admissão de tais profissionais a habilitação específica para o magistério, em nível de ensino médio ou nível superior em pedagogia.

Tais profissionais, contudo, não devem assumir uma determinada sala de aula, como professores. A atuação deve ser de suporte pedagógico à docência, sem o vínculo com a sala de aula. São profissionais que atuam contribuindo para o desenvolvimento das ações pedagógicas, sob responsabilidade dos professores, estes sim, titulares de classes, com vinculação direta.

Neste caso, da mesma forma que os demais profissionais ligados à creche, como merendeira ou serviços gerais, não integram ao Estatuto da Magistério, deixando de gozar dos benefícios próprios de professor.

03.

A questão que se apresenta em relação aos monitores, recreadores, educadores, auxiliares, agentes e assistentes de desenvolvimento infantil, educador e o professor na rede de ensino municipal refere-se à equiparação das funções e consequentemente dos benefícios assegurados na carreira dos profissionais do magistério público, quando assumem uma sala de aula e desempenham as suas funções como professores.

Conforme estabelece a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB -, a educação infantil objetiva o desenvolvimento integral de crianças de até cinco anos de idade, que serão atendidas em creches ou equivalentes para aquelas que possuírem até três anos de idade; e em pré-escolas, para as crianças de quatro e cinco anos de idade.

Nesta etapa inicial, o ensino será ofertado por aqueles que possuírem, ao menos, o nível médio na modalidade normal, conforme estabelece o artigo 62, da referida lei:

Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura plena, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nos cinco primeiros anos do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade normal (grifo nosso)

O nível médio em modalidade normal permite o exercício da DOCÊNCIA na educação infantil e, conseqüentemente, classifica o professor como um profissional da educação:

Art. 61. Consideram-se profissionais da educação escolar básica os que, nela estando em efetivo exercício e tendo sido formados em cursos reconhecidos, são:

I – professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio;

II – trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas;

Observa-se que os cargos de monitor, recreadores, educadores, auxiliares, agentes e assistentes de desenvolvimento infantil, enquadram-se como profissional da educação, apto ao magistério, desde que tenha a formação em nível médio ou superior, e faça o concurso próprio para professor.

A formação dos docentes da educação infantil encontra-se tanto naqueles que exercem a docência sem a devida qualificação superior, bastando para tanto a formação mínima em nível médio, através da modalidade normal, como também naqueles que possuem o nível superior. Desta forma, o Plano Nacional de Educação, prevendo situação de conflito, estabeleceu:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

Estratégias: 1.8) promover a formação inicial e continuada dos (as) profissionais da educação infantil, garantindo, progressivamente, o atendimento por profissionais com formação superior;

Busca-se implantar na educação infantil, profissionais com formação superior, que devido ao próprio contexto histórico não se apresentam com esta formação; admitindo-se, por ora, a formação em nível médio, que por si só não enseja tratamento diferenciado.

04.

A jurisprudência, ou seja, a reiteração de decisões dos Tribunais, alerta-nos sobre a complexidade do tema, devido às divergências quanto ao entendimento da não possibilidade de equiparação de cargo de cargo de monitor, recreadores, educadores, auxiliares, agentes e assistentes de desenvolvimento infantil com o de Professor, bem como de outras situações envolvendo tais categorias.

Vejamos:

4.1. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – CARREIRAS DIVERSAS.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, no processo nº 0003799-52.2013.8.26.0210, que não viola o princípio da isonomia a percepção de remuneração diversa, haja vista não se verificar igualdade de funções entre um cargo e outro, que são carreiras autônomas, não podendo ser considerada profissional de magistério público, sob pena de violar Súmula nº 339, STF, que dispõe que não cabe ao poder judiciário a função de legislar, afim de aumentar vencimentos de funcionários públicos sob o fundamento da isonomia.

Julgou improcedente ação (processo nº 1024730-65.2016.8.26.0562) versando sobre referida equiparação, ressaltando que a autora possuía formação superior em Pedagogia, com fundamento no artigo 61 da Lei de Diretrizes e Bases, que distingue o cargo de professor dos demais profissionais da educação, somadas as atribuições distintas de cada cargo, devendo haver aprovação em concurso para professor, sob pena de violação do art. 37, II, da Constituição Federal. Assim, considerou irrelevante a formação em curso superior em pedagogia e mesma jornada de trabalho.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso também pacificou seu entendimento quanto à incompatibilidade de identidade entre as funções:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - VENCIMENTOS - EQUIPARAÇÃO - CARGOS PÚBLICOS MUNICIPAIS - EDUCADOR INFANTIL -

PROFESSOR MUNICIPAL - FUNÇÕES - AUSÊNCIA DE IDENTIDADE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO INFRINGÊNCIA. Não existindo identidade de situações o tratamento igual não se impõe. Não há se falar em identidade de funções entre os cargos de educador infantil e Professor Municipal, quando há diferenças entre as áreas de atuação de seus titulares, bem como entre os níveis de escolaridade exigidos para o acesso aos cargos (TJMG Proc. N. 1.0024.05.729545-3/001 (1) – Relator Fernando Bráulio – j. 10-05-2007)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - VENCIMENTOS - EQUIPARAÇÃO - CARGOS PÚBLICOS MUNICIPAIS - EDUCADOR INFANTIL - PROFESSOR MUNICIPAL - FUNÇÕES - AUSÊNCIA DE IDENTIDADE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - LESÃO INEXISTENTE - SÚMULA N. 339 DO STF - SENTENÇA CONFIRMADA. O princípio constitucional da isonomia consiste em dispensar igual tratamento àqueles que se encontram em idêntica situação jurídica. Porém, não existindo a necessária identidade, o tratamento desigual se impõe com o fim de alcançar o equilíbrio. Não há se falar em identidade de funções entre os cargos de Educador Infantil e Professor Municipal, quando há diferenças entre as áreas de atuação de seus titulares, bem como entre os níveis de escolaridade exigidos para o acesso aos cargos. Ademais, consoante orientação da Súmula n. 339 do STF "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar os vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento de isonomia". (TJMG – proc. N. 1.0024.05.731811-/001(1) – Relator Armando Freire – J. 05-09-2006).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EQUIPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 8.679 /03. ARTIGO 37, XIII, CF/88. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A Lei Municipal nº 8.679 /03, prevê diferentes formações e atribuições entre os cargos de educador infantil e professor municipal, o que não implica na violação ao princípio da igualdade, diante da regra constitucional disposta no art. 37, inciso XIII, da Carta Magna. (TJMG – Proc. N. 1.0024.05.732267-9/001(1) – Relator José Domingues Ferreira Esteves – J. 25-04-2006).

4.2. NÃO COMPROVAÇÃO DA FUNÇÃO PEDAGÓGICA DO EDUCADOR.

O Superior Tribunal de Justiça, manifestou seu entendimento no Recurso Especial N° 1.689.913-SP, no sentido de não ser possível o enquadramento, conforme ementa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PISO SALARIAL NACIONAL PARA OS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. AGENTE DE EDUCAÇÃO INFANTIL. FUNÇÃO PEDAGÓGICA. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, concluiu que "a função de Agente de Educação Infantil não se insere no sistema do magistério para fins de aplicação do piso salarial nacional instituído pela Lei Federal n° 11.738/2008". 2. A reforma do acórdão recorrido demanda revolvimento de matéria fática, incidindo, assim, a Súmula 7 do STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 3. Recurso Especial não conhecido. (Relator – Min. Herman Benjamin).

Neste sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EDUCADORES INFANTIS E PROFESSORES DE EDUCAÇÃO INFANTIL. PRETENDIDA EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 339 DESTE SUPREMO TRIBUNAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO DIVERGE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO RECONHECIDO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279 DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (RE 516150, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 28/02/2008, publicado em DJe-044 DIVULG. 11/03/2008 PUBLIC 12/03/2008).

4.3. POSSIBILIDADE DO ENQUADRAMENTO DO EDUCADOR COMO PROFESSOR.

No entanto, há entendimentos divergentes, no sentido de ser possível a equiparação, tal como decidiu o TST no RO 0000456-81.2014.5.03.0023:

PROFESSOR. ENQUADRAMENTO. EDUCAÇÃO INFANTIL. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (9.394/96), introduziu alterações referentes à educação infantil, incluindo-a dentro da educação básica, além de reconhecer a importância do ensino na primeira infância para o desenvolvimento de um indivíduo (artigo 29). Nos termos do artigo 89 dessa mesma norma, as creches e pré-escolas integram o sistema de ensino para atendimento a crianças de 0 a 5 anos (artigo 30, I e II). Com o advento da EC 53/2006, a educação infantil passou a compor o rol de deveres do Estado (artigo 208, IV/CF) e há uma crescente preocupação com a valorização do profissional que trabalha em creches e pré-escolas. Tanto é assim, que inexiste diferenciação entre educador infantil e professor. Ademais, a EC 20/1998 modificou as regras da aposentadoria dos servidores públicos e, o artigo 40 § 5º, assegura ao professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério exclusivamente na educação infantil e no ensino fundamental e médio a redução dos requisitos de idade e de tempo de contribuição em cinco anos. O profissional incumbido de acompanhar classes de crianças com idade entre quatro e cinco anos exerce, sim, o magistério na educação infantil. Exerce o magistério a empregada que trabalha com as crianças na faixa etária já referida, seguindo o planejamento pedagógico da escola, ainda que não apresentasse planejamento formal, nem estivesse obrigada a preencher relatórios, pois cabia a ela executar todas as atividades com as crianças do primeiro período. Impõe-se o enquadramento como professora, ainda que a trabalhadora não tenha executado as tarefas administrativas desse cargo. (TST – Sétima Turma, Rel – Cristiana M. Valadares Fenelon, RO 0000458-81.2014.5.03.0023)(grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. ENQUADRAMENTO SINDICAL. PROFESSORA X EDUCADORA SOCIAL. A jurisprudência desta Corte Superior é a de que a exigência prevista no art. 317 da CLT não obsta o enquadramento do profissional na categoria de professor quando comprovado o efetivo exercício de atividades docentes, diante da aplicação do princípio da primazia da realidade. Precedentes. 2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS COM FUNDAMENTO NO ART. 318 DA CLT. Diante do enquadramento da reclamante como professora, é devido o pagamento de horas extras, em observância à jornada reduzida, nos termos do art. 318 da CLT. Decisão do Regional em consonância com a OJ nº 206 da SDI-1 desta

Corte. Ilesos os arts. 7º, XIII e XXVI, da CF e 318 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 553-55.2015.5.09.0322, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 29/11/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/12/2017)

Na análise do caso concreto, as atividades exercidas pelo educador e o professor infantil, apesar de regulamentadas por dispositivos diversos, por vezes são compatíveis entre si, inclusive quanto ao exercício do magistério,

4.4 DESVIO DE FUNÇÃO.

A complexidade do tema não está restrita à sua classificação. Tanto que noutra perspectiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo, já reconheceu o DESVIO DE FUNÇÃO de profissionais concursados que ocupavam cargo diverso daquele adequado ao exercício do magistério, mas que acabavam por exercê-lo, dado à similaridade de funções, fazendo jus, inclusive, a diferença salarial:

SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PIRES - DESVIO DE FUNÇÃO - OCUPANTE DO CARGO DE EDUCADORA INFANTO-JUVENIL QUE EXERCE AS FUNÇÕES DO CARGO DE PROFESSORA DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL - SÃO DEVIDAS AS DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS ENTRE OS CARGOS (SÚMULA 378 STJ E PRECEDENTES DO TJSP) - Correção monetária devida desde cada pagamento a menor, e não do ajuizamento, como constou da sentença - Conhece-se de parte do recurso adesivo da autora e, na parte conhecida, dá-se-lhe provimento (para modificar os critérios de atualização monetária); nega-se provimento ao reexame necessário (considerado interposto) e à apelação da Municipalidade; com determinações de ofício. (TJSP – 8ª Câmara de Direito Público - Rel. Ponte Neto– Ap. nº 3004506-54.2013.8.26.0505)

SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Professora de creche do Município de Jaboticabal. Pretensão de recebimento do piso salarial nacional, nos termos da Lei nº 11.738/00, além do respeito à divisão de jornada com limite máximo de 2/3 da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos. Possibilidade. Cargo que integra o quadro do magistério. LM nº 3.972/09. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. (...). Para que não se alegue omissão, o acolhimento do pleito não

configura afronta à Súmula Vinculante nº 37 do C. STF, na medida em que não se determina o aumento de vencimentos com base em isonomia, mas sim a correta aplicação da lei que fixa, também para a apelante, o piso nacional. (TJSP – 2ª Câmara de Direito Público – Rel. Vera Angrisani – Ap. nº 1006586-46.2017.8.26.0291).).

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. DESVIO DE FUNÇÃO. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SERVIDORA CONCURSADA PARA O CARGO DE EDUCADORA INFANTO-JUVENIL, QUE PASSOU A EXERCER A FUNÇÃO DE PROFESSORA DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO ENTRE AS REFERIDAS FUNÇÕES. CABIMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. REFORMA PARCIAL. DESVIO DE FUNÇÃO CONFIGURADO. DIFERENÇAS DEVIDAS A SEREM APURADAS COM BASE NA LEI FEDERAL Nº 11.738/08, APENAS A PARTIR DE 27.04.2011, E ATÉ A DATA EM QUE CESSADO O DESVIO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE DEVE SER REALIZADA, A PARTIR DA DATA EM QUE CADA DIFERENÇA DEVERIA TER SIDO PAGA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS (Classe/Assunto: Apelação n167 0004498-36.2010.8.26.0505. Isonomia/ Equivalência Salarial – Relator: Amorim Cantuária - Comarca: Ribeirão Pires - Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 15/08/2017 - Data de publicação: 16/08/2017 - Data de registro: 16/08/2017.

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DESVIO DE FUNÇÃO. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DAS DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS ENTRE OS CARGOS DE PROFESSOR DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL E EDUCADOR INFANTO JUVENIL. ADMISSIBILIDADE. Desvio de função comprovado nos autos. Direito ao recebimento das diferenças salariais, sob pena de enriquecimento ilícito da Municipalidade. Manutenção da sentença de procedência, alterando-se apenas o marco inicial da correção monetária para a data do efetivo prejuízo. Recurso da Prefeitura desprovido e recurso da autora provido Classe/Assunto: Apelação no. 0003408-56.2011.89.26.0505 - / Concurso Público / Edital - Relator: Nogueira Diefenthaler - Comarca: Ribeirão Pires - Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 20/06/2016 - Data de publicação: 12/07/2016 - Data de registro: 12/07/2016)

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – RIBEIRÃO PIRES – *Pedido de recebimento das diferenças salariais concernentes ao desvio de função entre o cargo de Educadora Infanto-Juvenil, para o qual prestou concurso público, e Professora de Desenvolvimento Infantil, cargo efetivamente exercido desde janeiro de 2009 até a efetiva cessação do desvio de função – **As funções desempenhadas por um e outro cargo se confundem, e a única diferença entre eles consiste na formação técnica exigida para o posto de Professor de Desenvolvimento Infantil**, divisando-se, ainda, a perenidade do desvio funcional até a efetiva transformação do cargo em 2014 - Desvio de função configurado – Intelecção da Súmula nº 378 da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça – **Direito da servidora à diferença remuneratória existente entre o cargo de Educador e o de Professor (paradigma) pelo estrito lapso de tempo em que desempenhou de forma contínua as tarefas e atribuições típicas deste último, premunindo-se, assim, o enriquecimento injustificado por parte da Administração Pública Municipal** – Inocorrência de ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, de vulneração ao imperativo de concurso público, estampados no artigo da Constituição Federal, tampouco à Súmula Vinculante nº 37 do Supremo Tribunal Federal - Precedentes da Seção de Direito Público e desta Câmara – Sentença de procedência mantida – Consectários legais (correção monetária, que fluirá da data em que cada parcela era devida, e juros moratórios, que correrão da citação) adequados à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.357 e nº 4.425 e à modulação de efeitos operada – Retificação da verba honorária arbitrada em primeiro grau, fixando-a em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos moldes do artigo 20, § 4º, CPC/73, vigente à época da prolação da sentença – Recursos, voluntário e oficial, parcialmente providos, com observação (Apelação NO. 0007850-60.2014.8.26.0505 - Relator: Marcos Pimentel Tamassia - Comarca: Ribeirão Pires - Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 26/04/2016 - Data de publicação: 29/04/2016 - Data de registro: 29/04/2016)*

Verifica-se do exposto que há divergência na Jurisprudência da forma como trata o monitor, recreador, educador, auxiliar, agente ou assistente de desenvolvimento infantil e o professor.

Analisando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB constata-se que o educador, desde que habilitado em nível médio ou superior para a docência na educação infantil é considerado um profissional da educação, e pode ser equiparado ao professor (art. 61), e nesse caso, devem os Municípios, regulamentar a situação desses profissionais, afim de valorizar a educação infantil e obviamente a sua carreira. Desta forma, ao realizarem concursos públicos que conste em seu edital o cargo de Educador Infantil, devem desde já enquadrá-los como profissionais da educação, individualizando suas funções.

Noutra perspectiva, devem buscar a qualificação profissional daqueles que já se encontram em atividade, mas que não possuem tais requisitos. Neste caso, não se trata de transposição de cargos, mas apenas de adequação às leis vigentes e o cumprimento da meta estabelecida no Plano Nacional de Educação.

05. DA POSIÇÃO DO CNE.

Esta questão não se limitou aos Tribunais, sendo que foi objeto de análise pelo Conselho Nacional de Educação, em duas oportunidades.

4.1. Parecer CNE/CEB n. 21/2008 – Relator Cesar Callegari – Processo n. 23001.000181/2008-25, aprovado em 08/10/2008.

Neste parecer, utilizou-se como referência o parecer CNE/CEB nº 24/2007, na qual decorreu a edição da Resolução CNE/CEB nº 1/2008, que analisou a alteração constitucional decorrente da EC nº 53/2006, que obrigou os Estados, Municípios e o Distrito Federal à análise dos Planos de Carreiras e Remuneração do Magistério da União, atingindo o magistério na Educação Infantil.

Neste sentido o referido parecer inclui os profissionais docentes da Educação Infantil, no conceito de *magistério da Educação Básica, o qual é entendido como trabalho/função de ensino a cargo e desenvolvido/exercida por professores, na qualidade de profissionais da educação escolar/ensino, em todos os níveis e modalidades de ensino da Educação Básica presencial.*

Ao analisar a Lei nº11.494/2007, que regulamenta o FUNDEB, deixou a cargo dos Municípios e Estados, bem como do Distrito Federal a regulamentação referente aos planos e remunerações do magistério na educação infantil. Assim, entende que o artigo 22, II ao dispor sobre docentes na Educação Infantil, regulamentou-os como:

“profissionais habilitados em curso Normal de Nível Médio, em curso Normal Superior e em curso de Pedagogia, assim como em Programa Especial a isso destinado, criado e devidamente autorizado pelo respectivo sistema de ensino, e que tiverem seu ingresso mediante concurso público específico ou, excepcionalmente, contratação ou designação de acordo com legislação e normas que regem o respectivo sistema de ensino”.

O objeto de análise do presente parecer (CNE/CEB nº 21/2008) refere-se aos profissionais que são habilitados para a docência e atuam efetivamente na Educação Infantil, mas que ocupam cargos com denominações diversas. Estabeleceu, neste viés, que:

Em princípio, a variedade de nomes atribuídos a esses profissionais não constitui problema maior desde que sejam legalmente habilitados para o magistério, tenham seu ingresso mediante concurso público de provas e títulos e estejam contemplados em Plano de Carreira, com as vantagens e obrigações equivalentes a outros profissionais com a denominação de Professor. O recomendável é que, atendidas essas condições, todos estejam sob a denominação Professor.

Ocorre que há profissionais não habilitados que foram enquadrados na carreira do magistério, o que:

(...) pode, em situações justificáveis, ser autorizado pelo órgão competente do respectivo sistema de ensino, porém somente em caráter precário e provisório, na falta daqueles devidamente habilitados para tanto. Para eles, como indicado anteriormente, deve ser propiciada oportunidade de formação, com posterior possibilidade de integração na carreira de magistério.

Não se pode ignorar, a realidade de que há profissionais habilitados em pleno exercício da profissão, mas que não integram regularmente a carreira de magistério, entendendo o presente conselho que *“acarreta seu enfraquecimento e sua desvalorização, além de desatender à Constituição e aos preceitos legais”*. Neste caso, a solução seria *“insistir para que os órgãos executivos dos diversos sistemas de ensino promovam a realização de concursos públicos para possibilitar acesso à carreira do magistério aos que já trabalham com crianças, mas ainda não podem integrá-la”*.

O parecer reconhece as complexas situações que envolvem o Educador Infantil e seu respectivo enquadramento legal, para fins remuneratórios; em seu voto o Conselheiro Relator aduz que deve ser regularmente possibilitada a sua integração, mediante realização dos necessários concursos públicos, não se analisando, em princípio, a nomenclatura do cargo, mas tão somente a habilitação necessária e o concurso público capaz de fornecer-lhe acesso à carreira do magistério, com vantagens e obrigações equivalentes.

4.1. Parecer CNE/CEB n. 07/2011 – Relator Cesar Callegari – Processo n. 23001.000040/2011-16, aprovado em 02/06/2011.

Neste parecer, o Conselho enfrenta questão referente a educadores que desempenham a função de professores. Para a análise, levou em consideração o contexto histórico do Educador, qual seja sua inclusão como etapa da Educação somente com o advento da Constituição Cidadã (inserida no Capítulo III), mas que permaneceu na órbita da Assistência Social até meados de 1996, até o advento da Lei nº 9.394/96 (LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

Assim, há profissionais que alegam o exercício do magistério e pleiteiam, mediante a elaboração do novo Estatuto do Magistério, a inclusão na carreira, haja vista que estão habilitadas e concursadas, exercendo o magistério. O parecer, neste viés, analisa se estes profissionais, ora excluídos, teriam direito à inclusão no Estatuto do Magistério, passando a receber mesma base salarial paga pelo FUNCEB.

Relembra, inicialmente que o Conselho Nacional de Educação, por sua Câmara de Educação Básica, produziu diretrizes específicas para a carreira dos funcionários da escola visando orientar quanto aos procedimentos destinados àqueles que não integram a carreira do magistério. Reconhece que, na prática, as funções desempenhadas por diversos profissionais são similares àquelas desempenhadas pelos docentes, especialmente na questão da Educação Infantil onde o ato de cuidar e educar são indissociáveis (Resolução CNE/CEB nº5/2009).

A Classificação Brasileira de Ocupações, instituída pelo Ministério do Trabalho e Emprego, lista como função inerente ao cargo de professor de creche o magistério e a do cuidar do aluno descrevendo-a detalhadamente de forma a contemplar: o acolhimento dos alunos, o acompanhamento nas atividades recreativas, a intervenção em situações de risco, o acompanhamento nas refeições, o ato de alimentar

os alunos, o auxílio na colocação de roupas e a troca de fraldas e roupas em geral. Desta forma, encontramos a similaridade de funções exercidas pelos professores com outros cargos.

O presente parecer pauta-se na questão: ***“a semelhança de funções desses profissionais com as funções desempenhadas por integrantes do magistério da Educação Infantil permite considerar os primeiros, de fato e de direito, como membros do magistério? Há caminhos para essa integração? Há base legal para tal inclusão e enquadramento?”***

Em resposta, o Conselheiro Relator faz uma longa exposição a respeito da forma de investidura no cargo ou emprego público e da posição do Judiciário quanto a questão da **transposição do cargo público**, citando inclusive a Súmula 685 do STF. Porém, conclui que **“o enquadramento do servidor em cargo diverso do original é possível e é legal quando se tratar de servidor efetivado no órgão em que se dará a recolocação e quando tenha se submetido a concurso público similar em dificuldade e exigências ao realizado para o cargo em que se dará o novo provimento, e quando houver similaridade nas atribuições do cargo”**. Afirma que neste caso não haveria transposição, mas unificação ou fusão de carreiras.

Especificamente em relação à questão do magistério, o Conselheiro Relator deixou consignado que “no caso do magistério, somente poderão ser enquadrados aqueles servidores que possuam a habilitação para o magistério, uma vez que para integrar a referida carreira é necessária a formação específica, nos termos do artigo 63 da LDB, ou seja, no mínimo com Curso Normal de Nível Médio para os docentes. Por esta razão, o ato somente poderá incluir os servidores que possuam a habilitação para o magistério e que essa habilitação tenha sido exigida quando da realização do concurso público de provas e títulos que precedeu o seu ingresso no serviço público”.

Concluiu o Conselheiro Relator que:

- a) O enquadramento do servidor em cargo diverso do original é possível e é legal quando se tratar de servidor efetivado no órgão em que se dará a recolocação e quando tenha se submetido a concurso público similar em dificuldade e exigências ao realizado para o cargo em que se dará o novo provimento, e quando houver similaridade nas atribuições do órgão.

- b) É legal a transposição para o quadro do magistério e o enquadramento dos servidores dos cargos de recreador de creche (e, por analogia, dos monitores, assistentes de desenvolvimento infantil e outros assemelhados), inclusive com a redesignação do cargo para professor, uma vez que os servidores desempenhem funções docentes, tenham se submetido a concurso público para ingresso, possuam os mesmos requisitos para os novos cargos exigidos para o exercício do magistério, requisitos esses já exigidos para o seu ingresso no funcionalismo público e verificada a identidade entre as funções e remuneração dos atuais cargos com as dos novos.
- c) Uma vez incluídos no quadro do magistério, referidos servidores poderão receber da parcela do FUNDEB vinculada à remuneração do magistério.
- d) Uma vez incluídos no quadro do magistério, inclusão essa necessariamente amparada por lei específica, os servidores passam a ser regidos por leis e normas próprias e aplicáveis ao exercício do magistério, especialmente as disposições estabelecidas nas Diretrizes Nacionais da Carreira e Remuneração do Magistério da Educação Básica (Parecer CNE/CEB n. 9/2009 e Resolução CNE/CEB n. 2/2009).

06. POSIÇÃO DO MEC.

O MEC também já teve a oportunidade de se manifestar a respeito de tema tratado neste expediente. Em agosto de 2015, após provocação de uma vereadora da Câmara Municipal de Barretos emitiu uma nota técnica assinada pela Coordenadora Geral de Educação Infantil a respeito do tema.

Consta que a legislação é clara e determina que a formação dos docentes deve ser em nível superior, em cursos de Licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, conforme art. 62 da LDB, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil, a formação em nível médio, na modalidade Normal. Portanto, a formação mínima para o professor(a) da educação infantil é o ensino médio, modalidade Normal.

Desta forma, as Secretarias de Educação e os estabelecimentos educacionais não podem contratar professor(a) para atuar na educação infantil sem a formação em nível médio, na modalidade Normal, mas que estejam cursando graduação em Pedagogia. Consta ainda:

*Em relação aos funcionários que prestaram **concurso para o cargo de monitor, auxiliar e outros**, caracterizam-se como funcionários do quadro geral da Educação ou da Prefeitura, e a exigência mínima de formação para tais cargos varia de município para município. **Eles podem estar lotados em escolas, mas não podem atuar como professores da educação infantil.** Caso isto aconteça, constata-se irregularidade que deve ser analisada pela Procuradoria Jurídica do Município.*

Portanto, no processo de integração e regulamentação das creches e pré-escolas no âmbito do sistema educacional brasileiro constata-se avanços, mudanças, fragilidades e tensões, dentre as quais a ambiguidade referente à identidade do profissional da educação infantil. Esta ambiguidade expressa-se em diferentes formas.

A primeira diz respeito à existência de profissionais que já atuavam em creches e pré-escolas, antes da data de publicação da LDB, possuíam formação de professor, desempenhavam função docente, mas prestaram concurso para outros cargos do quadro geral da Prefeitura.

A segunda refere-se a profissionais que já trabalhavam em creches e pré-escolas, antes da LDB, não possuíam formação de professor (o que não era exigido), prestaram concurso para outro cargo, mas desempenhavam função docente e, atualmente, possuem formação de magistério.

A terceira, e mais frequente, engloba um conjunto de profissionais que fizeram concurso, **após a LDB**, para cargos diversos do quadro de servidores, tais como auxiliar, monitor, recreacionista, brincante, cujo edital não exigia a formação de professor, mas, na realidade, desempenhavam função docente.

É necessário diferenciar estas três distintas situações profissionais para não dar margem ao entendimento de que seja legalmente permitido, a elas, o enquadramento na carreira do magistério.

A Coordenação-Geral de Educação Infantil (COEDI) entende que o enquadramento apenas se aplica às situações anteriores à vigência da LDB. Cabe ressaltar que, no entendimento da COEDI, a possibilidade de enquadramento não se aplica aos cargos referentes a concursos posteriores à entrada em vigor da Lei nº 9.394/96

Na nota técnica n. 21/2017/DICEI/SEB/SEB, de fevereiro de 2017, ao tratar de algumas questões referentes ao quadro de pessoal para a educação infantil, ficou expressamente consignado:

3.8 A formação dos docentes deve ser de nível superior, em cursos de Licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil, a formação de nível médio, na modalidade normal.

3.9. O ingresso na carreira de Magistério Público ocorre, exclusivamente, por meio de concurso público de provas e títulos para o cargo de professor(a), conforme estabelecido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, art. 67, inciso I. **Não existe possibilidade de progressão funcional entre cargos de diferentes naturezas.** No processo de integração e regulamentação das creches e pré-escolas, no âmbito do sistema educacional brasileiro, constatam-se avanços, mudanças, fragilidades e tensões dentre as quais se destaca a ambiguidade referente ao profissional da educação infantil. **Nos casos em que o concurso público para o cargo exigiu formação de professor nos termos da legislação vigente, mas o cargo ocupado é de monitor ou auxiliar, prevalece a natureza do cargo. Não é a formação exigida que define a função, mas o cargo para o qual foi prestado concurso.**

Em síntese, o que importa para o MEC, é observar, a partir da entrada em vigor da LDB, os requisitos mínimos para ser professor da educação infantil e o concurso prestado para esta finalidade. Admitiu, de forma excepcional, o enquadramento dos profissionais admitidos antes da LDB, mas que atendem aos requisitos legais para atuar como professor.

07. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante do exposto, pode se constatar as seguintes situações que merecem análise legal:

7.1. Há necessidade de PROFESSORES em todas as séries da educação infantil (do berçário ao maternal e pré-escola), com a formação mínima exigida pela LDB. A Municipalidade deve tomar as providências cabíveis no sentido de garantir tal direito à criança que frequenta a educação infantil.

7.2. Os MONITORES, RECREADORES, EDUCADORES, AUXILIARES, AGENTES E ASSISTENTES DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL que estejam realizando atividades de professor, na atual conjuntura legal, estão em DESVIO DE FUNÇÃO, e por conta disso fazem jus ao recebimento da diferença de remuneração entre as referidas funções. Trata-se de matéria que depende de prova e é específica de cada profissional.

7.3. Considerando aqueles MONITORES, RECREADORES, EDUCADORES, AUXILIARES, AGENTES E ASSISTENTES DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL que ingressaram na carreira pública, submetendo-se aos mesmos requisitos constantes no edital para o ingresso da carreira de PROFESSOR (*professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil*), e que desempenham as atividades típicas de Professor, para estes há possibilidade de ocorrer a TRANSPOSIÇÃO DOS CARGOS, em face das atividades desenvolvidas. Eventual transposição implica no reordenamento salarial da parte interessada (piso nacional para professores), bem como a sua inserção nos planos de carreira do magistério, e o direito à aposentadoria especial.

7.4. Os MONITORES, RECREADORES, EDUCADORES, AUXILIARES, AGENTES E ASSISTENTES DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL que não possuem a qualificação exigida pela LDB para exercer a atividade docente ou aquele que ingressou na carreira, mas não se submeteu a “concurso público similar em dificuldade e exigências ao realizado para o cargo em que se dará o novo provimento (professor)”, não se verifica a possibilidade de transposição do cargo, devendo continuar a exercer as funções de monitores, recreadores, educadores, auxiliares, agentes e assistentes de desenvolvimento infantil, mas submetidos às regras e atribuições estabelecidas na Lei Municipal que criou o cargo.

Sabe-se que a questão tratada é polêmica, encontrando posicionamentos diversos nos Tribunais e até mesmo na esfera administrativa. Porém, ao



analisar os princípios do Direito, reputo que estes encaminhamentos são os que se apresentam de maneira mais adequada.