



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

INTERESSADA: Secretaria Especial de Relações Institucionais de Jaú		UF: SP
ASSUNTO: Profissionais da Educação Infantil: possibilidades de sua inclusão na carreira do magistério da Educação Básica e consequente remuneração com recursos do FUNDEB		
RELATOR: Cesar Callegari		
PROCESSO Nº: 23001.000040/2011-16		
PARECER CNE/CEB Nº: 7/2011	COLEGIADO: CEB	APROVADO EM: 2/6/2011

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria Especial de Relações Institucionais de Jaú, SP, sobre a situação das recreadoras de creche. Informa a municipalidade consultante que uma parte das recreadoras possuem habilitação para o magistério (nível médio ou Pedagogia) e outra parte não; que tal situação deriva do fato de que anteriormente as creches estavam sob a órbita da assistência social, razão pela qual as recreadoras eram nomeadas sem que houvesse a exigência de possuírem habilitação no magistério; e que as creches se integraram à educação, razão pela qual exigiu-se a habilitação, fato que não alterou a situação das recreadoras que, mesmo assim, não foram incluídas na carreira do magistério. Todavia, as recreadoras alegam que exercem funções docentes e que, agora, mediante a elaboração de novo Estatuto do Magistério, pleiteiam sua inclusão na carreira. Com base nesses fatos, a Secretaria apresenta as seguintes questões: há amparo legal para a transformação do cargo de recreador I em cargo de professor? A Lei nº 11.494/2007, que regulamentou o FUNDEB, permite que esses profissionais recebam pela parcela dos 60%? Ou seja, há a possibilidade de incluir referidas profissionais no Estatuto do Magistério, dentro do quadro do magistério como docentes para que as mesmas possam receber pela parcela dos 60% do FUNDEB? A nomenclatura apoio escolar (profissionais não docentes ligados a educação) está correta para enquadrar as recreadoras como profissionais da educação, no novo estatuto?

O questionamento trazido pela municipalidade de Jaú reflete uma situação existente em grande parte dos municípios brasileiros. Sobre o tema, o Conselho Nacional de Educação, por meio de sua Câmara de Educação Básica, vem se manifestando, e referência deve ser feita aos seguintes pareceres: CNE/CEB nº 24/2007, que definiu o conceito de magistério da Educação Básica, notadamente para fins de destinação da parcela do FUNDEB destinada à valorização desses profissionais (Resolução CNE/CEB nº 1/2008); CNE/CEB nº 21/2008, que trata especificamente dos profissionais que atuam na Educação Infantil; e o Parecer CNE/CEB nº 20/2009, que deu origem às atuais Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (Resolução CNE/CEB nº 5/2009). Como referência mais abrangente e completa para o tema em análise, o Parecer CNE/CEB nº 9/2009 e Resolução CNE/CEB nº 2/2009 que estabelecem as Diretrizes Nacionais da Carreira e Remuneração do Magistério da Educação Básica, assim como o Parecer CNE/CEB nº 9/2010 e Resolução CNE/CEB nº 5/2010 que tratam das Diretrizes Nacionais da Carreira e Remuneração dos Funcionários da Educação Básica. Em que pesem essas manifestações, a Câmara de Educação Básica do CNE entende que a consulta proveniente de Jaú representa uma oportunidade de aprofundar o exame da matéria e, assim fazendo, oferecer novos subsídios para estudos e decisões por parte

das escolas, redes e sistemas de ensino, profissionais de educação e seus órgãos representativos, gestores públicos, Conselhos de Educação, Ministério Público e, talvez, contribuir com o trabalho do Poder Judiciário. Assim considerando, o assunto foi encaminhado para a Comissão Permanente de Estudos sobre a Carreira dos Profissionais da Educação instituída na CEB e, nela, para este relator. Registre-se que o trabalho de pesquisa desenvolvido para a elaboração deste parecer contou com a preciosa colaboração do eminente advogado e especialista em direito educacional Dr. José Silvio Graboski de Oliveira. Registre-se, também, as importantes contribuições advindas da representação da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME) durante os debates que antecederam as deliberações desta matéria.

Histórico

O atendimento em creche passou por mudanças no transcurso do tempo, e isso não apenas no Brasil.

Emília Cipriano Santos escreve que a creche surgiu na Europa, no final do século XVIII e início do século XIX, com a finalidade de atender (guardar) crianças de 0 a 3 anos de idade durante o período de trabalho das famílias, sendo, pois, uma instituição atrelada às necessidades do nascente capitalismo e urbanização (Creche – Realidade e Ambiguidades. Editora Vozes, Petrópolis, 2003, pág. 203). A autora relata, ainda, que no Brasil, o surgimento da creche, no final do século XIX, não foi diferente e deu-se sob a forma de filantropia. Com o passar do tempo o Estado foi assumindo o serviço, integrando as creches em uma política de proteção à maternidade e à infância, ligadas à área de saúde e assistência social.

A primeira menção da Educação Infantil na legislação educacional brasileira deu-se com a Lei nº 5.692/71, que em apenas um artigo e de maneira bastante vaga dispunha que os *sistemas de ensino velarão para que as crianças de idade inferior a sete anos recebam conveniente educação em escolas maternas, jardins de infância e instituições equivalentes*.

Foi a Constituição de 1988 que deu nova dimensão às creches, incluindo-as no capítulo da Educação, explicitando sua função eminentemente educativa, à qual se agregam as funções de cuidado. Diz o inciso IV do art. 208 que *o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante garantia de (...) Educação Infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*.

Contudo, ainda após a vigência da Constituição de 1988, as creches continuaram a funcionar sob a órbita da assistência social.

Sua inclusão na área educacional se deu, de forma mais efetiva, a partir do advento da Lei nº 9.394/96 (LDB), que, inclusive, marcou prazo para sua integração nos sistemas de ensino, conforme disposição contida no art. 89, incluído nas disposições transitórias da lei, nestes termos: *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 essas razões históricas é que vários municípios possuem em seus quadros funcionais, ainda nos dias atuais, servidores que, sob diversas denominações, como recreador, agente de desenvolvimento infantil, monitor de creche etc, foram nomeados para trabalharem nas creches, sem que houvesse, no momento do concurso público, a exigência da habilitação em magistério para o provimento do cargo, uma vez que, na época de seu ingresso, era desnecessário o requisito já que creche ainda não era considerada instituição educacional.

É importante mencionar que muitos desses servidores, após o advento da Lei nº 9.394/96, obtiveram a formação docente, alguns, inclusive, por meio de programas de formação custeados pelos cofres públicos, com a utilização de recursos financeiros vinculados à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Sobre o tema, este Conselho Nacional de Educação já se manifestou, reconhecendo o esforço dos servidores e mencionou a necessidade de satisfazer as condições necessárias para a inclusão dos mesmos na carreira do magistério:

Assim é que muitos profissionais que atuam na Educação Infantil e na Educação Especial têm procurado se capacitar para enfrentar desafios educacionais os mais complexos, adquirindo um nível de formação mais elevado e que, muitas vezes, corresponde ao requerido para o exercício do magistério. Fala-se aqui de profissionais que ocupam cargos e desempenham funções formalmente fora da carreira do magistério, com diversas denominações, como Assistente de Desenvolvimento Infantil, Monitor e outras. Para eles, sob os critérios da Lei e das normas vigentes, se a formação adequada é necessária, ela ainda não é suficiente para transformar esses profissionais, que atuam diretamente com crianças e integrados ao processo educacional, em integrantes do magistério da Educação Básica, ou mesmo integrantes do magistério da Educação Infantil ou da Educação Especial. Para isso, também são necessárias que estejam satisfeitas as demais condições indispensáveis e indissociáveis, que são as condições de trabalho, a carreira e a remuneração, aí incluído o modo de ingresso que, associados à formação adequada, definem a condição de magistério. Embora 40% dos recursos provenientes do FUNDEB possam ser utilizados para fazer frente a outras despesas, como com os profissionais não do magistério acima referidos, é de se recomendar enfaticamente que os sistemas de ensino adotem as medidas necessárias para a efetiva estruturação de carreiras de magistério em todas as etapas da Educação Básica, incluindo o concurso de ingresso, onde ela ainda não se encontra organizada. (Parecer CNE/CEB nº 24/2007).

Nesse ponto, é oportuno lembrar que o Conselho Nacional de Educação, por sua Câmara de Educação Básica, produziu diretrizes específicas para a carreira dos funcionários de escola (Parecer CNE/CEB nº 9/2010 e Resolução CNE/CEB nº 5/2010) com o objetivo de orientar os procedimentos das redes e sistemas de ensino na adoção de medidas destinadas à valorização desses profissionais da educação que não integram a carreira do magistério.

Por outro lado o problema é que as funções desempenhadas pelos servidores ocupantes dos mencionados cargos (monitores, recreadores, auxiliares e assistentes de desenvolvimento infantil – ADIs) são, de fato, funções similares às desempenhadas por integrantes do magistério, uma vez que o ato de cuidar e de educar são indissociáveis na Educação Infantil conforme já definiu o Conselho Nacional de Educação, por meio da Resolução CNE/CEB nº 5/2009, que assim dispõe:

Art. 8º A proposta pedagógica das instituições de Educação Infantil deve ter como objetivo garantir à criança acesso a processos de apropriação, renovação e articulação de conhecimentos e aprendizagens de diferentes linguagens, assim como o direito à proteção, à saúde, à liberdade, à confiança, ao respeito, à dignidade, à brincadeira, à convivência e à interação com outras crianças.

§ 1º Na efetivação desse objetivo, as propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil deverão prever condições para o trabalho coletivo e para a organização de materiais, espaços e tempos que assegurem:

I - a educação em sua integralidade, entendendo o cuidado como algo indissociável ao processo educativo.

E ainda:

Art. 5º A Educação Infantil, primeira etapa da Educação Básica, é oferecida em creches e pré-escolas, as quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social.

No mesmo sentido, a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), instituída pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria Ministerial nº 397, de 9 de outubro de 2002, que tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares, ao descrever as funções inerentes ao cargo de professor de creche, lista, dentre as funções tradicionalmente conhecidas como de magistério (promover a educação do aluno, promover a relação ensino-aprendizagem, planejar a prática educacional, avaliar as práticas pedagógicas etc), também a função de cuidar dos alunos, 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. (disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>)

Assim, as funções exercidas por servidores ocupantes dos cargos de recreador, como são os servidores objeto da consulta, ou sob qualquer outra denominação, como já mencionamos alhures, caracterizam-se como funções semelhantes às do magistério, haja vista que, como já dito, o ato de cuidar e educar são indissociáveis na Educação Infantil.

Mesmo assim, resiste a questão central aqui tratada: **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?**

A resposta a essas perguntas pode ser encontrada no exame acurado de outras dimensões em que se insere o questionamento originalmente formulado pela Secretaria Especial de Relações Institucionais de Jaú, SP sobre o qual se baseia o presente parecer.

Mérito

É de todos sabido que a administração pública é direcionada por princípios garantidores do atendimento ao interesse público. Isto fica claro quando analisamos o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que, expressamente elenca a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência como princípios norteadores de toda a atividade administrativa. Acresça-se a estes outros tantos de importância tão considerável como o são o da isonomia e o do concurso público.

Assim, prevê o inciso II do art. 37 de nossa Carta Magna a seguinte disposição:

Art. 37. (...)

(...)

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;

A previsão transcrita mostra-se atualmente um dos pilares da boa administração, sendo o concurso público meio hábil à seleção justa do servidor público, tornando inexistentes as

situações antes vistas de apadrinhamento e indicações meramente políticas, que tornavam o serviço ineficiente e desprezava o mérito como condição para admissão.

O princípio do concurso público, desta forma, é de observância obrigatória para fins de provimento de cargos e empregos públicos e é por este motivo que se justifica trazer aqui informações acerca do mesmo. Assim, o acesso aos cargos e empregos do Executivo, Legislativo e Judiciário somente poderão ocorrer ante a prévia aprovação do cidadão em concurso público hábil a aferir sua capacidade laboral.

A questão colocada em pauta circunda este assunto quando demonstra o anseio de permitir que servidores aprovados, inicialmente, em concurso público para fins de prover determinados cargos do quadro geral de servidores, como o são os de recreador de creche, passem, sem participação em novo concurso, a ocupar cargos pertencentes ao quadro do magistério público municipal.

Num primeiro momento poderíamos concluir que essa operação se confrontaria com princípio constitucional do concurso público, que exige a aprovação específica em certame concursal para fins de ocupar o novo cargo. E, nesse sentido, trazemos jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Arts. 68, 69 e 70 da Lei nº 8.269/2004, do Estado de Mato Grosso, que permitem o provimento de cargos efetivos por meio de reenquadramento. 3. Violação ao artigo 37, II, da Constituição da República, que dispõe sobre a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

A transcrição acima demonstra que não é possível ao servidor aprovado em concurso para determinado cargo com atribuições específicas, vir a ocupar cargo diverso daquele para o qual se deu a aprovação, ainda que apresente os requisitos necessários a tanto, como formação acadêmica, por exemplo.

Neste sentido é a Súmula 685, do Supremo Tribunal Federal, que traz a seguinte disposição:

Súmula 685 – É inconstitucional toda modalidade de provimento de 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.

Esse enunciado deixa patente a impossibilidade da transposição de cargos públicos para cargos que não integrem a carreira original do servidor transposto, de modo que estariam vedadas quaisquer transposições para cargos diversos daquele para o qual o servidor ingressou mediante concurso público.

Cabe frisar que tal prática, além de ofender o princípio constitucional do concurso público, afronta também os princípios da moralidade e da legalidade, além de outros.

No entanto – e isto interessa bastante à municipalidade consulente e, possivelmente, a tantas outras situações – o Judiciário não pode ficar e, de fato, não tem ficado alheio às situações que concretamente ocorrem, manifestando a moderna jurisprudência entendimentos que, por vezes, demonstram algumas excepcionais possibilidades de alteração no enquadramento do servidor.

Afirma-se isto porque, como se verá, **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.**

Para demonstrar a viabilidade e legalidade dessa hipótese, recorre-se aqui, primeiramente, aos argumentos do Advogado Geral da União, Marcos Luiz da Silva, explanadas em artigo intitulado “Da transposição de cargos na Administração Pública”:

O STF adotou posição que mitiga o rigor do princípio constitucional sob exame, conforme se vê, por exemplo, nas ADIN 2713/DF e 1.150/RJ, cujos acórdãos aparentemente colidem com o teor da súmula acima mencionada, mas que, a uma análise mais acurada, nada mais são do que uma aplicação da jurisprudência consagrada na corte a situações especiais, que mereceriam, por parte do Poder Judiciário, um tratamento diferenciado pela especificidade da matéria posta à discussão. Trata-se aqui, a bem da verdade, não de transposição, mas de unificação ou fusão de carreiras, hipótese possível quando os cargos das carreiras a serem fundidas possuem idênticas atribuições, assim como se tenha atendido, no provimento dos respectivos cargos, ao princípio do concurso público, com similaridade de exigências e complexidade.

A manifestação do Supremo Tribunal Federal a que se referiu o autor no texto acima transcrito é a constante da Ementa do Acórdão proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.713, sendo a seguinte:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549 , DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, CAPUT; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa "ad causam" afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do Quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, caput da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União. Precedente: ADI nº 449, Rel. Min. Carlos Velloso. Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Este pensamento do Supremo Tribunal Federal também se manifestou no julgamento da ADIN nº 1.591, nos seguintes termos:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: irrecorribilidade da decisão definitiva declaratória de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de normas, por força do art. 26 da L. 9.868/99, que implicou abolição dos embargos infringentes

previstos no art. 333, IV, RISTF: inaplicabilidade, porém, da lei nova que abole recurso aos casos em que o acórdão, então recorrível, seja proferido em data anterior ao do início da sua vigência: análise e aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. "Unificação, pela Lei Complementar nº 10.933-97, do Rio Grande do Sul, em nova carreira de Agente Fiscal do Tesouro, das duas, preexistentes, de Auditor de Finanças Públicas e de Fiscal de Tributos Estaduais. Assertiva de preterição da exigência de concurso público rejeitada em face da afinidade de atribuições das categorias em questão, consolidada por legislação anterior à Constituição de 1988. (ADIN 1.591, 19.09.88, Gallotti): reafirmação, por maioria, do acórdão embargado.

Das transcrições, resta esclarecido que no julgamento das ADIN 1.591 e 2.713, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o aproveitamento de ocupantes de cargos extintos nos recém-criados não viola a exigência da prévia aprovação em concurso público, **desde que haja uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, além de compatibilidade funcional e remuneratória e equivalência dos requisitos exigidos em concurso.**

Para melhor esclarecer o assunto transcrevemos abaixo trechos do acórdão da ADIN 1.591, da lavra do eminente ministro Octávio Galloti:

Na defesa do texto impugnado, preconiza, às fls. 774/6, DR. GERALDO QUINTÃO, ilustre Advogado Geral da União:

12 – A exigência de concurso público, de que trata o inciso II do art. 37 da Carta Magna, não afasta, de forma peremptória, a transposição de um cargo para outro. Com a Lei Fundamental tal mudança é compatível desde que entre os cargos hajam características assemelhadas, pelo que podem, na verdade, tais carreiras ser uma só. O que não se permite, por não encontrar amparo constitucional, é o ingresso do servidor em uma nova carreira, para desenvolver atividade totalmente estranha à do cargo primitivo, ou seja, sem nenhuma identidade ou afinidade.¹⁵ – Desse modo, considerando que o sistema federativo assegura aos Estados-membros autonomia política e administrativa, com poderes de auto-organização, autogoverno e auto-administração, e considerando, ainda, que a mudança ocorrida, com a extinção das duas carreiras e a criação de uma única, foi ditada pela necessidade imperiosa da Administração, e não para possibilitar o favorecimento de servidores, com o intuito de burlar a exigência do concurso público, observa-se que se almejou, tão somente, o aprimoramento da Administração Pública, mesmo porque entre as carreiras extintas já havia isonomia de vencimentos.

16 – Conseqüentemente, reconhecer que aos Estados é vedado deliberar sobre matéria relativa à sua própria organização, afigura-se negar o próprio sistema federativo. Julgo que não se deva levar ao paroxismo, o princípio do concurso para acesso aos cargos públicos, a ponto de que uma reestruturação convergente de carreiras similares venha a cobrar (em custos e descontinuidade) o preço da extinção de todos os antigos cargos, com a disponibilidade de cada um dos ocupantes seguida da abertura de processo seletivo, ou então, do aproveitamento dos disponíveis, hipótese esta última que redundaria, na prática, justamente na situação que a propositura da ação visa a conjurar. Anoto, finalmente, que, não resultando da lei impugnada acréscimo de remuneração para nenhuma das duas carreiras envolvidas no reenquadramento, se desvanece a suspeita de que, no favorecimento de servidores de uma ou outra, resida a finalidade da lei atacada, e não na conveniência do serviço público.

Nesta linha, consoante os entendimentos jurisprudenciais expostos, entendendo que nas situações em que os cargos apresentem identidade de atribuições, remuneração, de

exigências apresentadas para a sua seleção e admissão e que os atuais ocupantes tenham os requisitos de investidura para o novo cargo, é possível o aproveitamento dos servidores em novos cargos, por meio do devido enquadramento, mormente para fins de reorganização administrativa do serviço público.

Nesse sentido, o trecho do acórdão acima citado é extremamente didático e claro, se amoldando perfeitamente ao caso aqui estudado, levando, por consequência, à análise jurídica do enquadramento, o que se fará logo mais.

Por ora, parece oportuno citar também as conclusões de Oswaldo Rodrigues de Souza, auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal, no sentido de deixar claro que o presente é caso de transposição, a ser concretizado através do instituto do enquadramento, perfeitamente conforme com o ordenamento jurídico vigente:

As considerações expeditas autorizam concluir, além das observações que se seguem, que as transposições e transformações de cargos públicos são procedimentos administrativos adotados sobretudo na implantação de planos de classificação de cargos, instituídos por lei. Os planos de classificação de cargos derivam-se do processo natural de evolução dos conhecimentos e das técnicas organizacionais, tendo por motivação especial, no Brasil, a constante perda do poder aquisitivo dos vencimentos dos cargos públicos, em virtude do perverso processo inflacionário que tem assolado a economia brasileira nas últimas décadas.

A transposição consiste no deslocamento do cargo do sistema antigo para o novo, sem mudança das atribuições. A transformação implica alteração das atribuições. Nisso está a distinção entre um e outro instituto. As transposições e transformações têm sido confundidas com formas de provimento de cargo público, decerto em virtude de imperfeição técnica, em certos casos, da legislação autorizativa. Em verdade, esses procedimentos administrativos não são formas de provimento de cargo público, a que se restringe a exigência constitucional do concurso público para a respectiva investidura, daí serem juridicamente viáveis, com a ressalva que se segue. As transformações de cargo que importam em elevação do nível de complexidade das respectivas atribuições ou a escolaridade exigida para ingresso, a teor da exegese teleológica, estão inviabilizadas pelo disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, que imprime o fortalecimento do sistema de mérito funcional, aferível mediante concurso público. (Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 34 n° 133 jan/mar. 1997 33)

Sobre o conceito de **enquadramento**, valemo-nos dos ensinamentos do consagrado Hely Lopes Meirelles que, com base na atual ordem constitucional, admite o enquadramento, decorrente da transformação de cargos, sem necessidade de aprovação em novo concurso público. Segundo ele:

Pela transformação extinguem-se os cargos anteriores e se criam novos, que serão providos por concurso ou simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração, mediante apostila de seus títulos ou nomeação. Assim, a investidura nos novos cargos poderá ser originária (para os estranhos ao serviço público) ou derivada (para os servidores que forem enquadrados. (Direito Administrativo Brasileiro. Saraiva, São Paulo, 27 ed. pág. 395)

O **enquadramento**, na forma como se refere à citação acima, se constitui em um ato administrativo e, como tal, deve ser realizado com observância dos princípios constitucionais que regem a administração pública.

Desta maneira, devem ser observados os princípios da legalidade, igualdade, finalidade e motivação, elementos necessários para que se confira legitimidade e, portanto, validade ao ato administrativo.

Em razão do princípio da legalidade, o ato de enquadramento só poderá ser concretizado com base em lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, uma vez que cabe a este a iniciativa das leis que versem sobre servidores públicos no âmbito do Poder Executivo.

Logo, o ato administrativo é vinculado, pois deve ser praticado em estrita observância do que será estabelecido na lei, não havendo espaço para a manifestação de juízo quanto à conveniência e oportunidade de sua materialização, ou seja, uma vez aprovada a lei, os efeitos recaem sobre todos os servidores ocupantes dos cargos enquadrados.

Disso decorre o cumprimento de outro princípio, o da igualdade, qual seja o ato de enquadramento deve abarcar todos os servidores que possuam a mesma identidade funcional. No caso concreto, o ato deverá abarcar todos os servidores que possuam, desde o processo de sua seleção e admissão, o requisito para integrar a carreira do magistério, qual seja a habilitação para o magistério na Educação Infantil.

Por outro lado, por força do mesmo princípio, os servidores poderão ser enquadrados em novos cargos, sendo possível o enquadramento em cargos preexistentes em situação de absoluta semelhança. **Assim, mostra-se legal que os cargos de recreador de creche (e, por analogia, os assistentes de Educação Infantil, monitores e outros profissionais assemelhados presentes quando examinadas as situações que porventura se manifestem em outras localidades) sejam transformados em cargos de professor de creche ou professor de Educação Infantil, por exemplo, mormente quando esse cargo específico de professor de creche ou professor de Educação Infantil ainda não exista no quadro da municipalidade. Como se viu, não é lícito colocar em situação igual servidores que proveram cargos de forma desigual. Desse modo, os cargos de docentes e suporte pedagógico já existentes no quadro do magistério não sofrerão qualquer alteração, mantendo suas identidades funcionais, uma vez que os cargos que se pretende transpor se constituem em novos cargos da carreira do magistério, não se confundindo com os demais.**

Como todo ato administrativo, o **enquadramento** também deve ter uma finalidade, entendida esta no sentido amplo de que fala o magistério de Di Pietro, nestes termos:

Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública. (Direito Administrativo. Atlas. São Paulo. 2003, 15 ed. pág. 203) (negrito no original)

No caso sob análise, o **enquadramento** deve buscar referida finalidade, que, concretamente, é melhorar a estrutura administrativa funcional, proporcionando a unificação da política de pessoal adotada para os profissionais do magistério, uma vez que, atualmente, há uma fonte específica de recursos financeiros para sua remuneração, oriunda do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), consoante dispõe o art. 22 da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, *in verbis*:

Art. 22 Pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública.

Aliás, este Conselho Nacional de Educação já reconheceu que a estrutura administrativa e funcional das escolas, das redes de escolas e dos sistemas de ensino fica

enfraquecida com a exclusão injustificada de servidores da carreira do magistério, manifestando sua posição pela regularização da situação, conforme lemos:

De outro lado, a existência de profissionais que atuam na Educação Infantil com a formação pedagógica adequada, mas que não integram regularmente a carreira de magistério, acarreta seu enfraquecimento e sua desvalorização, além de desatender à Constituição e aos preceitos legais. Sua integração na carreira deve, portanto, vir a ser regularmente possibilitada. (Parecer CNE/CEB nº 21/2008)

No mesmo passo temos o princípio da motivação, pelo qual o *Poder Público deve enunciar expressamente as razões de fato e de direito que fundamentam a prática dos atos administrativos, vinculando-se às mesmas.* (Curso Prático de Direito Administrativo. Carlos Pinto Coelho Motta org. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2004, 2ª ed).

Qual seria a motivação para o caso em apreço?

A motivação deriva de alteração ocorrida na legislação educacional, inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e formalizada com o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), que caracterizou as creches como instituições educacionais e o ato de cuidar e educar como atribuições de magistério, conforme já abordamos no início do presente parecer.

Temos, assim, que o **enquadramento** é o ato principal e final, entretanto é necessário que seja precedido de ato condição, o que se dá mediante a verificação da correspondência entre os cargos do quadro antigo e aqueles previstos na nova lei de enquadramento. De acordo com Antônio Flávio de Oliveira *a este ato condição se atribui a denominação de transposição, indicando o transbordo dos servidores de um quadro superado para outro recém surgido no mundo jurídico.* (Servidor Público. Remoção, cessão, enquadramento e distribuição. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2005. 2ª ed. pág. 149.)

Portanto, *o ato de traduzir a antiga situação legal do servidor em uma nova recebe a denominação de transposição, indicando que a velha vinculação jurídico-funcional foi deixada para trás.* (Antônio Flávio de Oliveira. ob. cit. pág. 149).

Entretanto, 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 art. 62 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.

Desse modo, após aprovação da respectiva lei, o servidor será enquadrado na nova situação, através de ato específico, mormente consubstanciado em portaria de enquadramento, decorrendo daí sua nova vinculação jurídico-funcional. Mais uma vez fazemos menção à precisa lição de Antonio Flávio de Oliveira:

Constitui o enquadramento o ato de, frente à legislação vigente, situar o servidor no seu plano de carreira. Assim, o servidor que se encontre no serviço público passará, posteriormente à ocorrência de alteração legislativa e, em virtude dessa modificação, a ter cambiada a nomenclatura, o símbolo, o sistema de progressão na carreira, etc., do cargo que ocupa. A solução do problema ocasionado pela necessidade de tradução do cargo anterior ao novo cargo criado é dada pelo instituto do enquadramento, que constitui o ato de identificar a situação anterior do servidor encontrando a novel situação correspondente e diante disso fazer o seu enquadramento. (ob. cit. pág. 141)

Finalmente, com o intuito de deixar claras as orientações em face das questões apresentadas pelo Município de Jaú e, assim, ainda melhor esclarecer os aspectos levantados em torno do assunto, objetivamente responde-se:

- a) há amparo legal para a transformação do cargo de recreador I em cargo de professor?

Somente haverá amparo legal para a transformação do cargo de Recreador I em cargo de Professor nos casos em que forem preenchidas as exigências estabelecidas para os profissionais ingressantes no magistério conforme prescritas ao longo desse parecer consubstanciadas no Voto do Relator, a seguir. Quando tais condições e exigências não se verificam, não há amparo legal para transformar o cargo de Recreador I em cargo de Professor.

- b) A Lei nº 11.494/2007, que regulamentou o FUNDEB, permite que esses profissionais (Recreadores I) recebam pela parcela dos 60%?

Os Recreadores I que puderem ser enquadrados e transpostos para o quadro do magistério nas condições indicadas nesse parecer, poderão ser remunerados com a parcela de 60% do FUNDEB destinada à remuneração do magistério. Os Recreadores I e demais servidores da educação que não integram o quadro do magistério poderão ser remunerados com os recursos do FUNDEB correspondentes aos 40% restantes.

- c) A nomenclatura apoio escolar (profissionais não docentes ligados a educação) está correta para enquadrar as recreadoras como profissionais da educação, no novo estatuto?

Não, os Recreadores I que forem enquadrados e transpostos efetivamente, nas condições preconizadas neste parecer, passam a ser PROFESSORES. A denominação Apoio Escolar refere-se a cargos e funções que não integram a carreira do magistério.

II – VOTO DO RELATOR

Diante de todo o exposto, nos termos do presente parecer, concluímos:

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.

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 red denominação 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.

Uma vez incluídos no quadro do magistério, referidos servidores poderão receber da parcela do FUNDEB vinculada à remuneração do magistério. Aliás, por meio do Parecer CNE/CEB nº 24/2007, este Conselho já se manifestou pela inclusão na referida parcela dos

docentes que atuam na Educação Infantil, conforme se lê no fragmento de texto extraído do referido Parecer e que abaixo transcrevemos:

*Assim, nos termos deste parecer, podem ser **docentes** integrantes do magistério da Educação Básica em efetivo exercício na rede pública, contemplados no inciso II, do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 11.494/2007, os seguintes profissionais 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:*

– Na Educação Infantil e nos anos iniciais do Ensino Fundamental, podem ser docentes os 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.

Uma vez incluídos no quadro do magistério, inclusão essa necessariamente amparada por lei específica, os servidores passam a ser regidos pelas 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 nº 9/2009 e Resolução CNE/CEB nº 2/2009).

O presente parecer, uma vez homologado pelo Sr. Ministro da Educação, deverá ser encaminhado aos Conselhos Estaduais e Municipais de Educação, às suas entidades representativas, União Nacional dos Conselhos Municipais de Educação (UNCME) e Fórum Nacional dos Conselhos Estaduais de Educação – (FNCEE), à União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME), ao Conselho Nacional de Secretários de Educação (CONSED) e à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE).

Brasília, (DF), 2 de junho de 2011.

Conselheiro Cesar Callegari – Relator

III – DECISÃO DA CÂMARA

A Câmara de Educação Básica aprova por unanimidade o voto do Relator.

Sala das Sessões, em 2 de junho de 2011.

Conselheiro Francisco Aparecido Cordão – Presidente

Conselheiro Adeum Hilário Sauer – Vice-Presidente