

INCLUSÃO DOS SERVIDORES DE CRECHE NA CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO BÁSICA POR MEIO DA TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS

José Silvio Graboski de Oliveira¹

¹Advogado, pós-graduado em Direito Educacional. E-mail: silvio@graboskiadvogados.com.br

RESUMO

As creches surgiram no Brasil tendo por objetivo cuidar dos filhos das mães trabalhadoras, razão pela qual, o Poder Público, ao recrutar servidores para trabalharem nas creches não exigia formação em magistério. Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, as creches passaram a ter caráter educacional, sendo consideradas escolas, por conseguinte necessitando de professores. Ocorre que muitos dos antigos servidores obtiveram a licenciatura para atuar na educação infantil e anseiam ingressar na carreira do magistério. A elaboração do trabalho consistiu na análise de situação concreta confrontada com pesquisa documental de legislação, doutrina e jurisprudência. O artigo concluiu pela legalidade de efetuar a transposição dos antigos cargos para a carreira do magistério, sem a necessidade dos servidores prestarem novo concurso público. A elaboração do trabalho consistiu na análise de situação concreta confrontada com pesquisa documental de legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Servidores de creche; transformação e transposição de cargos públicos; carreira do magistério.

INCLUSION OF NURSERY SERVERS IN THE CAREER OF THE PUBLIC PRIMARY SCHOOL TEACHER THROUGH THE TRANSFORMATION OF POSITIONS

ABSTRACT

Day care centers were set up in Brazil with the aim of caring for the children of working mothers. For this reason, the Public Authorities, when recruiting servants to work in kindergartens, did not require training in teaching. Subsequently, with the advent of the Constitution of 1988, day care centers became educational, being considered schools, which is why they need teachers. It happens that many of the former servants obtained the degree to work in early childhood education and yearn to enter the career of the teaching profession. The elaboration of the work consisted in the analysis of concrete situation confronted with documentary research of legislation, doctrine and jurisprudence. The article concluded by the legality of transposing the former positions to the teaching career, without the need for the servants to submit a new public tender. The elaboration of the work consisted in the analysis of concrete situation confronted with documentary research of legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Servants of day care; transposition of public positions; career of teaching.

INTRODUÇÃO

O ingresso da mulher no mercado de trabalho, decorrente do processo de industrialização e urbanização, foi mola propulsora para o surgimento das creches. Tanto na Europa, como posteriormente, no Brasil, as creches foram criadas e mantidas inicialmente por entidades filantrópicas. Mais tarde o Estado também passou a atuar no segmento, como um serviço de assistência social.

No Brasil, foi somente a partir da Constituição de 1988 que as creches passaram a ter caráter educacional, vinculadas aos sistemas de ensino. A LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que data de dezembro de 2006, inclusive marcou prazo para que elas se integrassem aos sistemas de ensino - art. 89 (BRASIL, 2006).

Segundo o Parecer nº. 07/11, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação é por essas razões históricas 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.¹

O mencionado Parecer destacou, ainda:

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 (BRASIL, 2011).

As creches, uma vez incluídas no sistema educacional, passaram a ser caracterizadas como escolas, agregando-se à função de cuidado, a função educacional. Neste ponto torna-se esclarecedor transcrever o art. 5º da Resolução CNE/CEB nº 05/09, que fixou as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil:

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 (BRASIL, 2009).

Bem por isso que as creches não podem prescindir da presença de professores, já que, nos termos das diretrizes nacionais, o cuidado é algo indissociável ao processo educativo (art. 8º, § 1º, I). Ocorre que as funções desempenhadas pelos servidores das creches (educação e cuidado) são similares àquelas desenvolvidas pelos docentes, razão pela qual se discute a possibilidade de incluí-los nos planos de carreira do magistério público de educação básica.

RESULTADOS, DISCUSSÃO E CONCLUSÃO

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II, da Constituição, não apenas para provimento do primeiro cargo, mas em todas as circunstâncias, razão pela qual a nomeação para novo cargo por meio de acesso restou proibida pela Constituição Federal de 1988. O princípio do concurso público, desta forma, é inafastável, atualmente, para fins de provimento de cargos e empregos públicos.

¹ http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=8295-pceb007-11-pdf&category_slug=junho-2011-pdf&Itemid=30192. Data de acesso: 03.04.2017.

Por essa razão, num primeiro momento poderíamos concluir que a inclusão dos profissionais de creche no plano de carreira do magistério sem que esses prestassem novo concurso afrontaria a Constituição que exige a aprovação específica em certame concursal para fins de ocupar o novo cargo. Neste 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.

No entanto, e isto bastante interessa ao nosso estudo, o Judiciário não pode ficar alheio às situações que concretamente ocorrem, manifestando a moderna jurisprudência entendimentos que, por vezes, demonstram algumas excepcionais possibilidades de alteração no enquadramento do servidor.

Dizemos isto porque o enquadramento do servidor em cargo diverso do original não restará maculado 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, ainda, quando houver similaridade nas atribuições do cargo.

Para demonstrar a viabilidade e legalidade dessa hipótese, valendo-nos das palavras 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’s 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 do texto acima transcrito é a constante da Ementa do Acórdão proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.713:

(AÇÃO 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 manifesta no julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 1591, nos seguintes termos:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: irrecorribilidade da decisão definitiva declaratória da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de normas, por força do art. 26 da L. 9868/99, 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 1591, 19.09.88, Gallotti): reafirmação, por maioria, do acórdão embargado.

Das transcrições, resta esclarecido que no julgamento das ADI's 1.591 e 2.713, o colendo 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 ADI 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 carreira 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 e requisitos de investidura será possível o aproveitamento dos servidores em novos cargos, por meio do devido enquadramento, mormente para fins de reorganização administrativa do serviço público.

Nesse diapasão o trecho do acórdão acima citado é extremamente didático e de uma clareza solar, se amoldando perfeitamente ao caso aqui estudado, nos levando, por consequência, à análise jurídica do enquadramento, o que faremos logo mais.

Por ora nos parece oportuno citar também as conclusões de Oswaldo Rodrigues de Souza², 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 possível conforme com o ordenamento jurídico pátrio:

As considerações expedidas 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

² Souza, Oswaldo Rodrigues. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 34 n. 133 jan/mar. 1997 33

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.

DO ENQUADRAMENTO

O consagrado Hely Lopes Meirelles (2016), na atual ordem constitucional, admite o enquadramento, decorrente da transformação de cargos, sem necessidade de aprovação em novo concurso público. Assim o mestre leciona:

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) (MEYRELLES, 2016, p. 528).

O enquadramento, tal 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. Destarte, 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 só poderá ser concretizado mediante aprovação de lei e lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (C.F. art. 61, §1º, II, “a”). Logo, o ato administrativo é vinculado, pois deverá ser praticado em estrita observância do que estará 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 transformados. Disso decorre o cumprimento de outro princípio, o da igualdade, qual seja, o ato de enquadramento deve abarcar todos os servidores que possuem a mesma identidade funcional.

Como todo ato administrativo, o enquadramento também deve ter uma finalidade, entendida esta no sentido amplo de que fala o magistério de Di Pietro (2010. p. 209), 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”.

No caso sob análise, o enquadramento deve buscar tal 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 FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, 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”.

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” (MOTTA, 2004, p. 32).

Qual seria a motivação para o caso em apreço?

A motivação deriva de alteração ocorrida na legislação educacional, preconizada pela Constituição Federal de 1988 e formalizada com o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº. 9.394/96), como veremos à frente. 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 da nova lei de transformação.

Neste passo importante mencionar a conclusão a que chegou o Conselho Nacional de Educação, expressa no Parecer CNE/CEB nº 7/11, no sentido de que as atribuições dos referidos profissionais são similares, senão idênticas, aquelas desempenhadas por docentes, uma vez que, nas creches, o ato de cuidar e educar são indissociáveis, conforme lemos:

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. (BRASIL, 2011).

De acordo com Antônio Flávio de Oliveira (2005, p. 149) 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”.

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” (OLIVEIRA, 2005, p. 149).

Na transposição visualizamos duas situações constantes da lei, cuja eficácia temporal não é coincidente, identificando a correspondência entre os cargos de uma e outra realidade com objetivo de realizar o enquadramento. Comumente aparece assim nas leis de enquadramento:

SITUAÇÃO ATUAL	SITUAÇÃO NOVA
Denominação	Denominação
Monitor de Creche	Professor de Creche

Ainda com fulcro nos ensinamento de Antônio Flávio de Oliveira (2005, p. 150):

não é incomum que, mesmo quando o servidor não possui os requisitos necessários para a ocupação do novo cargo, se faça ressalva legal de que os atuais ocupantes do cargo correspondente no quadro anterior possam ser enquadrados sem o atendimento daqueles requisitos ou que se estabeleça prazo para o seu atendimento, oportunizando ao servidor que implemente aquelas condições.

Contudo, no caso do magistério, não é possível estabelecer tal exceção, uma vez que para integrar a carreira do magistério é necessária a formação específica, nos termos dos arts. 62 e 64 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ou seja, no mínimo curso normal em nível médio para os docentes e pedagogia ou pós-graduação para o suporte pedagógico. Então, após aprovação da respectiva lei, o servidor será enquadrado na nova situação, por meio de ato específico, mormente consubstanciado em portaria de enquadramento, decorrendo daí sua nova vinculação jurídico-funcional. Mais uma vez trazemos à colação a precisa lição de Antonio Flávio de Oliveira (2005, p. 141):

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.

Portanto, a conclusão a que chegamos é de que é perfeitamente legal incluir os cargos dos profissionais de educação infantil no quadro do magistério, enquadrando os servidores que titularizam os referidos cargos na nova situação, a uma porque há similaridade entre as funções que os mesmos exercem e as funções dos docentes; a duas porque referido servidores ingressaram no serviço público após obterem aprovação em concurso público; a três porque a transformação não decorre de simples vontade do administrador, mas porque a inclusão das creches na área da educação foi introduzida pela Constituição Federal, provocando a necessidade de que as creches tenham professores e a quatro porque o não aproveitamento dos servidores traria prejuízos para o serviço público, tanto do ponto de vista da qualidade, uma vez que se desperdiçaria a experiência que possuem, quanto do ponto de vista econômico, porque demandaria a contratação de novos servidores (docentes) enquanto que os mesmos ficaram sem função, portanto, em disponibilidade .

Aliás, o Parecer CNE/CEB nº. 07/11, brilhantemente relatado pelo professor Cesar Callegari e para o qual contribuímos com o trabalho de pesquisa chegou a essa mesma conclusão:

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 redenominação 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.

Contudo, lamentavelmente, por razões que não foram esclarecidas, o mencionado Parecer foi arquivado sem a homologação do senhor ministro da educação. Vários municípios incluíram os profissionais de educação infantil na carreira do magistério.

Como experiência exitosa a ser destacada, em razão de ser a maior rede municipal de educação básica do país, temos o exemplo de São Paulo, que por meio da Lei n. 13.574/2003 transformou o cargo de Auxiliar de Desenvolvimento Infantil em Professor de Desenvolvimento Infantil e o de Diretor de Equipamento Social em Diretor de Escola, incluindo-os no quadro do magistério. Como condição para transformação a lei exigiu o preenchimento dos requisitos, magistério em nível médio ou superior para Professor de Desenvolvimento Infantil e pedagogia para Diretor de Escola. Quanto aos servidores que não possuíam o requisito foi concedido o prazo de 5 anos, após os quais, os cargos daqueles que não satisfizeram o requisito entraram em extinção na vacância.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 1996.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação: Câmara de Educação Básica. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2009**. Fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil.

BRASIL. Conselho Nacional De Educação: Câmara De Educação Básica. **Parecer referente aos Profissionais da Educação Infantil: possibilidades de sua inclusão na carreira do magistério da Educação Básica e conseqüente remuneração com recursos do FUNDEB**. Parecer 07/11, aprovado em 2 de junho de 2011. Relator: Cesar Callegari, Brasília-DF.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores. 42. ed. São Paulo, 2016.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho [org.]. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Servidor Público. Remoção, cessão, enquadramento e distribuição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

SOUZA, Oswaldo Rodrigues. Reflexões sobre os institutos da transposição e transformação de cargos públicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34 n. 133 jan/mar. 1997. Disponível

em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/191/r133-04.PDF?sequence=4>
Acessado em: 01.11.17.