



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Ofício AO CÍVEL nº 068/2018

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2018.

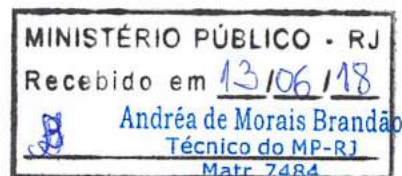
Processo MPRJ nº 2013.01074363

Senhora Coordenadora,

Honrada em cumprimentá-la, sirvo-me do presente para informar a V. Exa. que foi proposta a Ação de Representação por Inconstitucionalidade (Processo nº 0030921-10.2018.8.19.0000), tendo por objeto dispositivos de legislações do Município do Rio de Janeiro.

Sem mais, valho-me do ensejo para renovar protestos de estima e consideração.


Fernanda Moreira Jorgensen
Procuradora de Justiça
Assessora-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível



Excelentíssima Senhora

DEBORA DA SILVA VICENTE

Promotora de Justiça Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação

MPRJ/DECA 201800583622 130618 17:13:20



Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

PROCESSO MPRJ N.º 2013.01074363
PROCESSO MPRJ N.º 2016.00637344

REQUERENTE: CUT – Central Única dos Trabalhadores e 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital.

ASSUNTO: Análise da constitucionalidade do Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013 (que Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos funcionários da Secretaria Municipal de Educação e dá outras providências), da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, todos do Município do Rio de Janeiro.

Excelentíssimo Senhor Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais,

1. Manifestações preliminares da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível às fls. 07/12, 165/168, 187/192, 349/354, 416/423, 451/458 e 512/520.
2. A Central única dos Trabalhadores – CUT apresentou requerimento ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, tendo por objeto o Projeto de Lei n.º 422-A/2013, que cria o “Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos funcionários da Secretaria Municipal de Educação” no âmbito do Município do Rio de Janeiro.
3. Aduz a representante, em suma, que o Projeto de Lei impugnado implicaria na edição de lei que (i) sob o aspecto formal, seria inconstitucional por violação ao devido processo legislativo, uma vez que não fora submetido a todas as etapas e comissões permanentes da Câmara dos Vereadores; e (ii) sob o aspecto material, seria inconstitucional, por conferir remuneração diferenciada a professores em situações semelhantes, já que, dentre os professores com a mesma pós-graduação (*lato sensu*), uns



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



receberiam a respectiva gratificação de 3% e outros não, o que violaria o princípio da isonomia. Além disso, o diploma afrontaria a norma constitucional relativa à irredutibilidade de vencimentos.

4. Em 03 de outubro de 2013, foi sancionada a Lei n.º 5.623/2013, originária do referido Projeto de Lei, que deu ensejo à Greve dos professores do Município do Rio de Janeiro naquele ano (cópia da publicação no Diário Oficial às fls. 14/18).

5. Neste cenário, o Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação do Rio de Janeiro – SEPE/RJ e o Município do Rio de Janeiro, através da Secretaria Municipal de Educação – SME, celebraram acordo que buscava dirimir a controvérsia, em 22 de outubro de 2013, nos autos da Reclamação Constitucional n.º 16.535/RJ (fls. 28/30).

6. Com isso, o dissídio coletivo de greve, processo n.º 0047587-62.2013.8.19.0000 do e. Órgão Especial do TJ/RJ, que tratava da legalidade da greve de 2013, teve seu mérito julgado em razão da homologação do acordo, conforme informado à fl. 182.

7. Ademais, nos termos ofício PG/GAB n.º 95/2014, da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, às fls. 123/153, o art. 3º, §1º, da Lei n.º 5.632/2013 do Município do Rio de Janeiro foi objeto da representação por inconstitucionalidade n.º 0064466-47.2013.8.19.0000, ao passo em que o Projeto de Lei n.º 442/2013 foi objeto do mandado de segurança n.º 0348075-38.2013.8.19.0001 (petição inicial às fls. 66/82).

8. Na medida judicial proposta pelo SEPE, que questiona a legalidade da greve pública municipal e as punições aplicadas aos servidores paradistas (processo n.º 0029945-42.2014.8.19.0000), foi deferida liminar para sustar, de imediato, atos punitivos contra servidores, declaração de inaptidão e descontos nos seus contracheques, em razão da greve ocorrida entre 12 de maio e 27 de junho de 2014 (fl. 177). Em 09/03/2016, a medida cautelar foi extinta sem resolução de mérito.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



9. Destaca-se que esta Assessoria de Atribuição Originária em matéria Cível, na promoção de fls. 187/192, concluiu, quanto à Reclamação Constitucional n.º 16.535/RJ, que eventuais defesas de direitos entre as partes, descumpridas em função do acordo celebrado, “não se enquadram entre as atribuições do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, determinando o arquivamento do procedimento quanto a este ponto.

10. O procedimento teve prosseguimento, então, em relação às inconstitucionalidades aventadas no requerimento da CUT.

11. Após, foram juntados aos autos os seguintes documentos relevantes para o deslinde da causa:

- (i) às fls. 199/234, ofício GP n.º 9 – 1592/2015, do Presidente da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, no qual (i) informa que a questão afeta à inconstitucionalidade formal da Lei impugnada é objeto do mandado de segurança n.º 0348075-38.2013.8.19.0001; (ii) alega que os fundamentos aventados sobre a alegada inconstitucionalidade não prosperam; (iii) encaminha cópia integral do processo legislativo do Projeto de Lei n.º 442/2013;
- (ii) às fls. 336/348, ofício PG/GAB n.º 080, de 5 de maio de 2015, do Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro, dando notícia de que (i) a Representação por Inconstitucionalidade autuada sob o n.º 0064466-47.2013.8.19.0000, tendo por objeto o §1º do art. 3º da Lei Municipal n.º 5.623/2013, foi extinta sem julgamento de mérito; (ii) não constam registros relacionados à lei em questão naquela procuradoria; (iii) a Lei Municipal n.º 5.623/2013 é regulamentada pelos Decretos n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, e n.º 38.293, de 11 de fevereiro de 2014, além de ter sido complementada pela Lei Municipal n.º 5.630, de 21 de outubro de 2013;
- (iii) às fls. 361/366, cópia do parecer do Ministério Público oferecido no bojo da Representação por Inconstitucionalidade n.º 0064466-47.2013.8.19.0000;
- (iv) às fls. 399/415, cópia do acórdão de extinção do mandado de segurança n.º 0348075-38.2013.8.19.0001 sem



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



resolução de mérito, considerando que o projeto de Lei já fora convertido em Lei e não é cabível o ajuizamento deste remédio constitucional em face de lei em tese;

12. Após, a Promotora de Justiça Roberta Rosa Ribeiro, da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, através do Ofício 1ª PJTCPEC n.º 369/16, encaminhou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, cópia da Lei Municipal n.º 5.623/2013, que trata do plano de cargos e salários dos funcionários da Secretaria Municipal de Educação, a fim de solicitar análise conjunta do art. 9º do diploma, que trata da qualificação mínima para o exercício da função de Agente de Educação, com o art. 61, III, da Lei n.º 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), com vistas à análise da constitucionalidade da referida norma. Ademais, encaminhou cópia da Portaria n.º 40/2015, que instaurou o Inquérito Civil MPRJ n.º 2015.00744539, para apuração, dentre outras questões, do descumprimento da Recomendação n.º 02/2012, que impôs qualificação mínima para a contratação de Agentes de Educação Infantil.

13. O referido expediente, autuado como MPRJ n.º 2016.00637344, foi apensado ao procedimento principal, MPRJ n.º 2013.01074363, que já possuía como objeto a íntegra da norma.

14. Após novas solicitações desta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível, buscando esclarecer a atual situação do Plano de Cargos e Carreiras do magistério municipal, em especial a existência de Projetos de Lei adequando a norma impugnada às regras instituídas pela Lei Federal n.º 9.394/1996, sobrevieram os seguintes documentos:

- (i) às fls. 427/447, ofício-resposta PGCM n.º 69, de 30 de agosto de 2016, da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, informando a existência dos Projetos de Lei n.ºs 727/2014 (819/2014 e 843/2014 em apenso), 723/2014 e 1.434/2015, juntando cópia da redação de cada um;
- (ii) à fl. 449, ofício-resposta E/GAB n.º 2018, de 06 de setembro de 2016, subscrito pelo Chefe de Gabinete da



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Secretaria Municipal de Educação, informando a existência de 5.530 cargos de Agente de Educação Infantil, todos ocupados mediante provimento originário decorrente de aprovação em concurso público, inexistindo servidores nomeados para o cargo por meio de livre nomeação e exoneração, em cargo em comissão;

- (iii) às fls. 462/508, ofício-resposta PGCM n.º 09/2017, de 06 de fevereiro de 2017, informando alguns projetos sobre o assunto que ainda estão pendentes de aprovação, enviando cópias dos mesmos;
- (iv) à fl. 510, ofício-resposta E-SUBG n.º 718, de 06 de abril de 2017, informando que a escolaridade exigida para o provimento no cargo efetivo de Agente de Educação Infantil é o ensino fundamental, nos termos da Lei Municipal n.º 3.985/2005, embora a denominação de Agente de Educação Infantil tenha sido adotada por força da Lei n.º 5.623/2013, em substituição àquela anteriormente adotada – Agente Auxiliar de Creche;
- (v) à fl. 523, ofício n.º TCM/GPA/SCP/00379/2017, do Exmo. Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, informando que não há processo em curso ou arquivado naquela Corte tendo como objeto a Lei n.º 5.623/2013.

15. Primeiramente, cumpre esclarecer que conforme consulta ao site da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, ainda estão em tramitação os Projetos de Lei n.º 727/2014 e 843/2014.

16. No que se refere ao Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos funcionários da Secretaria Municipal de Educação, além da alegada inconstitucionalidade formal, o parágrafo único do artigo 17 da Lei determina que *o enquadramento [dos professores de Ensino Fundamental] nas Classes A1, A2 e A3 dar-se-á a partir de critérios e número de vagas a serem estabelecidos pelo Poder Executivo, de acordo com os valores constantes na tabela do Anexo III desta Lei, que não serão cumulativos*. Com isso, a Lei deixa ao Poder Executivo a competência para decidir quantos e de qual modo professores com



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



determinada qualificação acadêmica serão ou não enquadrados na classe pertinente.

17. Assim, a norma, aparentemente, permite a conferência de um tratamento anti-isonômico aos professores de ensino fundamental. Estes, possuindo o mesmo grau de formação, poderão ser incluídos ou não em classe superior à qual se encontram, o que implicaria em acréscimo em sua remuneração. Além disso, o dispositivo permite que questão atinente ao regime jurídico e à carreira de servidores públicos do Município do Rio de Janeiro possa ser tratada por ato infralegal do Poder Executivo e não por lei em sentido formal, contrariando o art. 112, §1º, inciso II, alínea "b", da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

18. Ressalte-se, ainda, que, nos termos do alegado pelo Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação do Rio de Janeiro - SEPE, a Secretaria Municipal de Educação não cumpriu integralmente sua parte no acordo celebrado no bojo da Reclamação Constitucional n.º 16.535/RJ, de forma que a Lei remanesce sem qualquer previsão quanto à reserva mínima de 1/3 da carga horária dos professores para atividade extraclasse, em cumprimento à Lei Federal n.º 11.738/2008. Tal circunstância indicaria, portanto, que a Lei ofende o princípio constitucional da valorização dos profissionais de educação escolar, insculpido no artigo 307, inciso V, da CE/RJ.

19. Finalmente, o artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013 altera a denominação do cargo *agente auxiliar de creche*, criado pela Lei n.º 3.985/2005, para *agente de educação infantil*. Mantém, entretanto, a qualificação mínima de ensino fundamental completo para a investidura no cargo, em contraposição ao disposto nos artigos 61 e 62 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996).

20. Com isso, a expressão "Formação de Nível Fundamental Completo" contida no Anexo I da Lei n.º 3.985/2005, bem como a expressão "com escolaridade de Ensino Fundamental completo" contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013, violam a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação



nacional, os princípios de valorização dos profissionais de educação e da garantia de qualidade do ensino, os objetivos determinados pelo artigo 306 da CE/RJ à educação e o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação.

21. Ademais, a Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, ambos do Município do Rio de Janeiro, dispõem sobre a concessão de gratificação por desempenho para os ocupantes da categoria funcional de agente auxiliar de creche que, dentre outros requisitos, possuam formação mínima em *ensino médio, modalidade normal ou outra formação de nível superior que o habilite a atuar na modalidade educação infantil*, sendo evidente a interdependência lógica entre tais atos normativos e as expressões inconstitucionais supramencionadas.

22. Vale ressaltar que o próprio Decreto n.º 38.276/2014 (acostado às fls. 338/339) reconhece, em sua motivação, as razões que fundamentam a inconstitucionalidade da expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985/2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo”, contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013.

23. Considerando as informações prestadas, a Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível opina pela propositura de **Representação por Inconstitucionalidade da expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo”, contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, e, por arrastamento, da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, todos do Município do Rio de Janeiro**, por violação aos artigos 45; 74, inciso IX; 306; 307, incisos V e VII; e 358, *caput* e incisos I e II, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, assim como aos artigos 22, inciso XXIV; 24, inciso IX; 205; 206, incisos V e VII; e 227, da Constituição da República de 1988, de observância obrigatória pelos demais entes federativos. Ao final, deve ainda ser **conferida interpretação conforme à Constituição aos dispositivos para que**



a qualificação mínima para ingresso no cargo de agente de educação infantil seja ensino médio completo, na modalidade normal.

24. Ademais, ação deve ser julgada procedente, **com efeitos *ex nunc*, preservadas as relações jurídicas vigentes com os agentes de educação infantil já ocupantes do cargo pelo prazo de 05 anos, iniciado após a publicação da ata de julgamento desta ação.**

25. Assim, considerando a cognoscibilidade dos argumentos apresentados, que bem denotam a efetiva existência de vício de inconstitucionalidade no diploma normativo, submete-se à apreciação de Vossa Excelência a petição inicial em anexo, assim como, em sendo aprovada a minuta, sugere-se a expedição de ofício à 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, ao Grupo de Atuação Especializada em Educação do MPRJ e ao Centro de Apoio Operacional da Educação do MPRJ, dando-lhes ciência do teor da petição sugerida.

26. A Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível solicita ao Corpo Técnico, caso seja aprovada a minuta de Representação por Inconstitucionalidade, que instrua a petição inicial com cópias (i) da Lei n.º 5.623/2013 (fls. 05/12-v do procedimento MPRJ n.º 2016.00637344; (ii) da Lei n.º 3.985/2005; (iii) do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014 (fls. 338/339); e (iv) do ofício E/SUBG n.º 4122, de 13 de dezembro de 2017, da Subsecretaria de Gestão da Secretaria Municipal de Educação (fl. 539 do procedimento MPRJ n.º 2013.01074363).

27. Por fim, solicita-se ao **Corpo Técnico** o desapensamento dos procedimentos MPRJ n.º 2013.01074363 e n.º 2016.00637344, sendo este segundo encaminhado para o arquivo após o ajuizamento da Representação por Inconstitucionalidade, prosseguindo em análise apenas o procedimento MPRJ n.º 2013.01074363.

28. Neste sentido, esta Assessoria solicita a juntada dos andamentos processuais da Reclamação n.º 16.535/RJ, bem como



cópia de eventual decisão proferida no processo, após o que deve ser aberta **nova vista em 30 dias**, a fim de se verificar o atual estado do acordo celebrado entre o Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação do Rio de Janeiro e a Secretaria Municipal de Educação.

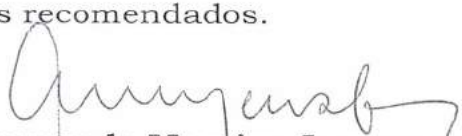
Rio de Janeiro, 05 de junho de 2018.


Joana Fernandes Machado

Promotora de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo. Elabore-se petição inicial de **REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE** da expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo”, contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, e, por arrastamento, da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, todos do Município do Rio de Janeiro, assim como requerendo a concessão de interpretação conforme à Constituição para que a qualificação mínima para ingresso no cargo de agente de educação infantil seja ensino médio completo, na modalidade normal, e a modulação dos efeitos temporais da decisão, pelos fundamentos fáticos e jurídicos expostos na minuta de petição inicial.

Expeçam-se os ofícios recomendados.


Fernanda Moreira Jorgensen

Assessora-Chefe da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível


Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO**

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, representado, por delegação de atribuição, pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais, conforme Ato em anexo, vem, com fulcro no art. 125, § 2º, da Constituição da República, art. 162, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 29, inciso I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, art. 39, inciso I, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e nos termos dos arts. 104 a 109, do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça, propor

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE

da expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo”, contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, e, por arrastamento, da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, todos do Município do Rio de Janeiro, pelos fundamentos jurídicos a seguir expostos:



DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

I)

LEI N.º 3.985, DE 8 DE ABRIL DE 2005

Cria no Quadro Permanente do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro a categoria funcional que menciona e dá outras providências.

Autor: Poder Executivo

O PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, faço saber que a Câmara Municipal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

ANEXO I
CATEGORIA FUNCIONAL
AGENTE AUXILIAR DE CRECHE

(...)

QUALIFICAÇÃO INDISPENSÁVEL

Formação de Nível Fundamental Completo
(sem grifos no original)

II)

LEI Nº 5.623/2013.

Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos funcionários da Secretaria Municipal de Educação e dá outras providências.

Autor: Poder Executivo

O PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, faço saber que a Câmara Municipal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

[...]

Subseção III Do Quadro de Pessoal de Agente de Educação Infantil

Art. 9º - O Quadro de Pessoal de Agente de Educação Infantil é constituído pela cargo efetivo de Agente Auxiliar de Creche, criado pela Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, com



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



escolaridade de Ensino Fundamental completo, que passa a denominar-se Agente de Educação Infantil.
[...]

EDUARDO PAES

(sem grifos no original)

III)

LEI Nº 5.620, DE 20 DE SETEMBRO DE 2013

Cria da Gratificação por Desempenho – GDAC – para os ocupantes da categoria funcional de Agente Auxiliar de Creche e dá outras providências.
Autor: Poder Executivo.

O PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, faço saber que a Câmara Municipal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica criada a Gratificação por Desempenho – GDAC – para os ocupantes da categoria funcional de Agente Auxiliar de Creche, criada pela Lei nº 3.985, de 8 de abril de 2005, que preencham as seguintes condições:

I – possuir formação mínima de nível médio, modalidade normal ou outra formação de nível superior que o habilite a atuar na modalidade educação infantil;

II – prévia aprovação e certificação do servidor em cursos de capacitação oferecidos pela Secretaria Municipal de Educação.

III – permanência do servidor em unidade escolar da Rede Pública Municipal de Ensino no efetivo exercício das atribuições afetas à categoria funcional.

§ 1º O vencimento dos ocupantes da categoria funcional de Agente Auxiliar de Creche que preencham as condições previstas neste artigo passa a ser o constante no Anexo desta Lei de acordo com o posicionamento do tempo de serviço do servidor.

§ 2º A Gratificação de que trata o *caput* deste artigo será no percentual de setenta e cinco por cento sobre o valor do vencimento constante no Anexo, excluídas quaisquer outras parcelas, ainda que percebidas a título de complemento vencimental ou de direito pessoal.

§ 3º Nos casos de descumprimento da condição prevista no inciso III do *caput* deste artigo, cessará de imediato o direito à percepção da GDAC, que será restabelecido quando findo o motivo da suspensão de seu pagamento.

Art. 2º Manter-se-á o pagamento da GDAC para os servidores ocupantes da categoria funcional de Agente Auxiliar de Creche, na forma do *caput* do art. 1º, na eventual ocorrência das situações consideradas de efetivo exercício, apontadas no



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



art. 64, incisos I a XII e XIV, da Lei nº 94, de 14 de março de 1979.

Art. 3º Não farão jus ao pagamento da GDAC os servidores que apresentarem as seguintes situações funcionais:

I – registro de falta não abonada;

II – aplicação de penalidade disciplinar de qualquer natureza precedida de regular inquérito administrativo.

§ 1º Nas hipóteses disciplinadas no art 3º, bem como nas situações inculpidas nos arts. 104 e 107 da Lei nº 94, de 1979, somente após o decurso do prazo de trinta dias de efetivo exercício, posterior ao término do afastamento, poderá o servidor voltar a perceber a GDAC.

§ 2º Na hipótese disciplinada no inciso II deste artigo, se a penalidade imposta ao servidor não ensejar seu afastamento, este fará jus ao pagamento parcial da Gratificação, de acordo com o percentual estabelecido.

Art. 4º A GDAC será incorporável, a título de direito pessoal, aos proventos da aposentadoria, dos Agentes Auxiliares de Creche, desde que percebida ininterruptamente pelo período de cinco anos imediatamente anterior à aposentação ou pelo período de quinze anos interpolados.

Art. 5º A GDAC será considerada para efeito de cálculo da Gratificação Adicional de Tempo de Serviço, prevista no art. 126 da Lei nº 94, de 14 de março de 1979.

Art. 6º Fica assegurada, aos ocupantes do cargo de Agente Auxiliar de Creche, a título de direito pessoal, a percepção da gratificação estabelecida pelo Decreto nº 17.042, de 30 de setembro de 1998.

Art. 7º Aos valores indicados no Anexo desta Lei serão aplicados os índices de reajuste anual dos servidores do Município posteriores a agosto de 2013.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

EDUARDO PAES

ANEXO

VALOR DO VENCIMENTO MENSAL DOS OCUPANTES DA
CATEGORIA FUNCIONAL DE AGENTE AUXILIAR DE
CRECHE

TEMPO DE SERVIÇO	VENCIMENTO (R\$)
De 0 a 5 anos	980,51

84



Mais de 5 a 8 anos	1.005,02
Mais de 8 a 10 anos	1.030,15
Mais de 10 anos até 15 anos	1.055,90
Mais de 15 anos até 20 anos	1.082,30
Mais de 20 anos até 25 anos	1.109,36
Mais de 25 anos	1.137,09

IV)

DECRETO Nº 38.276, DE 29 DE JANEIRO DE 2014

Regulamenta a Lei nº 5.620, de 20 de setembro de 2013, que “Cria a Gratificação por Desempenho - GDAC - para os ocupantes da categoria funcional de Agente Auxiliar de Creche”, e o art. 33 da Lei nº 5.623, de 1º de outubro de 2013 – PCCR da Educação, e dá outras providências.

O PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela legislação em vigor e,

CONSIDERANDO a necessidade de investimento na qualificação, formação profissional e valorização dos Agentes de Educação Infantil, que prestam apoio e participam do planejamento, execução e avaliação das atividades sociopedagógicas;

CONSIDERANDO que a regulamentação das Leis nºs 5.620, de 20 de setembro de 2013 e 5.623, de 1º de outubro de 2013, vem ao encontro do disposto no art. 61, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.014, de 6 de agosto de 2009, e

CONSIDERANDO que a Educação Infantil constitui direito da criança, opção da família e dever do Estado;

DECRETA:

Art. 1º A tabela de vencimentos do Agente de Educação Infantil, cuja formação mínima seja a de Nível Médio, é a constante do Anexo Único.

Parágrafo único. Os valores da tabela de vencimentos de que trata o “caput”, para os servidores que tenham comprovado a escolaridade de Ensino Médio, serão aplicados no mês de fevereiro/2014, com efeitos financeiros no mês de março/2014.



Art. 2º Os ocupantes do cargo de Agente de Educação Infantil, lotados e em efetivo exercício nas Unidades Escolares da Rede Pública do Sistema Municipal de Ensino, que possuam escolaridade de Nível Médio na modalidade normal ou outra formação de Nível Superior que os habilitem a atuar na Educação Infantil, farão jus à percepção da Gratificação de Desempenho – GDAC, criada pela Lei nº 5.620, de 20 de setembro de 2013.

§ 1º Serão considerados como formação, para fins de percepção da Gratificação de Desempenho - GDAC, os cursos promovidos pela Secretaria Municipal de Educação – SME, para os Agentes de Educação Infantil.

§ 2º A gratificação de que trata o art. 2º, será aplicada no mês de fevereiro/2014, com efeitos financeiros em março/2014.

Art. 3º A SME deverá providenciar novos cursos de formação visando a atender aos Agentes de Educação Infantil que possuam escolaridade de Nível Médio e que não estejam enquadrados na hipótese prevista no § 1º do art. 2º.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2014 - 449º da Fundação da Cidade.

EDUARDO PAES
D. O RIO 30.01.2014

DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS CONTRARIADOS

A expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como a expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo”, contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, e, por arrastamento, a Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e o Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, todos do Município do Rio de Janeiro, conflitam com os preceitos inscritos nos artigos 45; 74, inciso IX; 306; 307, incisos V e VII; e 358, *caput* e incisos I e II, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

“Art. 45 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nova redação dada pelo art. 21 da Emenda Constitucional nº 53, de 26 de junho de 2012.

“Art. 74 - Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre:

IX - educação, cultura, ensino e desporto;”

“Art. 306 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e a formação do cidadão; o aprimoramento da democracia e dos direitos humanos; a eliminação de todas as formas de racismo e de discriminação; o respeito dos valores e do primado do trabalho; à afirmação do pluralismo cultural; a convivência solidária a serviço de uma sociedade justa, fraterna, livre e soberana.”

“Art. 307 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 26 de junho de 2012.

(...)

VII - garantia de padrão de qualidade;”

“Art. 358 - Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156 da Constituição da República:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber;

Contrastam os dispositivos impugnados, ainda, com os artigos 22, inciso XXIV; 24, inciso IX; 30, incisos I e II; 205; 206, incisos V e VII; e 227, da Constituição da República de 1988.



DA INCONSTITUCIONALIDADE

Da violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e à reserva da competência legislativa dos Municípios a assuntos de interesse local e à suplementação da legislação estadual e federal, no que couber (artigos 74, inciso IX; e 358, *caput* e incisos I e II, ambos da CE/RJ c/c artigos 22, inciso XXIV; e 24, inciso IX, da CRFB).

A Lei n.º 3.985, de 08 de abril de 2005, do Município do Rio de Janeiro, cria, no Quadro Permanente do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, a categoria funcional “Agente Auxiliar de Creche” e, em seu Anexo I, determina que a qualificação mínima para o cargo é a formação em Ensino Fundamental Completo.

Posteriormente, a Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, dispôs sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos funcionários da Secretaria Municipal de Educação. Conforme se depreende da análise do capítulo II do diploma, o quadro de pessoal da pasta é constituído pelos quadros de pessoal (i) do magistério; (ii) de apoio técnico à educação; (iii) de agente de educação infantil; e (iv) de apoio à educação.

Nesta toada, o artigo 9º da Lei destina-se a definir que o cargo de “Agente Auxiliar de Creche”, criado pela Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, passa a ser denominado “Agente de Educação Infantil”, mantendo-se como requisito de escolaridade mínima o Ensino Fundamental completo.

De acordo com o informado pela Subsecretaria de Gestão da Secretaria Municipal de Educação no ofício E/SUBG n.º 4122, de 13 de dezembro de 2017¹, a comprovação da escolaridade para o exercício do cargo de Agente de Educação Infantil ocorre no ato da posse,

¹ À fl. 539 do procedimento MPRJ n.º 2013.01074363.



mediante apresentação de certificado/diploma do curso concluído.

Entretanto, é competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da Educação Nacional, segundo o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição da República, de observância obrigatória pelos demais entes federativos. Tal competência, inclusive, já foi exercida, com a edição da Lei n.º 9.394/1996, - a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB).

De acordo com a mencionada Lei, os profissionais da educação escolar [básica]² são aqueles que, estando em efetivo exercício e tendo sido formados em cursos reconhecidos, são professores habilitados em nível médio ou superior para docência, trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia ou de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim, ou, ainda, profissionais com notório saber reconhecido pelos sistemas de ensino e profissionais graduados que tenham feito complementação pedagógica³.

O artigo 24, inciso IX, da Carta Magna, reserva a competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre educação, cabendo à primeira o estabelecimento de normas gerais e aos Estados a competência legislativa suplementar, que será plena quando não houver normas gerais de âmbito nacional. A norma é reproduzida pelo artigo 74, inciso IX, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e seus parágrafos.

Quanto aos Municípios, compete-lhe apenas organizar seus próprios sistemas de ensino em necessária coordenação com as normas gerais estabelecidas e em

² A educação básica é organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio, na forma do artigo 4º da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB).

³ Artigo 61 da LDB.



articulação com os demais entes federativos. Dessa forma, sua competência legislativa deve se restringir a versar sobre assuntos de interesse local e a suplementar a legislação estadual e federal, no que couber, conforme artigo 358, incisos I e II, da Constituição Estadual.

No que se refere especificamente à educação, o artigo 358, *caput*, da CE/RJ, ao fazer remissão ao artigo 23 da CRFB, reforça o papel dos Municípios de “proporcionar meios de acesso à educação”, enquanto seu inciso VI determina que lhes cabe “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (...)”. Tais competências administrativas reforçam o exposto acerca da subordinação de sua competência legislativa às normas do Estado e da União, bem como sua limitação a legislar apenas sobre eventuais interesses locais específicos.

Definições sobre diretrizes e bases da educação são o pilar estruturante do ensino e, por isso, de acordo com nosso arranjo constitucional, não podem ser definidas de forma singular em cada Município.

Entretanto, o Anexo I da Lei n.º 3.985/2005 e o artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013 do Município do Rio de Janeiro, que atribuem ao cargo de Agente de Educação Infantil a escolaridade de Ensino Fundamental completo, inequivocamente estabelecem uma diretriz sobre a educação. E mais: estabelecem tal diretriz de modo diverso daquele fixado pelo ente federativo competente. Some-se a isto que inexiste interesse local específico que justifique o tratamento da matéria de forma diferenciada no Município do Rio de Janeiro, vez que a escolaridade mínima dos Agentes de Educação Infantil é pauta de interesse nacional.

O e. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de Lei Municipal que, ao dispor sobre



educação e saúde de modo diverso do estabelecido pelas normas estaduais e nacionais, sem que houvesse interesse local que justificasse a medida, ofendeu a competência concorrente entre União e Estados para legislar sobre o tema:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL 5593/2013. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO VEGETARIANA NAS ESCOLAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE NORMA FEDERAL OU ESTADUAL PARA O EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO. COMANDOS NORMATIVOS DIRIGIDOS AO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. INDEVIDA INGERÊNCIA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. A causa de pedir fundamenta-se na afronta aos artigos 7º, 112, § 1º, II, d, 145, V da Constituição Estadual, os quais estabelecem a independência dos poderes, a iniciativa privativa da Chefia do Poder Executivo em dispor sobre organização e funcionamento da administração pública municipal. A competência legislativa do Município obedece a parâmetros constitucionais, sendo ditada pelo art. 30, I e II da CRFB/88 e art. 358, I e II da Constituição Estadual, os quais lhe atribuem a competência exclusiva para o trato de assuntos locais e para suplementar a legislação federal e estadual, já existentes, desde que relacionados a assuntos de interesse local e nas matérias não privativamente conferidas à União e ao Estado. In casu, a implementação de programa alimentar vegetariano nas escolas é assunto que envolve saúde e educação, matérias afetas à competência concorrente da União e Estados, à luz do que dispõe o art. 24 da CRFB/88 e art. 74, IX e XII da Constituição do Estado. Assim, em tese, só seria possível o exercício de tal competência legislativa municipal se houvesse normas estaduais e federais tratando do assunto, as quais seriam complementadas pelo Legislativo Municipal, para atender eventual interesse local, o que não ocorre no caso concreto. Nesse sentido, a doutrina do Ministro Gilmar Ferreira Mendes: Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local. A normação municipal, no exercício dessa



competência, há de respeitar as normas federais e estaduais existentes. Assim, o Poder Legislativo no exercício de sua função essencial não pode criar atribuições ao Poder Executivo, o que importaria em invasão indevida de um poder em outro, em afronta ao princípio da separação dos poderes, expresso nos artigos 7º, 112 e 145 da Constituição Estadual. Não obstante, acresce, ainda, que a lei em análise padece de outro vício de inconstitucionalidade porquanto a referida norma evidencia comandos administrativos ditados pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo Municipal tais como: criação de um programa de alimentação vegetariano, firmar convênios, denotando indevida ingerência entre poderes. Precedentes do Eg. STF e deste Colendo Tribunal de Justiça. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

(TJRJ – OE – Direta de Inconstitucionalidade n.º 0052565-82.2013.8.19.0000 – Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 08/09/2014)

Vale acrescentar que o Min. Luís Roberto Barroso, ao conceder a medida liminar na ADPF n.º 461, que versa sobre a inconstitucionalidade de Lei Municipal que dispõe em sentido contrário ao que estabelecido na LDB, asseverou que:

“legislar sobre as diretrizes da educação significa dispor sobre a orientação e sobre o direcionamento que devem conduzir as ações na matéria. Tratar das bases do ensino implica, por sua vez, prever os alicerces que servem de apoio à educação, os elementos que lhe dão sustentação e que lhe conferem coesão” (...) “A norma impugnada veda a adoção de política educacional que trate de gênero ou de orientação sexual e proíbe até mesmo que se utilizem tais termos. Suprime, portanto, campo do saber das salas de aula e do horizonte informacional de crianças e jovens, interferindo sobre as diretrizes que, segundo a própria Constituição, devem orientar as ações em matéria de educação. Ao legislar em tais termos, o Município dispõe, portanto, sobre matéria objeto da competência privativa da União sobre a qual deveria se abster de tratar. 11. Além disso, estabeleceu norma que conflita com a Lei 9.394/1996 (“Lei de Diretrizes e Bases de Educação”), editada pela União,



com base no exercício de tal competência privativa, e que prevê, além da garantia dos valores constitucionais acima elencados, o respeito à liberdade, o apreço à tolerância e a vinculação entre educação e práticas sociais como princípios que devem orientar as ações educacionais (arts. 2º e 3º, II, III e IV). (...)13. Assim, há plausibilidade na alegação de violação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação, quer porque os Municípios não detêm competência legislativa – nem mesmo concorrente – para dispor sobre diretrizes do sistema educacional (CF/88, art. 22, XXIV), quer porque, ainda que se admitisse sua competência para suplementar as normas gerais da União na matéria, a lei municipal jamais poderia conflitar com essas últimas (CF/88, art. 30, II)."

(sem grifos no original)

(STF - ADPF n.º 461, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão monocrática em cautelar, julg. 19/06/2017, DJE n.º 134, div. 20/06/2017, pub. 21/06/2017)

Pelo exposto, a expressão "Formação de Nível Fundamental Completo" contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como a expressão "com escolaridade de Ensino Fundamental completo" contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, ambas do Município do Rio de Janeiro, conflitam com os artigos 74, inciso IX, e 358, *caput* e incisos I, II, ambos da CE/RJ c/c artigos 22, inciso XXIV; e 24, inciso IX, da CRFB.

Da violação aos princípios de valorização dos profissionais de educação e da garantia de qualidade do ensino (artigo 307, incisos V e VII, da CE/RJ c/c artigo 206, incisos V e VII, da CRFB).

Nos termos do artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013 do Município do Rio de Janeiro, os antigos agentes auxiliares de creche são, hoje, segundo a legislação municipal do Rio de Janeiro, os agentes de educação infantil. Como o artigo 9º determina uma simples mudança de denominação do cargo criado pela Lei n.º 3.985/2005 – ainda em vigor – e



não estabelece novas atribuições, conclui-se que as atribuições do cargo permanecem as mesmas.

Neste esteio, são atribuições do agente de educação infantil, conforme interpretação conjunta do Anexo I da Lei municipal n.º 3.985/2005 com o artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013:

“ANEXO I

CATEGORIA FUNCIONAL

AGENTE AUXILIAR DE CRECHE

DESCRIÇÃO SUMÁRIA

Prestar apoio e participar do planejamento, execução e avaliação das atividades sociopedagógicas e contribuir para o oferecimento de espaço físico e de convivência adequados à segurança, ao desenvolvimento, ao bem-estar social, físico e emocional das crianças nas dependências das unidades de atendimento da rede municipal ou nas adjacências.

RESPONSABILIDADES GENÉRICAS

- manter-se atualizado quanto às modernas técnicas profissionais;
- requisitar e manter o suprimento necessário à realização das atividades;
- zelar pela higiene e limpeza do ambiente e dependências sob sua guarda;
- observar as condições de funcionamento dos equipamentos, instrumentos e bens patrimoniais, solicitando os reparos necessários, para evitar riscos e prejuízos;
- utilizar com racionalidade e economicidade e conservar os equipamentos, materiais de consumo e pedagógicos pertinentes ao trabalho;
- observar regras de segurança no atendimento às crianças e na utilização de materiais, equipamentos e instrumentos durante o desenvolvimento das rotinas diárias;



- acompanhar e participar sistematicamente dos cuidados essenciais referentes à alimentação, higiene pessoal, educação, cultura, recreação e lazer das crianças;
- participar de programas de capacitação co-responsável.

ATRIBUIÇÕES ESPECÍFICAS

- participar em conjunto com o educador do planejamento, da execução e da avaliação das atividades propostas às crianças;
- participar da execução das rotinas diárias, de acordo com a orientação técnica do educador;
- colaborar e assistir permanentemente o educador no processo de desenvolvimento das atividades técnico-pedagógicas;
- receber e acatar criteriosamente a orientação e as recomendações do educador no trato e atendimento à clientela;
- auxiliar o educador quanto à observação de registros e avaliação do comportamento e desenvolvimento infantil;
- participar juntamente com o educador das reuniões com pais e responsáveis;
- disponibilizar e preparar os materiais pedagógicos a serem utilizados nas atividades;
- auxiliar nas atividades de recuperação da auto-estima, dos valores e da afetividade;
- observar as alterações físicas e de comportamento, desestimulando a agressividade;
- estimular a independência, educar e reeducar quanto aos hábitos alimentares, bem como controlar a ingestão de líquidos e alimentos variados;
- responsabilizar-se pela alimentação direta das crianças dos berçários;
- cuidar da higiene e do asseio das crianças sob sua responsabilidade;
- dominar noções primárias de saúde;
- ajudar nas terapias ocupacionais e físicas, aplicando cuidados especiais com deficientes e dependentes;
- acompanhar a clientela em atividades sociais e culturais programadas pela unidade;



- executar outros encargos semelhantes, pertinentes à função.

QUALIFICAÇÃO INDISPENSÁVEL

Formação de Nível Fundamental Completo
(sem grifos no original)

A análise destas atribuições permite concluir que realizam atividades relacionadas à efetiva educação dos alunos. Por exemplo, tais profissionais têm as atribuições específicas de “participar (...) do planejamento, da execução e da avaliação das atividades propostas às crianças”; “disponibilizar e preparar os materiais pedagógicos a serem utilizados nas atividades”; “auxiliar nas atividades de recuperação da auto-estima, dos valores e da afetividade”; “estimular a independência, educar e reeducar quanto aos hábitos alimentares, bem como controlar a ingestão de líquidos e alimentos variados”, além da descrição principal do cargo prever-lhe a função de “Prestar apoio e participar do planejamento, execução e avaliação das atividades sociopedagógicas e contribuir para o oferecimento de espaço físico e de convivência adequados à segurança, ao desenvolvimento, ao bem-estar social, físico e emocional das crianças nas dependências das unidades de atendimento da rede municipal ou nas adjacências”.

Tal circunstância remete-nos ao artigo 307 da Constituição Estadual, que determina que para que o ensino atinja os seus objetivos, deverá ser ministrado com base em uma série de princípios, entre os quais se destacam os da *valorização dos profissionais da educação escolar*, previsto em seu inciso V, e o da *garantia de padrão de qualidade*, no inciso VII.

Diante disso, é possível afirmar, desde logo, que os agentes de educação infantil estão inseridos na classificação de *profissionais da educação* e que a previsão de qualificação mínima de ensino fundamental contida no artigo 9º da Lei municipal n.º 5.623/2013 e no Anexo I da



Lei n.º 3.985/2005 viola os referidos dispositivos constitucionais.

Pois bem. Na Portaria Ministerial n.º 397/02 do Ministério do Trabalho, que instituiu a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), se encontram previstas, entre outras, as ocupações de *atendente de creche*, *auxiliar de creche*, *crecheira* e *auxiliar de desenvolvimento infantil*, sendo elas sinônimas, para efeito da CBO⁴. Trata-se, em todos os casos, de professor de nível médio da educação infantil, o que inclui o *professor de escolinha (maternal)*, o *professor de jardim de infância*, o *professor de maternal* e o *professor de pré-escola*. A eles incumbe: (i) ensinar e cuidar de alunos na faixa de zero a seis anos; (ii) orientar a construção do conhecimento; (iii) elaborar projetos pedagógicos; (iv) planejar ações didáticas e avaliar o desempenho dos alunos; (v) preparar material pedagógico; (vi) organizar o trabalho.

Como se vê, as funções do agente de educação infantil criado pela legislação municipal do Rio de Janeiro, demonstradas acima, se coadunam com aquelas instituídas pela Classificação Brasileira de Ocupações para atendente de creche, auxiliar de creche, crecheira e auxiliar de desenvolvimento infantil. Assim, pode-se concluir que o agente de educação infantil é, em tese e em razão do exercício das suas funções, um profissional da educação. Mais do que isso: o agente de educação infantil é, em tese e em razão do exercício das suas funções, um profissional docente.

Além disso, a Constituição da República dispõe, em seu artigo 206, parágrafo único, que “a lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a

⁴ Disponível em <
<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTitulo.jsf>> e em <
<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>>, consulta em 23 fev. 2018.



elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, sendo essa lei a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

De acordo com o artigo 61 da LDB, os profissionais da educação escolar [básica]⁵ são aqueles que, estando em efetivo exercício e tendo sido formados em cursos reconhecidos, são professores habilitados em nível médio ou superior para docência, trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia ou de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim, profissionais com notório saber reconhecido pelos sistemas de ensino e profissionais graduados que tenham feito complementação pedagógica.

Quanto aos profissionais docentes (ou professores), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional vai além e dispõe, em seu artigo 62, que “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”.

Não há, portanto, qualquer previsão sobre a possibilidade de profissionais da educação escolar terem qualificação mínima de Ensino Fundamental completo. O que a Lei nacional, ao disciplinar o artigo 206 da CRFB, estabelece é, na verdade, a obrigatoriedade de os profissionais de educação básica serem, ao menos, habilitados em nível médio, na modalidade normal.

Observe-se que o curso de formação de profissionais docentes em nível médio, na modalidade normal, previsto no artigo 62 da LDB (Lei n.º 9394/96), é um curso próprio

⁵ A educação básica é organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio, na forma do artigo 4º da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB).



para a formação de professores da educação infantil e dos anos iniciais do ensino fundamental. Não se confundindo com um ensino técnico adaptado, sua identidade é claramente definida pela contextualização da sua proposta pedagógica no âmbito das escolas e das experiências educativas às quais os futuros professores têm acesso. Assim, além de assegurar titulação específica que habilita, o curso tem também a validade do ensino médio brasileiro, para eventual prosseguimento de estudos.

Corroborando a necessidade de qualificação dos profissionais de educação infantil, ao menos, em ensino médio, na modalidade normal, vale mencionar que o Ministério da Educação já emitiu parecer sobre tema análogo, atinente aos *recreadores*, ocasião em que assentou que as funções exercidas por servidores ocupantes do cargo de *recreador*, ou sob qualquer outra denominação, “*caracterizam-se como funções semelhantes às do magistério, haja vista que [...] o ato de cuidar e educar são indissociáveis na Educação Infantil*”⁶.

⁶ “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/cbsite/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.

[...]

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

24



Também em suas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil, de caráter mandatório para todas as instituições de cuidado e educação para as crianças de 0 a 6 anos, o Conselho Nacional de Educação assentou que:

6 – As Propostas Pedagógicas das creches para as crianças de 0 a 3 anos de classes e centros de educação infantil para as de 4 a 6 anos devem ser concebidas, desenvolvidas, supervisionadas e avaliadas por educadores, com pelo menos o diploma de curso de Formação de Professores, mesmo que da Equipe Educacional participem outros profissionais das áreas de Ciências Humanas, Sociais e Exatas, assim como familiares das crianças. Da direção das instituições de Educação Infantil deve participar, necessariamente, um educador, também com, no mínimo, Curso de Formação de Professores⁷.
(sem grifo no original)

Não é outra coisa que se extrai da Política Nacional de Educação Infantil:

Essa nova dimensão da Educação Infantil articula-se com a valorização do papel do profissional que atua junto da criança de 0 a 6 anos, com exigência de um patamar de habilitação derivado das responsabilidades sociais e educativas que se espera dele. A formação de docentes para atuar na Educação Infantil, segundo o art. 62 da LDB, deve ser realizada em nível superior, admitindo-se, como formação mínima, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal.

[...]

Diretrizes da Política Nacional de Educação Infantil

[...]

da realização do concurso público de provas e títulos que precedeu o seu ingresso no serviço público” (Parecer CNE/CEB n. 007/11, disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=8295-pceb007-11-pdf&category_slug=junho-2011-pdf&Itemid=30192>, grifos nossos, (consulta em 03 out. 2017).

⁷ Parecer CNE n. 22/98 – CEB – aprovado em 17.12.98, disponível em http://www.crmariocovas.sp.gov.br/pdf/diretrizes_p0481-0500_c.pdf, consulta em 08 mar. 2018.



As professoras e os outros profissionais que atuam na Educação Infantil exercem um papel nitidamente educativo, devendo ser qualificados especificamente para o desempenho de suas funções junto das crianças de 0 a 6 anos.

A formação inicial e a continuada do professor de Educação Infantil são direitos e devem ser asseguradas a todos. Os sistemas de ensino devem assegurar a valorização do professor de Educação Infantil, incentivando-o a participar do Programa de Formação Inicial para Professores em Exercício na Educação Infantil (Proinfantil) e intervindo nos municípios na perspectiva de sua inclusão nos planos de cargos e salários. O processo de seleção e admissão de professores deve assegurar a formação específica na área. Para os que atuam na rede pública, a admissão deve ser por meio de concurso⁸.

(sem grifo no original)

As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Docentes da Educação Infantil e dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental, em Nível Médio, Modalidade Normal, vão além:

Art. 1º O Curso Normal em nível Médio, previsto no artigo 62 da Lei 9394/96, aberto aos concluintes do Ensino Fundamental, deve prover, em atendimento ao disposto na Carta Magna e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDBEN, a formação de professores para atuar como docentes na Educação Infantil e nos anos iniciais do Ensino Fundamental, acrescendo-se às especificidades de cada um desses grupos as exigências que são próprias das comunidades indígenas e dos portadores de necessidades educativas especiais⁹.

⁸ Ministério da Educação. Secretaria de Educação Infantil e Fundamental. Política nacional de educação infantil: pelos direitos das crianças de zero a seis anos à educação, disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/polinaci.pdf>, consulta em 08 mar. 2018.

⁹ Resolução CEB n. 02/99, disponível em http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceb02_99.pdf, consulta em 08 mar. 2018.



Também nas escolas do campo o exercício da docência na educação infantil pressupõe, expressamente, o curso de formação de professores em nível médio, na modalidade normal¹⁰.

Então, no Município do Rio de Janeiro ocorre a esdrúxula situação de ter atuando como profissionais da educação, exercendo funções semelhantes ao magistério - ou de magistério propriamente -, profissionais que não possuem qualificação e nível de escolaridade adequados. O que se tem são profissionais que, em tese e pelas funções exercidas, são profissionais da educação, mas pela qualificação ou nível de escolaridade, não.

Logo, à medida que o dispositivo impugnado determina suficiente como qualificação dos agentes de educação infantil o ensino fundamental completo (quando deveria ter exigido, no mínimo, ensino médio, na modalidade normal), afronta ao artigo 307, incisos V e VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assenta o ensino não apenas sobre as bases da *valorização dos profissionais da educação escolar*, mas também sobre a *garantia de padrão de qualidade*.

De fato, a mera formação em ensino fundamental, inequivocamente, não confere a *expertise* necessária a um profissional de educação para a produção de um ensino de qualidade que propicie o pleno desenvolvimento do alunado. É absolutamente indevida, portanto, a substituição do professor por indivíduos com apenas o ensino fundamental concluído, como promovido pelo dispositivo legal alvejado.

¹⁰ Artigo 12 das Diretrizes Operacionais para a Educação Básica nas Escolas do Campo, aprovadas pela Resolução CNE/CEB n. 1, de 03 de abril de 2002, disponível em http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/mn_resolucao_%201_de_3_de_abril_de_2002.pdf, consulta em 08 mar. 2018.



Vale lembrar que os agentes de educação infantil atuam em etapa do ensino de atuação prioritária do Município¹¹, de caráter obrigatório já a partir da pré-escola¹² - obrigatoriedade esta entendida como uma via de mão dupla e também aplicável aos pais ou responsáveis, que devem matricular seus filhos em pré-escola. Sendo assim, não é consentâneo com o princípio constitucional da *garantia do padrão de qualidade* que ao lado do ensino obrigatório figure a permissão para o fornecimento desse mesmo serviço obrigatório por profissionais sem qualificação ou nível de escolaridade adequado.

Insta salientar, ainda, que tal disposição legal viola direitos das categorias de agentes de educação infantil e dos professores. Dos primeiros pois, sendo indissociáveis os atos de cuidar e educar na educação infantil, esses agentes de educação infantil exercem funções de magistério, mas não fazem jus ao piso salarial nacional desses profissionais, tampouco a 1/3 da jornada de trabalho para desempenho de atividades extraclasse¹³. Relembre-se que, segundo a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), o agente de educação infantil é, na verdade – ou deveria ser -, professor de nível médio da educação infantil.

Dos professores também, pois esses deixam de ser admitidos na Administração Pública, que passa a preferir pagar menos por profissionais menos qualificados para o exercício das mesmas funções.

Por fim, viola-se a própria qualidade do ensino, na medida em que a norma reflete uma concepção das unidades de educação infantil como depositários, nos quais bastam babás em detrimento de professores e sua pedagogia.

¹¹ Artigo 211, parágrafo 2º, da Constituição da República c/c artigo 11, inciso V, da LDB.

¹² Artigo 4º da LDB.

¹³ Artigo 2º, parágrafo 4º, da Lei n. 11.738/08.



Manifesta, assim, a violação ao artigo 307, incisos V e VII, da Constituição Estadual, reprodução do artigo 206, incisos V e VII, da Constituição da República.

Da violação aos objetivos determinados pela Constituição à educação e ao dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação (artigos 45 e 306 da CE/RJ c/c artigos 205 e 227 da CRFB).

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, amparando-se na Constituição da República, confere grande relevo à educação, erigindo-a ao *status* de direito social e, portanto, de natureza positiva. Nesse sentido, o artigo 306 da CE/RJ determina que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, e visará, sempre, ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Logo, o legislador constituinte expressamente optou por uma educação emancipadora, cujo propósito é o de habilitar a pessoa para os mais diversos âmbitos da vida, como ser humano, como cidadão e como profissional. Com efeito, a escola é posicionada como instância socializadora privilegiada, sendo dimensão essencial na formação de qualquer indivíduo e o espaço, por excelência, em que se constrói a visão de mundo e o comportamento social, possibilitando a integração dos estudantes à vida em sociedade e ao exercício da cidadania.

Entretanto, a submissão de turmas da educação básica à responsabilidade de agentes de educação infantil graduados em nível fundamental revela-se inadequada à consecução daqueles objetivos constitucionalmente definidos. A infância é a fase de desenvolvimento psicossocial em que se estabelecem os fundamentos dos



valores e conhecimentos que serão futuramente consolidados, sendo decisivo o adequado acompanhamento de educadores e auxiliares preparados, em patamares mínimos, para lidar com as constantes descobertas e com o gradual amadurecimento intelectual destes alunos.

Cumpra registrar, nesse sentido, que, com base em comprovações do campo da medicina, da psicologia e da pedagogia, entende-se que uma criança é capaz de efetivamente aprender desde os seus primeiros dias de vida, começando a se familiarizar com o ambiente externo ainda no útero de sua mãe (desenvolvimento pré-natal). É de grande importância o acesso a uma escola infantil de qualidade, que atenda aos direitos e necessidades particulares das crianças, de modo que iniciem, sadicamente, a construção de sua visão de mundo. Logo, o Município do Rio de Janeiro, ao definir o ensino fundamental completo como qualificação mínima para o exercício do cargo de agentes de educação infantil, *não exige a formação adequada*, sendo imperiosa e urgente a adequação do requisito de formação destes agentes.¹⁴

De modo a ilustrar o explanado, o Ministério da Educação consignou que:

“Educar de modo indissociado do cuidar é dar condições para as crianças explorarem o ambiente de diferentes maneiras (manipulando materiais da natureza ou objetos, observando e nomeando objetos, pessoas ou situações, fazendo perguntas etc.) e construir sentidos pessoais e significados coletivos, à medida que vão se constituindo como sujeitos e se apropriando de um modo singular das formas culturais do agir, sentir e pensar. Isso requer do professor ter sensibilidade e delicadeza no trato de

¹⁴ Informações e conclusões extraídas da Informação Técnica n.º 453/2018, elaborada pela Pedagoga do Grupo de Apoio Técnico Especializado, em atendimento à solicitação formulada pelo Grupo de Atuação Especializada em Educação (GAEDUC).



cada criança, e assegurar atenção especial conforme as necessidades que identifica nas crianças”¹⁵.

(sem grifo no original)

Evidente, assim, que a fixação da qualificação mínima exigida dos agentes de educação infantil ser o ensino fundamental completo, presente no artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013 e no Anexo I da Lei n.º 3.985/2005, ofende a diretriz constitucional insculpida no artigo 306 da CE/RJ. O pleno desenvolvimento de qualquer indivíduo e a formação de sua dimensão cidadã só poderão ser garantidos caso haja o devido desempenho e aptidão dos educadores em todas as fases do processo de aprendizado.

Restam violados, ainda, os direitos das crianças e adolescentes previstos no artigo 45 da CE/RJ, aos quais a família, a sociedade e o Estado devem assegurar, com absoluta prioridade, o direito à educação – esse a abranger o desenvolvimento integral da criança nos seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social.

Isso porque, além da já demonstrada violação às diversas dimensões inerentes à educação, as alvejadas expressões contidas na legislação carioca relegam aos alunos – majoritariamente crianças – uma formação deficiente, que deliberadamente não efetiva o direito à educação constitucionalmente garantido em toda a sua consistência normativa.

Patente, portanto, a inconstitucionalidade da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo” contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013, bem como a expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985/2005, ambas do Município do Rio de Janeiro, também por violação aos artigos 45 e 306 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁵ Parecer CNE/CEB n. 20/09, aprovado em 11.11.09.



DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

A exclusão da expressão “Formação de Nível Fundamental Completo” contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo” contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, ambas do Município do Rio de Janeiro, pode gerar uma indefinição acerca da qualificação mínima necessária para os agentes de educação infantil.

Apesar de as normas constitucionais violadas e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional terem eficácia direta quanto a todos os entes federativos, é preciso que os cargos públicos tenham os requisitos de acesso bem delineados e compatíveis com a sistemática constitucional. Some-se a isto que a fundamentação apresentada nesta Representação por Inconstitucionalidade, a princípio, não produz efeitos vinculantes à Administração Pública municipal, de forma que a simples ausência de especificação quanto à qualificação mínima para preenchimento dos cargos poderá permitir que o Município do Rio de Janeiro mantenha profissionais de educação atuantes na educação infantil de modo incompatível com a Constituição.

Por tais razões, mesmo com a declaração da nulidade da expressão “Formação de Nível Fundamental Completo” prevista no Anexo I da Lei n.º 3.985/2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo” prevista no artigo 9º da Lei n.º 5.623/2013, é imperioso que esse e. Órgão Especial confira interpretação conforme à Constituição aos referidos dispositivos legais.

Destaque-se a redação das normas, com grifos na expressão inconstitucional, e, portanto, nula de pleno direito:



LEI N.º 3.985 DE 8 DE ABRIL DE 2005

Cria no Quadro Permanente do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro a categoria funcional que menciona e dá outras providências.
Autor: Poder Executivo

O PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, faço saber que a Câmara Municipal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica criada no Quadro Permanente de Pessoal do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro a categoria funcional de Agente Auxiliar de Creche.

(...)

ANEXO I
CATEGORIA FUNCIONAL
AGENTE AUXILIAR DE CRECHE

(...)

QUALIFICAÇÃO INDISPENSÁVEL

~~Formação de Nível Fundamental Completo~~

LEI Nº 5.623/2013.

Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos funcionários da Secretaria Municipal de Educação e dá outras providências.
Autor: Poder Executivo

O PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, faço saber que a Câmara Municipal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
(...)

Subseção III

Do Quadro de Pessoal de Agente de Educação Infantil

Art. 9º - O Quadro de Pessoal de Agente de Educação Infantil é constituído pela cargo efetivo de Agente Auxiliar de Creche, criado pela Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, **com escolaridade de Ensino Fundamental completo**, que passa a denominar-se Agente de Educação Infantil.

Cumpre, assim, a esta jurisdição constitucional, evidenciar a interpretação normativa que se amolda à Constituição, tornando clara a sua constitucionalidade, desde que interpretada no sentido de que a qualificação mínima para a ocupação do cargo de agente de educação infantil seja o ensino médio completo, na modalidade normal.



Pela polissemia da norma, faz-se necessário que tal interpretação esteja expressa na parte dispositiva do acórdão, para fins de conferir efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes* a tal técnica de decisão, na dicção do art. 28, parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.868/1999.

Como exemplo da utilização da técnica decisória, colaciona-se jurisprudência do e. STF, *verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO VI DO ART. 32 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. SERVIDOR PÚBLICO. NEPOTISMO. VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES SOB A DIREÇÃO IMEDIATA DE CÔNJUGE OU PARENTE ATÉ O SEGUNDO GRAU CIVIL. VIOLAÇÃO AO INCISO II DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO CAPUT DO ART. 37 DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL PARA EMPRESTAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA EXCLUSIVA SOBRE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, FUNÇÃO GRATIFICADA E CARGOS E DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO.”

(ADI 524, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015)

Requer, assim, o *Parquet*, que ao Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como ao artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, para além da declaração de nulidade das expressões já mencionadas, seja dada interpretação conforme à Constituição, para que seja **excluída do âmbito de interpretação da norma a possibilidade de admissão de agentes de educação infantil com qualificação inferior a de ensino médio completo, na modalidade normal.**



DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

Impugnada a expressão “Formação de Nível Fundamental Completo” contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como a expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo” contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, ambas do Município do Rio de Janeiro, imperiosa a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, ambos do Município do Rio de Janeiro.

Quanto ao conteúdo das referidas normas, deve-se esclarecer que a Lei n.º 5.620/2013 cria gratificação por desempenho para os ocupantes da categoria funcional de agente auxiliar de creche que, dentre outros requisitos, possuam formação mínima em *ensino médio, modalidade normal ou outra formação de nível superior que o habilite a atuar na modalidade educação infantil*, enquanto que o Decreto n.º 38.276/2014 regulamenta a percepção da gratificação criada pela Lei mencionada.

Ressalte-se que o referido Decreto, em sua motivação, reconhece as razões que fundamentaram, na presente peça, a inconstitucionalidade defendida, conforme se depreende do trecho a seguir:

“CONSIDERANDO a necessidade de investimento na qualificação, formação profissional e valorização dos Agentes de Educação Infantil, que prestam apoio e participam do planejamento, execução e avaliação das atividades sociopedagógicas;

CONSIDERANDO que a regulamentação das Leis n.ºs 5.620, de 20 de setembro de 2013, e 5.623, de 1º de outubro de 2013, vem ao encontro do disposto no artigo 61, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,



com redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12.014, de 6 de agosto de 2009, e

CONSIDERANDO que a Educação Infantil constitui direito da criança, opção da família e dever do Estado;”

Trata-se de evidente medida compensatória baseada no entendimento, pelo próprio Poder Público, de que é inadequada e inconstitucional, em diversos sentidos, a exigência de qualificação mínima de formação em ensino fundamental para os agentes de educação infantil. Assim, busca-se incentivar a formação de tais agentes em nível médio, na modalidade normal, com a concessão de gratificação que, nos termos dos artigos 4º e 5º da Lei n.º 5.620/2013, será incorporável aos seus proventos de aposentadoria e considerada para efeitos de cálculo de Gratificação Adicional por Tempo de Serviço. Em outras palavras, a gratificação incorpora-se aos vencimentos destes servidores.

Cumprе destacar, entretanto, que a chamada “inconstitucionalidade por arrastamento” se verifica nas hipóteses em que dispositivos não impugnados no pedido original, mas que serão logicamente afetados pela decisão a ser proferida, são alcançados pela declaração de nulidade. De acordo com a doutrina especializada, é o que ocorre em relação às normas que venham a se tornar inaplicáveis ou inexecutáveis em decorrência do acolhimento do pedido formulado, como no caso em exame, ou que detêm teor análogo à que foi objeto da ação.¹⁶

Vale destacar que o fenômeno em questão possui amplo amparo jurisprudencial, como bem denotam os seguintes excertos de julgados do Supremo Tribunal Federal:

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211.



“Considero também que a manifestação do titular da Ação Direta, às fls. 197 a 199, pode se retomada como aditamento implícito à inicial, subscrita pelo próprio Procurador-Geral da República.

E ainda que não se admita que a manifestação do Procurador-Geral seja tomada como uma aditamento, **considero razoável, no caso, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Observo que, além de os dispositivos possuírem teor análogo e a causa de pedir ser exatamente a mesma, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 22 e 28 evidentemente acaba por atingir o disposto no art. 5º e no parágrafo único do art. 25.**”

(sem grifo no original)

(QO na ADI n.º 2.982/CE, Min. Relator Gilmar Mendes, julgamento em 17/06/2004)

“Lacres Eletrônicos nos Postos de Combustíveis. O Tribunal iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal contra a Lei distrital 3.228/2003, que obriga as distribuidoras de combustíveis locais a colocar lacres eletrônicos nos tanques dos postos de combustíveis que exibam sua marca e dá outras providências. **A Min. Cármen Lúcia, relatora, julgou procedente o pedido, registrando que as normas dos artigos 1º e 2º determinam a declaração de inconstitucionalidade das demais por arrastamento, por se tornarem ineficazes, quando não inexecutáveis, sem aqueles dispositivos**, no que foi acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. [...]” (sem grifo no original)

(Inf. STF n.º 480, de 17 a 21 de setembro de 2007. ADI n.º 3.236/DF, Min. Relatora Cármen Lúcia, julgamento em 17/09/2007)

Neste sentido, tem-se que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da exigência de qualificação mínima para os agentes de educação infantil a formação em ensino fundamental, não há razão para que subsista a instituição de gratificação que contemple aqueles agentes com formação mínima em ensino médio, na modalidade normal,



circunstância esta que deveria ser a regra legal. Isso porque o cotejo entre os dispositivos originalmente impugnados e os atos normativos referidos neste item revela uma clara relação de dependência destes em relação àqueles, condição esta que inviabiliza a sua existência de forma autônoma.

Necessária também será, portanto, a declaração de inconstitucionalidade das normas que disponham sobre tal gratificação.

Assim, deve ser declarada a inconstitucionalidade, por arrastamento, da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, ambos do Município do Rio de Janeiro.

DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade reconhece a nulidade congênita da norma, ocasionando, por conseguinte, a produção de efeitos *ex tunc* das decisões judiciais que a declarem. Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de diversos outros sistemas de controle de constitucionalidade, admite a possibilidade de se restringir a eficácia da decisão declaratória de nulidade – ou seja, a modulação dos efeitos temporais da decisão.

Tal entendimento foi consolidado no artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999, que preceitua que:

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



Esta modulação de efeitos, justamente por ir de encontro à própria natureza da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, é medida excepcional, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Nesse sentido, Gilmar Mendes assevera que a mitigação da nulidade absoluta dos dispositivos julgados inconstitucionais depende de juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante¹⁷.

Em exame de ponderação com o objetivo de se otimizar, ao máximo, tanto o princípio da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, quanto os interesses dos alunos e dos agentes de educação infantil, conclui-se que o entendimento deve ser aplicado no caso vertente.

O Município do Rio de Janeiro conta com, ao menos, 5.430¹⁸ agentes de educação infantil aprovados em concurso público, muitos dos quais podem exercer a função desde 2005, quando o cargo foi criado pela Lei n.º 3.985/2005. Tais servidores criaram a legítima expectativa de se manter no cargo que, por força dos dispositivos ora impugnados, exigia a qualificação mínima de ensino fundamental completo. Neste esteio, imbuídos de boa-fé, basearam seus planejamentos financeiros e familiares na premissa de constitucionalidade do fundamento legal do cargo no qual foram investidos.

¹⁷ MENDES, Gilmar. *Op. Cit.*, p. 1284.

¹⁸ Conforme tabela disponibilizada pela Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, acessível em <http://prefeitura.rio/web/sme/educacao-em-numeros>:

Nº de professores (22h semanais)	5.393
Nº de agentes de educação infantil (40h semanais)	5.430
Nº de creches e escolas infantis ¹⁸	528
Alunos matriculados	145.656



A repentina exoneração de tantos servidores, além de ignorar, por completo, a necessária proteção aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica no caso concreto, frustraria a concretização dos princípios da valorização dos profissionais de ensino (artigo 307, inciso V, da CE/RJ) e o valor social do trabalho entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 5º da CE/RJ).

Com efeito, a simples declaração de nulidade, com efeitos *ex tunc*, dos dispositivos alvejados conduziria à absurda situação de serem desconsiderados todos os pagamentos feitos a estes profissionais, provocaria o súbito desemprego de milhares de pessoas, desvalorizaria todo o trabalho já prestado e ofenderia a dignidade e a incolumidade pessoal e patrimonial destes agentes.

De igual forma, no que se refere aos alunos, a declaração de inconstitucionalidade do requisito de qualificação dos agentes de educação infantil, com eficácia *ex tunc*, causaria o efeito imediato de, em vez de adequar o ensino infantil à Constituição, deixar inúmeros alunos em turmas desprovidas dos tão necessários profissionais, até que fossem realizados novos concursos - o que, como cediço, pode demorar tempo o suficiente pra prejudicar de forma definitiva a formação de inúmeras crianças no Município. Deve-se recordar que a infância é importante fase de formação psicossocial, exercendo os agentes de educação infantil o indissociável papel de cuidar e educar, como demonstrado nesta petição.

Patente, portanto, o relevante interesse social envolvido, além da evidente ruptura com a segurança jurídica que seria causada caso fosse privilegiado unicamente o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Assim, considerando tais circunstâncias e visando promover a unidade de sentido normativo e político-axiológico da Constituição, não se afigura proporcional,



neste caso específico, de acentuada excepcionalidade, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados com efeitos *ex tunc*. Ao revés, a partir de um exame de ponderação que visa a melhor compatibilização possível dos princípios em conflito, conclui-se que a decisão declaratória de inconstitucionalidade dos dispositivos deve produzir efeitos temporais *ex nunc*, sendo o termo inicial fixado em 5 anos após a publicação da ata deste julgamento no que tange ao grupo de agentes de educação infantil já investidos no cargos.

Tal modulação de efeitos visa impor a observância da qualificação mínima de ensino médio completo, na modalidade normal, para provimentos no cargo de agente de educação infantil eventualmente realizados desde a publicação a ata de julgamento desta ação. Assim, quaisquer concursos públicos para o cargo promovidos imediatamente após o presente julgamento já devem ter o requisito de qualificação mínima que se extrai da sistemática constitucional, não permitindo que se ingressem novos servidores cujo exercício funcional ofenda os princípios da valorização dos profissionais de educação, da qualidade de ensino, os objetivos constitucionalmente previstos à educação, o direito das crianças e adolescentes à educação que lhes garanta pleno desenvolvimento, ou a diretriz nacional sobre o tema.

Por outro lado, preservam-se os direitos e condições daqueles agentes já ocupantes do cargo pelo período de 5 anos. Com isso, aqueles com formação em ensino fundamental completo poderão ingressar e concluir um curso de ensino médio, na modalidade normal; enquanto aqueles formados no ensino médio regular, diante da impossibilidade de realização de novo ensino médio, mesmo que em modalidade diversa, poderão concluir a formação em curso técnico ou superior, em área pedagógica ou afim.



O objetivo de se conceder tal oportunidade é dar efetividade máxima aos direitos e princípios constitucionais em destaque. De fato, uma vez que disponham do tempo necessário para se adequarem à exigência de formação mínima em ensino médio, na modalidade normal, os 5.430 agentes de educação infantil do Município do Rio de Janeiro não serão, obrigatoriamente, exonerados, ao passo que somente serão mantidos, após o prazo de suspensão dos efeitos da decisão, aqueles que estejam adequados ao requisito de qualificação mínima para a ocupação da função.

Se, por um lado, apenas uma educação de qualidade, proporcionada por profissionais com qualificação adequada, pode concretizar o pleno desenvolvimento das crianças exigido pela Constituição, por outro, a concretização deste direito não pode ser feita em absoluto detrimento da segurança jurídica e do relevante interesse social envolvido. Logo, o que se busca, em suma, é que a despeito de desde já não ser permitido o ingresso de novos servidores que não atendam ao requisito de qualificação mínima, os efeitos da decisão sejam modulados de forma a se preservar as relações jurídicas com os servidores já investidos no cargo, sob a condição de que se adequem à exigência constitucional.

Note-se que tal medida encontra respaldo nas diretrizes previstas no Plano Nacional de Educação¹⁹, em especial nas suas metas 1.8 e 15.9:

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

“15.9) implementar cursos e programas especiais para assegurar formação específica na educação superior, nas respectivas áreas de atuação, aos docentes com formação de nível médio na modalidade normal, não

¹⁹ Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014.



licenciados ou licenciados em área diversa da de atuação docente, em efetivo exercício.”

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido de que, presentes os requisitos necessários, a modulação de efeitos deve ser feita pelo Tribunal, ainda que não houvesse pedido, evidenciando a importância de se garantir a unidade e a supremacia da Constituição, em todos os seus aspectos:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO PARÁ N. 7.621/2012. PEDIDO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EMBARGOS PROVIDOS. 1. **Satisfeitos os requisitos para a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, tem o Supremo Tribunal Federal o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. Precedentes.** 2. In casu, a norma julgada inconstitucional dispunha, sem que se observassem os requisitos formais estabelecidos pela Constituição Federal, que reserva à lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal a disciplina acerca da promoção e remoção de magistrados. 3. Hipótese em que **a declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa apresenta inegável risco à segurança jurídica, em vista dos tempo em que vigeu a norma e das inúmeras decisões proferidas pelos magistrados que foram promovidos ou removidos sob seu auspício.** 4. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei do Estado do Pará n. 7.621/2012 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado. (ADI 4788 AgR-ED, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, DJe-060 div. 27/03/2018, pub. 02/04/2018)

Finalmente, vale acrescentar que não há que se cogitar da hipótese de devolução de valores recebidos até então pelos agentes de educação infantil, uma vez que, além da necessária produção de efeitos *ex nunc*, com termo



inicial em 05 anos após a publicação da ata de julgamento desta ação, tais servidores receberam os valores de boa-fé e por anos, tratando-se de verba de caráter alimentar e, portanto, irrepetível²⁰.

Isto posto, presentes as condições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, a ação deve ser julgada procedente, com efeitos *ex nunc*, preservadas as relações jurídicas vigentes com os agentes de educação infantil já ocupantes do cargo pelo prazo de 05 anos, iniciado após a publicação da ata de julgamento desta ação.

CONCLUSÃO

Evidenciada, portanto, a afronta aos artigos 45; 74, inciso IX; 306; 307, incisos V e VII; e 358, *caput* e incisos I e II, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, assim como aos artigos 22, inciso XXIV; 24, inciso IX; 205; 206, incisos V e VII; e 227, da Constituição da República de 1988, de observância obrigatória pelos demais entes federativos, deve ser declarada a inconstitucionalidade da

²⁰ Nesse mesmo sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 935, DE 11 DE OUTUBRO DE 1995, QUE AUTORIZA O GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL A CONCEDER AOS POLICIAIS MILITARES E BOMBEIROS MILITARES A GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE VIDA. 1. Ao instituir a chamada "gratificação por risco de vida" dos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal, o Poder Legislativo distrital usurpou a competência material da União para "organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio" (inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal). Incidência da Súmula 647 do STF. 2. A Lei distrital 935/95 padece também de vício de iniciativa. Dispondo sobre a remuneração de pessoal da Administração Pública direta, teve a deflagrá-la proposta parlamentar. O que se contrapõe à alínea "a" do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, que prevê, no caso, a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. 3. **Tendo em conta a natureza alimentar da gratificação e a presunção de boa-fé, a operar em favor dos militares do Distrito Federal, atribui-se à declaração de inconstitucionalidade efeitos prospectivos (ex nunc).** 4. Ação direta que se julga procedente.

(ADI 3791, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, DJe-159, div. 26/08/2010, pub. 27/08/2010)



expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo”, contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, e, por arrastamento, da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, todos do Município do Rio de Janeiro, assim como deve ser conferida interpretação conforme à Constituição aos dispositivos legais, para que a qualificação mínima para ingresso no cargo de agente de educação infantil seja Ensino Médio completo, na modalidade normal.

Ademais, ação deve ser julgada procedente, com efeitos *ex nunc*, preservadas as relações jurídicas vigentes com os agentes de educação infantil já ocupantes do cargo pelo prazo de 05 anos, iniciado após a publicação da ata de julgamento desta ação.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, após recebida e autuada a presente petição inicial:

- a) sejam notificados o Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro e a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, para prestarem as informações que entendam pertinentes;
- b) sejam intimadas, na forma do artigo 104, § 2º, do RITJ, a Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro; e, na forma do art. 162, § 3º, da Constituição do Estado, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro;
- c) seja, ao final, julgado procedente o pedido pelo Colendo Órgão Especial, declarando, com eficácia *ex nunc* e efeitos *erga omnes*, devendo a produção de efeitos ser iniciada 5 anos após a publicação da ata de julgamento

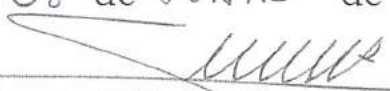


desta ação em relação aos agentes de educação infantil já investidos no cargo, a inconstitucionalidade **da expressão “Formação de Nível Fundamental Completo”, contida no Anexo I da Lei n.º 3.985, de 8 de abril de 2005, bem como da expressão “com escolaridade de Ensino Fundamental completo”, contida no artigo 9º da Lei n.º 5.623, de 1º de outubro de 2013, e, por arrastamento, da Lei n.º 5.620, de 20 de setembro de 2013, e do Decreto n.º 38.276, de 29 de janeiro de 2014, todos do Município do Rio de Janeiro**, assim como conferindo interpretação conforme à Constituição para que **a qualificação mínima para ingresso no cargo de agente de educação infantil seja Ensino Médio completo, na modalidade normal**, por violação aos artigos 45; 74, inciso IX; 306; 307, incisos V e VII; e 358, *caput* e incisos I e II, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como aos artigos 22, inciso XXIV; 24, inciso IX; 205; 206, incisos V e VII; e 227, da Constituição da República de 1988.

Protesta por vista dos autos após as manifestações dos interessados, em conformidade com o disposto no artigo 106, inciso VIII, do RITJ.

Dispensado o pagamento de custas e taxa judiciária, por ser feito de iniciativa do Ministério Público, por sua Chefia.

Rio de Janeiro, 08 de JUNHO de 2018.


Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais

(Ato de delegação GPGJ n.º 808 de 08 / junho / 2018)
Procedimentos Administrativos MPRJ n.ºs 2013.01074363 e 2016.00637344



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



ATO GPGJ nº 808

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2018.

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais,

RESOLVE delegar ao Doutor **SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL**, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais, com base no artigo 39, inciso XVII, da Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003, atribuição para ajuizar Representação por Inconstitucionalidade em relação à legislação do Município do Rio de Janeiro objeto dos procedimentos administrativos nºs MPRJ 2013.01074363 e 2016.00637344.


José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça