PROCESSO Nº TST-ED-RR - 11819-27.2016.5.15.0099

A C Ó R D Ã O
(2ª Turma)
GMMHM/lrv/nt

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADES EXTRACLASSE. EDUCADORA INFANTIL EM CRECHE. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.738/2008. Hipótese em que o art. 208, IV, da CF foi mencionado apenas em sede de agravo de instrumento, razão pela qual o recurso de revista não poderia ser conhecido por violação ao artigo da CF. No entanto, o recurso alcança conhecimento por violação do art. 4º, I e II, da Lei 9.394/1996, que traz a distinção dos conceitos de "educação básica" e "educação infantil". **Embargos de declaração acolhidos apenas para sanar erro material, sem efeito modificativo.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso de Revista n° **TST-ED-RR-11819-27.2016.5.15.0099**, em que é Embargante **ZILMA FARIAS DE LIMA** e Embargado **MUNICÍPIO DE NOVA ODESSA.**

Trata-se de embargos de declaração opostos pela reclamante, que alega omissão ao acórdão desta 2ª Turma de fls. 332/344, deu provimento ao recurso de revista para excluir o pagamento das horas extras decorrentes das atividades extraclasse.

Embargos de declaração regularmente processados, são levados a julgamento na forma regimental.

É o relatório.

V O T O

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

Firmado por assinatura digital em 30/06/2022 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-ED-RR - 11819-27.2016.5.15.0099

1 – HORAS EXTRAS. ATIVIDADES EXTRACLASSE. EDUCADORA INFANTIL EM CRECHE. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.738/2008.

A embargante sustenta, em síntese, que o art. 208, IV, da CF não foi citado no recurso de revista. Aduz que o acórdão se fundamentou no conjunto fático-probatório, sendo inviável a sua análise pelo óbice da Súmula 126/TST. Afirma que a Lei Complementar Municipal 44/2015 inclui os educadores de desenvolvimento infantil no quadro do magistério público local, sem qualquer ressalva.

Esta C. deu provimento ao recurso de revista para excluir o pagamento das horas extras decorrentes das atividades extraclasse. Estes foram os fundamentos:

> "**1 – HORAS EXTRAS. ATIVIDADES EXTRACLASSE. EDUCADORA INFANTIL EM CRECHE. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.738/2008.**
>
> (...)
>
> O recorrente alega, em síntese, que a empregada é educadora infantil, que labora em creche e lida com crianças de até 3 anos de idade, não havendo que se falar no exercício do magistério, mas apenas em atividades próprias de um cuidador. Logo, por não se enquadrar entre os profissionais do magistério público da educação básica, não deve ser aplicada à agravante a Lei 11.738/2008, que instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Aponta violação dos arts. 2º, 5º, II, e 208, IV, da CF; 4º, I e II, da Lei 9.394/1996. Transcreve aresto ao confronto de teses.
>
> Analiso.
>
> O regional manteve o deferimento do pagamento das horas extras referente a atividades extraclasses sob o fundamento de que a Lei 11.738/2008 é aplicável à autora, educadora de desenvolvimento infantil.
>
> Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior vem entendendo que a função de educadora infantil em creche não se iguala àquela de professor de educação básica, em razão da ausência de obrigatoriedade da formação mínima exigida pela citada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, uma vez que as atividades da referida função possuem natureza eminentemente instrumental e burocrática, relacionadas ao apoio à atividade pedagógica, não sendo exigido nenhum conhecimento técnico ou habilitação específica.
>
> Cito os precedentes:
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 . TRABALHO DE EDUCADORA DE DESENVOLVIMENTO

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

Firmado por assinatura digital em 30/06/2022 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

INFANTIL EM CRECHE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.738/2008 INDEVIDA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS DECORRENTES DO PERÍODO DESPENDIDO COM ATIVIDADES EXTRACLASSE. O Regional, soberano na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que a autora não faz jus aos direitos previstos na legislação federal aplicável aos professores da educação básica, em razão de ter sido contratada para o exercício da função de educadora infantil em creche do município , não desempenhando, em sentido estrito, as funções tipificadas no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 11.728/2008, concernentes aos profissionais do magistério público da educação básica. Nos termos do § 2º do artigo 2º da Lei nº 11.738/2008, por profissionais do magistério público da educação básica, entende-se que são aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional (Lei nº 9.394/96). Neste contexto, verifica-se que as atividades dos docentes da educação básica, referidas na Lei nº 11.738/2008, estão relacionadas ao ensino, ou seja, são as atividades realizadas para promover a aprendizagem, sendo necessário que os referidos profissionais atendam à exigência de formação mínima determinada pelo artigo 61 da Lei nº 9.394/96, in verbis : " Consideram-se profissionais da educação escolar básica os que, nela estando em efetivo exercício e tendo sido formados em cursos reconhecidos, são: I - professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio; II - trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas; III - trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim; IV - profissionais com notório saber reconhecido pelos respectivos sistemas de ensino, para ministrar conteúdos de áreas afins à sua formação ou experiência profissional, atestados por titulação específica ou prática de ensino em unidades educacionais da rede pública ou privada ou das corporações privadas em que tenham atuado, exclusivamente para atender ao inciso V do caput do art. 36; V - profissionais graduados que tenham feito complementação pedagógica, conforme disposto pelo Conselho Nacional de Educação ". Por outro lado, verifica-se que a função de educadora de desenvolvimento infantil em de

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

creche não se iguala àquela de professor de educação básica, em razão da ausência de obrigatoriedade da formação mínima exigida pela citada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Isto porque as atividades dessa função possuem natureza eminentemente instrumental e burocrática, relacionadas ao apoio à atividade pedagógica, não sendo exigido nenhum conhecimento técnico ou habilitação específica. Portanto, concluir que os profissionais que atuam como monitor educacional, sem a formação pedagógica exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o grau de responsabilidade pelo conteúdo dos planos de trabalho e das estratégias de ensino, fazem jus ao piso salarial dos professores e ao direito à reserva de jornada para a realização de atividades extraclasse, nos mesmos moldes em que são devidos aos profissionais que regularmente exercessem a carreira de magistério, desatende aos preceitos das Leis nos 11.738/2008 e 9.394/96, bem como acarreta o enfraquecimento e a desvalorização da classe profissional dos professores. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR-10560-26.2018.5.15.0099, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 12/02/2021).

"AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. LEI Nº 13.467/2017 DIFERENÇAS SALARIAIS. AUXILIAR DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL EM CRECHE. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.738/2008 1 - Na decisão monocrática ficou prejudicada a análise da transcendência da causa quanto à matéria objeto do recurso de revista, e foi negado seguimento ao recurso de revista. 2 - Os argumentos da parte não conseguem desconstituir os fundamentos da decisão monocrática. 3 - No caso, a recorrente pugna para que seja reconhecido seu enquadramento como profissional do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/2008, e afirma que " sempre exerceu atividades equiparadas à docência na educação infantil, laborando como Auxiliar de Desenvolvimento Infantil, deste modo, o piso nacional estabelecido pela Lei 11.738/2008 alcança a categoria profissional da mesma ". 4- Conforme consignado na decisão monocrática agravada, constatou-se que o recurso de revista não preencheu os requisitos previstos no art. 896, § 1º-A, I e III, da CLT, pois o trecho do acórdão reproduzido nas razões do recurso de revista não demonstra suficientemente o prequestionamento da matéria, na medida em que omite premissas fáticas registradas pelo TRT, as quais são importantes para se ter a exata compreensão da controvérsia, como, por exemplo, os trechos em que o TRT consignou que: " (...).É

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

incontroverso nos autos que a reclamante foi contratada para exercer a função de Auxiliar de Desenvolvimento Infantil . Também é incontroverso que a reclamante sempre prestou serviços em creches municipais. (...)É possível concluir que a atividades exercidas pela obreira, embora possam ser consideradas como auxiliares à docência no ensino infantil, não se enquadram como "direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais", de modo que não podem ser consideradas atividades de suporte pedagógico, nos termos da Lei nº 11.738/2008. Tampouco podem ser consideradas atividades de docência, já que, pelo que depreende dos termos acima, não havia uma responsabilidade pelo conteúdo das atividades desenvolvidas. Segundo o que alega o município reclamado, o trabalho do Auxiliar de Desenvolvimento Infantil em atividades lúdico-pedagógicas estava condicionado sempre à orientação de profissional da área de educação. Frise-se que não foram produzidas provas nos autos, e sequer há alegação no sentido de que, mesmo atuando como educadora, a Reclamante desempenhava a atividade de docência. (...). Com efeito, a Lei Federal nº. 11.738/2008, em seu artigo 2º, §2º, dispõe que: "§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional". Sendo assim, outro caminho não há que não o de julgar improcedente o pedido de reenquadramento funcional, circunstância que prejudica todos os demais pedidos então decorrentes " . 5 - Desse modo, como não foi demonstrado o prequestionamento da controvérsia nos termos e com a amplitude em que apreciada no acórdão recorrido, entende-se que não foram preenchidos os requisitos processuais erigidos no artigo 896, § 1º-A, incisos I e III, da CLT. Destaque-se que a parte não realizou o confronto analítico entre a tese adotada no acórdão recorrido e cada ementa transcrita em suas razões recursais, deixando de atender ao exigido pelo artigo 896, §8º, da CLT, impedindo o seguimento do apelo, nesse aspecto. 6 - A Sexta Turma evoluiu para o entendimento de que, uma vez não atendidas as exigências da Lei nº 13.015/2014, fica prejudicada a análise da transcendência. 7 - Agravo a que se nega provimento" (Ag-RR-11987-39.2017.5.15.0052, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 18/12/2020).

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

Firmado por assinatura digital em 30/06/2022 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-ED-RR - 11819-27.2016.5.15.0099

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO REGIDO PELA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL RECONHECIDA. PISO SALARIAL DOS PROFESSORES. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.738/2008 AOS OCUPANTES DO CARGO DE MONITOR DE CRECHE (EDUCADOR INFANTIL II - TRABALHO COM CRIANÇAS DE CRECHE), TENDO EM VISTA O NÃO DESEMPENHO DE ATIVIDADE PEDAGÓGICA. Segundo o Tribunal Regional, as atividades desempenhadas pela Reclamante como monitora de creche (educador infantil II, trabalhando com crianças de creche), não se encontram inseridas na definição de profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei Federal 11.738/2008, razão pela qual não há como lhe deferir reajuste salarial com base no piso salarial profissional nacional do magistério público. Precedentes. Dessa forma, não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido " (AIRR-10184-98.2018.5.15.0112, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 26/06/2020).

"RECURSO DE REVISTA – PROCESSO ELETRÔNICO – EDUCADORA INFANTIL EM CRECHE. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Tendo o Regional registrado expressamente que a reclamante, educadora infantil em creche do município reclamado, não era professora nos termos da Lei nº 11.738/08, não há falar em ofensa aos dispositivos invocados. Recurso de Revista não conhecido" (RR-2753-35.2012.5.15.0011, 8ª Turma, Relator Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 07/11/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. O Tribunal Regional, soberano na análise da matéria fática, registrou que as atividades da reclamante assemelham-se às de - monitor de creche-, não tendo sido comprovado o mesmo grau de responsabilidade pelo conteúdo dos planos de trabalho e às estratégias de ensino, presentes nas atividades de professor. Agravo de instrumento a que se nega provimento. "(AIRR - 1234-28.2011.5.15.0086 Data de Julgamento: 6/8/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8/8/2014).

Outrossim, o art. 208, I e IV, da CF traz a distinção dos conceitos de "educação básica" e "educação infantil em creche e pré-escola", in verbis :

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

Firmado por assinatura digital em 30/06/2022 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
>
> (...)
>
> IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

Assim, constata-se que as diretrizes da Lei nº 11.738/2008 não se aplica ao educador infantil em creche, mas tão somente aos profissionais do magistério de educação básica, motivo pelo qual é indevido o pagamento das horas extras decorrentes das atividades extraclasse.

Conheço por violação ao art. 208, IV, da CF.

1.2 - Mérito

Conhecido o apelo por violação ao art. 208, IV, da CF, **dou-lhe provimento** para excluir o pagamento das horas extras decorrentes das atividades extraclasse.

Analiso.

No tocante à previsão da Lei Complementar Municipal 44/2015, cabe registrar que, em observância aos princípios da hierarquia das normas e da repartição de competência legislativa, é vedado a lei municipal dispor de forma contrária à lei federal e à Constituição.

Assim, a Lei local que inclui os educadores de desenvolvimento infantil no quadro do magistério publico do Município não pode se sobrepor ao disposto no art. 208, IV, da CF e no art. 4º, I e II, da Lei 9.394/1996.

No que se refere ao óbice da Súmula 126/TST, a decisão embargada não foi amparada na valoração do contexto probatório delineado nos autos, mas sim no enquadramento jurídico das normas e considerando a jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte Superior.

No que tange ao canal de conhecimento, verifica-se que o art. 208, IV, da CF, de fato, foi mencionado apenas em sede de agravo de instrumento, razão pela qual o recurso de revista não poderia ser conhecido por violação ao artigo da CF.

No entanto, o recurso de revista alcança conhecimento por violação do art. 4º, I e II, da Lei 9.394/1996, que traz a distinção dos conceitos de "educação básica" e "educação infantil".

Acolho os embargos de declaração apenas para sanar erro material, sem imprimir efeito modificativo.

Firmado por assinatura digital em 30/06/2022 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1004AFEA7BA04716D0.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **acolher** os embargos de declaração apenas para sanar erro material, sem imprimir efeito modificativo.

Brasília, 29 de junho de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MARIA HELENA MALLMANN
Ministra Relatora

Firmado por assinatura digital em 30/06/2022 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.