

NOTA INFORMATIVA

Coordenação jurídica

MEDIDA PROVISÓRIA N. 934/2020 E O CUMPRIMENTO DO CALENDÁRIO ESCOLAR. OBRIGATORIEDADE DE CARGA HORÁRIA MÍNIMA. REPOSIÇÃO DOS DIAS LETIVOS. JORNADA DO PROFESSOR. IMPACTOS SOBRE O PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO.

Com a suspensão das aulas na rede de ensino como medida de combate à transmissão do novo coronavírus em razão da pandemia e a posterior edição da MP 934/2020, que suspendeu a obrigatoriedade das escolas de cumprirem a quantidade mínima de 200 dias letivos neste ano, mantida a carga horária mínima anual de 800 horas, surge a dúvida quanto à forma de reposição das aulas que foram suspensas durante esse período, quanto à jornada de trabalho dos professores e o respectivo pagamento, tanto no período de suspensão das aulas quanto no período em que as aulas serão retomadas com a carga horária ampliada, para fazer frente ao mínimo anual de 800 horas aulas até o final do ano letivo.

A medida provisória não disciplinou essa questão, de forma que os municípios terão o grande desafio de regulamentar as questões daí decorrentes, adotando medidas para o enfrentamento da situação excepcional, com a reorganização do calendário escolar da educação básica de forma adequada a cada realidade, promovendo a reposição das aulas, considerando a capacidade de cada rede de ensino e assegurando a oferta de educação de qualidade.

É importante destacar inicialmente que são diversas as situações vivenciadas por cada município, assim como diferentes são as disciplinas locais que regem a relação entre administração e administrado, previstos em seus estatutos e planos de carreira próprios e que, por isso mesmo, reclama análise minuciosa de cada caso em específico, razão pela qual a presente nota não tem o condão de descer a miúdo de cada ente, tratando aqui a matéria de forma abrangente.

Também é importante registrar que a presente nota não contempla situações de dificuldade financeira dos municípios; cinge-se tão somente a análise dos aspectos legais e legítimos sobre a realização de pagamentos a servidores que vão além do vencimento, em situações excepcionais em que, por razões alheias à vontade da administração e do administrado, o serviço não pode ser prestado. São os acréscimos que formam a

remuneração, a exemplo de determinados adicionais, gratificações, horas-extras, pagos em situações de normalidade, cuja legalidade do pagamento agora, em situação de excepcionalidade, por absoluta impossibilidade fática dessa prestação, merece análise, porquanto cessados os motivos que o determinaram, como também merece análise a possível responsabilização do gestor pela utilização de verba pública para realização de pagamento sem motivação administrativa.

É o relato, passamos a opinar.

Quando as aulas sob a forma presencial foram suspensas como medida de combate à transmissão do vírus COVID-19, alguns municípios puderam valer-se de recursos tecnológicos, de plataformas de aulas por ensino à distância, como forma de manter a carga horária e dar continuidade ao processo de aprendizagem para minimizar os prejuízos educacionais que porventura poderiam advir com a suspensão das aulas; outros, anteciparam as férias escolares; outros simplesmente suspenderam as aulas por determinado período ou por tempo indeterminado, por não poder valer-se de meios necessários as aulas à distância.

Em suma: em alguns municípios houve de fato a paralisação da atividade laboral do professor, enquanto em outros, essa atividade teve continuidade, apesar de alterada a sua forma de prestação, da forma presencial para a forma à distância.

O primeiro passo é compreender que, para o professor ocupante de cargo de provimento efetivo, como servidor público efetivo que é, **o vencimento será sempre devido**, independentemente da prestação ou não do serviço, presencial ou à distância. Com efeito, as regras de suspensão e rescisão contratual, quer previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação sobre contrato temporário, quer prevista na legislação extravagante em decorrência da calamidade pública em razão da pandemia do COVID-19 até então editadas, não se aplicam à esses servidores, que são regidos por estatutos próprios, com garantias constitucionais de efetividade e estabilidade.

Entretanto, o mesmo não ocorre com o pagamento de determinados adicionais, de caráter temporário, que somados ao vencimento formam a *remuneração*, pois nem sempre serão devidos, e poderão ser retirados desde que cessadas as condições que o determinaram.

Como é sabido, acrescem ao vencimento do servidor, alguns adicionais, vantagens pecuniárias, formando o que a doutrina denomina de *remuneração* e que podem ser incorporados a esse vencimento ou não. Alguns desses adicionais, com o tempo, aderem ao vencimento de forma definitiva, outros não; são precários, cessam o pagamento quando cessadas as condições que o determinaram. Esses últimos não se incorporam ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. E é sobre eles

que surge a questão sobre se é ou não devido o seu pagamento aos servidores efetivos, notadamente aos da educação, na excepcional situação de calamidade pública em razão da pandemia vivenciada nesse ano, quando tais servidores não estão exercendo a sua atividade laboral em razão do fechamento das escolas.

Aqui tomaremos aqui como exemplo, para análise concreta e melhor compreensão da questão, os adicionais de horas extraordinárias, a gratificação por deslocamento e a gratificação por ampliação de jornada (desdobramentos), que são gratificações tipicamente *pro labore*, que integram o elenco das vantagens *morais* ou *condicionais*.

Essas gratificações, por serem de natureza transitória, não há direito adquirido. Assim, uma vez cessada a atividade extraordinária, de igual modo, cessa o pagamento da gratificação correspondente. São, na verdade, *vantagens precárias concedidas em razão de condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade - gratificações de serviço - ou concedidas como ajuda aos servidores que reúnam as condições pessoais que a lei especifica - gratificações especiais*.

Essas gratificações, além de não se incorporarem ao vencimento de forma definitiva, não geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Somente são devidos ao servidor quando previstos na lei e enquanto permanecer as condições especiais de execução do serviço. Portanto, não haverá desobediência ao princípio da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos se a vantagem for retirada quando cessada a condição ou a atividade para a qual lhe foi conferido o acréscimo pecuniário, salvo disposição legal em contrário.

Tomemos como exemplo a gratificação por deslocamento. Algumas leis municipais instituem a denominada *gratificação por deslocamento*, paga ao servidor em razão do deslocamento de longa distância de sua residência para o local de trabalho. Muito embora o ato de concessão dessa gratificação seja vinculado, o que vale dizer, instituída a gratificação e havendo de fato o deslocamento deve haver necessariamente o pagamento, cessada o deslocamento, de igual modo deve cessar o pagamento.

No atual contexto de isolamento social em que as aulas estão temporariamente suspensas e as escolas fechadas, o motivo determinante do pagamento da gratificação por deslocamento – *o deslocamento do servidor de sua residência para o local de trabalho* – não mais persiste.

Desse modo, não há como o administrador prosseguir no pagamento da gratificação de deslocamento nesse caso, gratificação de natureza condicional, temporária, quando cessada, mesmo que temporariamente, a condição que determina o seu pagamento. Agir contrariamente seria enriquecimento sem causa por parte do servidor público, além de

sujeitar o administrador público a responsabilização pelo pagamento indevido, caracterizando assim a prática de ato improbo.

O mesmo ocorre com outros exemplos como as horas extraordinárias e o adicional de insalubridade. Deixando o servidor de realizar o trabalho insalubre ou extraordinário, o motivo determinante do pagamento deixa de existir, devendo, como corolário, cessar o pagamento desses adicionais à remuneração. Por isso mesmo, as horas extraordinárias não integram a remuneração para fins de aposentadoria, consoante já entendeu o STF:

E M E N T A Direito adquirido. Gratificação extraordinária. Incorporação. Servidora estatutária. 1. Cessada a atividade que deu origem à gratificação extraordinária, cessa igualmente a gratificação, não havendo falar em direito adquirido, tampouco, em princípio da irredutibilidade dos vencimentos. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 338436, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008)

Quanto à gratificação por ampliação de jornada, denominada de *desdobramento*, essa matéria tem sido disciplinada em quase todos os planos de carreira e consiste na ampliação temporária da jornada de trabalho do professor, por razões de necessidade e interesse público. Nesse caso, havendo previsão legal, o professor, com a jornada de 20 horas poderia, excepcionalmente, em razão da necessidade e do interesse público, ter a sua jornada de trabalho temporariamente ampliada para 30 ou 40 horas semanais.

Havendo previsão na legislação municipal, não caracteriza gratificação extraordinária, cuja remuneração pelo desdobramento estará disciplinada na legislação local, geralmente como adicional por extensão de jornada. Se trata, como visto, de um acréscimo temporário na carga horária semanal de trabalho, na forma autorizada por lei municipal, para que seja ministrado conteúdo curricular para o qual o docente seja habilitado ou esteja autorizado a lecionar.

Na hipótese do desdobramento, o raciocínio não poderá ser outro: se o motivo determinante da ampliação da jornada do professor deixa de existir – a necessidade e o interesse público - cessam também os motivos para a sua manutenção e pagamento.

Quanto à regência de classe, ponderamos que esse tipo de gratificação, originalmente destinada a professores, motivo de muita dúvida entre os gestores quanto ao seu pagamento em situações de excepcionalidade, muito embora somente deva ser paga quando o professor está na regência da classe e, cessando essa condição, por razões de ordem lógica, não haveria motivo para o seu pagamento, esse adicional passou a ser disciplinado especificamente em cada legislação municipal sob diversas formas, não raras vezes sendo incorporados ao próprio vencimento por força de lei, razão pela qual a apreciação dos aspectos concernentes à concessão dessa parcela como adicional que

incorpora ou não ao vencimento demandará a análise da lei municipal, o que faz incidir óbice à análise neste opinativo.

Ultrapassadas essas premissas e esclarecida a natureza jurídica das parcelas remuneratórias do servidor, surge uma outra questão em tempos de pandemia e seus efeitos futuros que é a forma de remuneração dos professores quando do retorno regular das atividades laborais, face à necessidade do cumprimento da carga horária mínima obrigatória de 800 horas aulas e a necessidade de extensão da carga horária desses servidores.

Nessas hipóteses, a necessidade de extensão da carga horária em período superior a carga horária do servidor, havendo previsão legal de jornada ampliada, o município poderá valer-se do desdobramento, remunerando o servidor na forma prevista na legislação municipal; em não havendo essa previsão legal, poderá valer-se de pagamento de adicional de horas extraordinárias, conforme previsto em lei, durante o período em que for necessário. Em ambos os casos, cessada a sua necessidade, cessará a ampliação de jornada ou a prestação extraordinária e, por conseguinte, o respectivo pagamento pela administração.

Para aqueles municípios que mantiveram o pagamento da jornada ampliada ou o adicional de horas extraordinárias acrescidas ao vencimento do servidor durante o período da pandemia, sem que estes tivessem prestado o serviço, situação fática já consolidada, orienta-se que a municipalidade promova, junto ao sindicato da categoria, tratativas de acordo, para que o adicional de jornada ampliada ou as horas extraordinárias indevidamente pagas durante o isolamento social possam ser compensadas com as horas de reposição de aulas que serão necessárias no momento posterior à pandemia, para a cumprimento do mínimo da carga horária de 800 horas aula.

De qualquer modo, não há dúvida de que deve ser garantido aos professores o pagamento do piso nacional, que não se confunde com a remuneração do professor, conforme já salientado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADI 4167/DF:

“equiparar o piso à remuneração, que corresponde ao vencimento, acrescido de vantagens pecuniárias, esvaziaria não apenas o espírito da lei, mas também tornaria inócuos os eventuais estímulos salariais conferidos pelos entes federados. (...)

Logo, a gratificação não poderá ser incluída no conceito de piso, pois apenas o vencimento base pode ser assim considerado.

Finalmente, quanto aos contratos temporários, em que pese o Tribunal de Contas do Estado da Bahia, no processo n. 05261e20 ter emitido parecer n 00610-20, afirmando que a

manutenção do pagamento desses contratos, em não havendo a prestação do serviço, “é uma decisão política do gestor” e que “tal avaliação nesse momento de pandemia, que impede a locomoção de pessoas e portanto, a prestação dos serviços, diante do isolamento social, deve ser realizada se promovendo o abandono a simples aplicação fria da regra jurídica, o desapego a legalidade estrita...”, ousamos discordar. E discordamos por uma razão muito simples: esse mesmo Tribunal não utilizará esse mesmo critério de “abandonar a simples aplicação fria da regra jurídica, o desapego a legalidade estrita” quando chegar aquele Tribunal administrativo e ao Ministério Público de Contas denúncias de pagamento indevido a servidores, assim como ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. Não vacilará em utilizar o princípio da legalidade para opinar pela rejeição de contas por extrapolar o limite de gasto com pessoal previstos na lei de responsabilidade fiscal.

Então pode-se até dizer que se trata de decisão política, mas com sérias consequências jurídicas na esfera pessoal do gestor que optar pela realização de pagamento indevido, em afronta ao princípio da legalidade, da moralidade, da probidade administrativa, além do desrespeito às normas contidas na lei de responsabilidade fiscal e na lei 4.320/64.

Ressaltamos mais uma vez, o vencimento ao servidor efetivo será sempre devido, por força de lei. Os adicionais de caráter temporário, conforme já exemplificado nesse opinativo, que somados ao vencimento formam a remuneração, poderão e deverão ser retirados, desde que cessadas as condições que o determinaram.

Para aqueles cujo vínculo com a administração é precário e não há a necessidade do serviço por parte da Administração aliado ao fato da inexistência da prestação do serviço por parte do contratado, entendemos, salvo melhor juízo, ser dever do administrador a suspensão ou a rescisão de contratos tais.

Os impactos sociais decorrentes da pandemia – preocupação de todos os gestores, demonstrada também pelos órgãos de fiscalização e controle - deverão ser solucionados ou pelo orçamento da assistência social ou pela geração de emprego e renda, jamais pela folha de pagamento do município, através de pagamento por serviços não prestados, impactando no índice de pessoal e contribuindo para o descumprimento da Lei 101/2000 e da Lei 4.320/64, para os quais o Tribunal de Contas, ao analisar as contas do gestor e opinar pela rejeição por excesso de gasto com pessoal, certamente jamais lembrará de afastar o princípio da legalidade estrita e utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para justificar a manutenção e conseqüente pagamento desses contratos pelos gestores municipais.



Finalmente, a Coordenação Jurídica da UPB estará permanente à disposição de seus associados para dirimir dúvidas mais específicas a respeito da matéria ou que necessitem da análise da legislação municipal de cada associado.

Mais uma vez reforçamos que o momento requer união, articulação, equilíbrio e atenção entre os entes federados e instituições, sendo necessário o trabalho em cooperação, onde o objetivo primordial é a preservação da vida humana, interesse público maior.

Coordenação Jurídica

Lucas Mollicone - 71 98738-6656

Wal Goulart - 71 98899-4707

Márcia Bittencourt - 71 99678-6615

Victor Hugo - 71 99308-6256

Geysa Brandão - 71 99106-0085

