PARECER JURÍDICO

I – DA CONSULTA:

Trata-se de consulta apresentada pela Diretora Presidenta da Associação dos Docentes da Universidade Federal do Espírito Santo – Adufes, Júnia Claudia Santana de Mattos Zaidan, acerca da legalidade da obrigatoriedade no cumprimento de carga horária docente no regime EaD, conforme pretendida pela Portaria nº 2.117, de 6 de dezembro de 2019, do Ministério da Educação, no que nos posicionamos abaixo.

II – DA ANÁLISE JURÍDICA:

Do Trabalho que deve submeter o Docente _____

Sem contar o prejuízo didático e pedagógico, as observações mais apuradas não deixam dúvidas de que a Educação à Distância tem aumentado de forma significativa a precarização do trabalho, especialmente no que tange a sobrecarga de atividades que são atribuídas ao professor. Deixemos essa aspecto que vem sendo muito bem debatido e aprofundado na esfera política, para cingirmos aqui na positividade legal quando a obrigação ou não dos docentes cumprirem carga horária no EaD, previsto na Portaria 2.117 de 6 de dezembro de 2019, posto que inexistiu qualquer previsão nos Editais dos Concursos Públicos os quais se submeteram.

Defendemos que, a Administração Pública vincula-se às diretrizes por ela própria estabelecidas nas regras do edital do concurso público, em face do princípio da legalidade aplicável aos atos da Administração. Em consequência, a modalidade de trabalho, no caso presencial, prevista no edital do concurso integra a contratação do docente, à qual a

Administração, no caso a UFES, se vincula, configurando para este docente verdadeiro direito adquirido quanto a essa modalidade de trabalho.

Sob essa lógica, a Administração Pública, não pode alterar as atribuições dos cargo, mormente através de Portaria, cuja definição tem sua origem no art. 3º da Lei nº 8.112/90, transcrevemos:

> Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.
>
> Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Portanto, as atribuições de um cargo estão previstas previamente no concurso público específico para cada cargo, que além disso, são criadas por lei. E, uma vez criadas por lei, somente são passíveis de alterações, também, por lei.

Como restou superada pelo Supremo Tribunal Federal, o servidor público não tem direito adquirido ao seu regime jurídica, ou seja, a manutenção de suas relações estatutárias tal qual seu ingresso, entretanto, tal premissa não autoriza a Administração alterar, unilateralmente, por norma incompetente, as atribuições dos cargos, sob pena de ilegalidade.

Aliás, o previsto na lei apenas seguiu a Constituição Federal, que no artigo 37, incido II, dispõe que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego.

A imposição do trabalho docente através da modalidade EaD, implica na alteração do conjunto de atribuições do cargo do concurso o

qual se submeteu o servidor e que para tanto foi nomeado. Assim entendemos, que as alterações das atribuições deve ocorrer através de processo legislativo regular, exigindo-se concurso público específico para seu cumprimento.

Vê-se então, que o nosso sistema jurídico, não permite que o servidor venha exercer funções distintas daquelas que caracterizam o cargo para o qual prestou concurso público.

A esse respeito, a Ministra Carmén Lúcio, nos dar precisa lição na obra Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, vejamos:

> *"Com o início do exercício nascem para o servidor todos os direitos que a lei lhe assegura nessa condição, inclusive o desempenhar as funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, cumprindo-se o quanto posto legalmente. Nomeado para determinado cargo e nele investido, há de exercer o servidor, a partir de então, as funções a ele inerentes e a nenhum outro.*
>
> *E tanto assim é porque as funções são definidas para cada cargo público de tal maneira que elas corresponder ao conjunto de atribuições conferidas à responsabilidade do agente que titula.*
>
> *Surge, pois, quanto ao exercício um dos mais gravosos e comuns problemas da Administração Pública, que é o desvio de função, acarretando traumas administrativos nem sempre facilmente solúveis.*
>
> *Dá-se o denominado "desvio de função" quando o servidor é nomeado e investido em um cargo público e passa a desempenhar funções inerentes a outrem, mediante ato e o designa para tanto, sem qualquer comportamento formal."*

Ademais, o art. 13, da Lei nº 8.112/90, proibi expressamente a alteração unilateral das atribuições, vejamos:

> Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

A tentativa da Administração em impor atribuições funcionais distintas das anteriormente exercidas pelos docente, corresponde à violação do princípio da segurança jurídica do servidor, cuja relação de trabalho já encontra estabilizada, não podendo ficar ao sabor da conveniência da Administração.

II – DA CONCLUSÃO:

Em síntese, entendemos, que a imposição, através de Portaria, de atribuições, no caso modalidade trabalho do EaD, que são distintas das quais os docentes prestaram concursos específicos, configura ilegalidade, violando ainda, os princípios da segurança jurídica e do concurso público.

É como pensamos,

Salvo Melhor Juízo!

Vitória – ES, 03 de abril de 2023.

Jerize Terciano Almeida
OAB/ES 6.739

Mila Vallado Fraga
OAB/ES 17.211