

PARECER JURÍDICO N.º 055/2006

CONSULENTE: Associação Matogrossense dos Municípios – AMM.

CONSULTA: O Presidente da Associação Matogrossense dos Municípios, Prefeito José Aparecido dos Santos, após a edição da Lei Federal n.º 11.301 de 10 de maio de 2006 pelo Governo Federal, solicitou a essa assessoria jurídica que emitisse parecer a respeito de sua constitucionalidade.

DO OBJETIVO: O presente parecer tem por objetivo esclarecer, sob a égide da Constituição Federal e entendimento jurisprudencial emanado do Supremo Tribunal Federal, se o ato normativo federal em destaque harmoniza-se com § 5º do art. 40 da *Lex Fundamental*, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98.

Ressalta-se que este parecer será elaborado independente de qualquer opinião dos órgãos fiscalizadores da Administração Pública Brasileira, levando-se em conta apenas a legislação e o entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

PARECER

1. A aposentadoria por tempo de contribuição com redução de idade e tempo de contribuição em 05 (cinco) anos, também conhecida como aposentadoria especial de professor, desde o advento da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, vem passando por mutações.

2. Inicialmente a Constituição Federal, em sua redação original, acerca da aposentadoria dos professores assim estabelecia:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

I - (omissis)

III - voluntariamente:

a) (omissis)

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;”

3. Em processo originado antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 20/98, ocorrido em 16 de dezembro de 1998, quando ainda estava em vigor o texto original, o Supremo Tribunal Federal acerca do tema assim manifestou-se:

RE 196707 / DF - DISTRITO FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 09/05/2000 Órgão Julgador:

Segunda Turma

Publicação: DJ 04-08-2000 PP-00033 EMENT

VOL-01998-04 PP-00811

Parte(s)

RECTE. : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RECTE. : FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO DISTRITO FEDERAL

RECDO. : ANA NERI DE SOUSA TSCHIEDEL

Ementa

APOSENTADORIA - PROFESSORES - ORIENTADORA EDUCACIONAL - TEMPO DE SERVIÇO. O preceito constitucional regedor da aposentadoria dos professores contenta-se com o efetivo exercício em funções da magistério, não impondo como requisito atividade em sala de aula. Assim, descabe ter como infringido o preceito da

alínea "b" do inciso III do artigo 40 da Constituição Federal no que, presente a qualificação de professora, reconheceu-se o direito à aposentadoria especial à prestadora de serviço há vinte e cinco anos nas funções de especialista em educação e orientadora educacional.

4. O professor Ivan Barbosa Rigolin, no periódico denominado Fórum de Contratação e Gestão Pública Belo Horizonte, ano 3, n. 29, p. 3745/3747, maio 2004, teceu ásperas críticas acerca da extensão dada à terminologia função de magistério. Naquela ocasião ele já defendia o que mais tarde veio ser sumulado pelo Pretório Excelso.

5. A Emenda Constitucional n.º 20/98 alterou a redação do artigo 40 da Constituição Federal, restringindo a interpretação do dispositivo que regulava a aposentadoria especial de professor. O tema passou a ser regulado pelo § 5º do art. 40, com a seguinte redação:

Art. 40 (omissis)

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

6. Sob a égide do texto atribuído pelo Legislador Constituinte Derivado ante os inúmeros processos envolvendo a matéria a Suprema Corte Brasileira editou na sessão plenária do dia 26/11/2003 a súmula 726 estabelecendo que "**PARA EFEITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORES, NÃO SE COMPUTA O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO FORA DA SALA DE AULA.**"

7. Nesse ínterim o Estado do Espírito Santo editou a Lei Complementar n.º 159/99, cujo texto possui o mesmo objetivo da Lei Federal n.º 11.301/2005, redução na idade e tempo de contribuição para profissionais do magistério fora da sala de aula.

8. O Governador do Estado do Espírito Santo suscitou a constitucionalidade do texto da Lei Complementar n.º 159/99 frente ao § 5º do art. 40 da Constituição Federal, via ação direta de inconstitucionalidade.

9. O Pretório Excelso, por sua vez ao julgar a ADI 2253/ES, por maioria, declarou inconstitucional o artigo 2º da Lei Complementar n.º 156/99, editando o seguinte acórdão:

ADI 2253 / ES - ESPÍRITO SANTO
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA
Julgamento: 25/03/2004 Órgão Julgador:
Tribunal Pleno
Publicação: DJ 07-05-2004 PP-00007 EMENT
VOL-02150-01 PP-00135 RTJ VOL-00191-01 PP-
00115
Parte(s)
REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
ADVDO. : CARLOS HENRIQUE STABAUER RIBEIRO
REQDA. : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO
DO ESPÍRITO SANTO
EMENTA: AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º DA LEI
COMPLEMENTAR ESTADUAL 156/99.
APOSENTADORIA ESPECIAL. REDUÇÃO NA
CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. FUNÇÕES DE
DIRETOR E COORDENADOR ESCOLAR.
INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O § 5º do artigo 40
da Carta Federal prevê exceção à regra

constitucional prevista no artigo 40, § 1º, inciso III, alíneas "a" e "b", tendo em vista que reduz em cinco anos os requisitos de idade e de tempo de contribuição para "o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio". 2. Funções de magistério. Desempenho das funções exercidas em sala de aula. Não abrangência da atividade-meio relacionada com a pedagogia, mas apenas da atividade-fim do ensino. Dessa forma, os beneficiários são aqueles que lecionam na área de educação infantil e de ensino fundamental e médio, não se incluindo quem ocupa cargos administrativos, como o de diretor ou coordenador escolar, ainda que privativos de professor. 3. Lei complementar estadual 156/99. Estende a servidores, ainda que integrantes da carreira de magistério, o benefício da aposentadoria especial mediante redução na contagem de tempo de serviço no exercício de atividades administrativas. Inconstitucionalidade material. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

10. Impende ressaltar ainda, que a Corte Suprema em decisão prolatada em 14.09.2000, decidiu por suspender liminarmente a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional, conforme acórdão retro-citado.

11. O dispositivo inserido no artigo 67 da Lei Federal n.º 9.426/96, pela Lei Federal n.º 11.301/2005, oriunda de processo legislativo iniciado na Câmara dos Deputados, é composto pela seguinte redação:

Art. 1º O art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do

seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 67.....
.....

§ 2 Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.”

12. Ao que consta, o dispositivo em tela confere aos profissionais do magistério que exerce atividades fora da sala de aula, a redução de 5 (cinco) anos de idade e tempo de contribuição para fazerem jus à aposentadoria por tempo de contribuição prevista no § 1º, III, "a", do artigo 40 da Constituição Federal.

13. Notadamente os dispositivos da Lei Complementar n.º 156/99 do Estado do Espírito Santo e da Lei Federal n.º 11.301/2005, regulam a mesma matéria, ou seja, ambas reduzem em 5 (cinco) anos a idade e o tempo de contribuição dos profissionais do magistério que exercem suas atividades fora da sala de aula, para efeito de aposentadoria prevista no § 1º, III, "a", do artigo 40 da Constituição Federal.

14. Ora se a Suprema Corte Brasileira declarou inconstitucional o artigo 2º da Lei Complementar n.º 156/99, tendo como fundamento a **“Não abrangência da atividade-meio relacionada com**

a pedagogia, mas apenas da atividade-fim do ensino. Dessa forma, os beneficiários são aqueles que lecionam na área de educação infantil e de ensino fundamental e médio, não se incluindo quem ocupa cargos administrativos, como o de diretor ou coordenador escolar, ainda que privativos de professor”, dúvida nenhuma resta quanto a inconstitucionalidade material da Lei Federal n.º 11.301/2006, por ferir o comando legal do § 5º do artigo 40 da Constituição Federal.

15. Não bastasse a sua inconstitucionalidade material, suficiente por si só para maculá-la, a Lei Federal n.º 11.301/2006, padece ainda da inconstitucionalidade formal, ante a existência do vício de iniciativa no processo legislativo que a originou.

16. O art. 61 da Constituição da República reza:

“Art. 61. (omissis)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - (omissis)

II - disponham sobre:

a) (omissis)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e **aposentadoria**;

17. O art. 61 da Constituição Federal supra transcrito encontra-se inserido na “SEÇÃO VIII – DO PROCESSO LEGISLATIVO” e o Supremo Tribunal Federal em pacífico entendimento já reiterou que as regras do processo legislativo conforme dispostas na Constituição são de acatamento obrigatório para os demais entes da Federação, visto tratar-se em última instância da separação dos poderes. Vejamos então as jurisprudências reproduzidas nos informativos do STF:

"N. 23 - ADin n. 1.731 - RELATOR: MIN. ILMAR GALVÃO

EMENTA: AÇÃO DIETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI COMPLEMENTAR N.98, DE 12 DE MAIO DE 1997, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. VÍCIO DE INICIATIVA E DE CONTEÚDO.

A lei em apreço era de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, por efeito da norma do art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição, tida pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal como de observância obrigatória pelos Estados, por encerrar corolário do princípio da independência dos poderes. Também são relevantes os fundamentos do pedido no tocante a inconstitucionalidade material, por se admitir a readaptação de servidor em outro cargo, propiciando o ingresso em carreira sem o concurso exigido pelo art.37, II, da Carta Magna. Cautelar deferida."

N.2 – Vício de Iniciativa

Por vício aparente de iniciativa (CF, art.61,§ 1º, a) e conveniência do deferimento da medida cautelar, o Tribunal suspendeu, em ação direta ajuizada pelo Governador de Santa Catarina, a eficácia da lei local de origem parlamentar que estendia a servidores aposentados vantagens remuneratórias percebidas por servidores em atividade (gratificações de incentivo a ministração de aulas e incentivo à regência de classe). ADin 1.487-SC, rel. Min. Sydney Sanches, 07.08.96.

N.3 – Emenda Parlamentar e Vício de Iniciativa

É formalmente inconstitucional norma resultante de emenda parlamentar que estende a outras categorias de servidores públicos vantagem remuneratória que o projeto de lei encaminhado pelo Executivo concedia, de forma restrita, a determinado segmento do funcionalismo. Ofensa

aos arts. 61, §1º, I,a e c, e 63,I, da CF. ADin 816-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, 22.08.96.

N. 10 - Reajuste automático de vencimentos de servidores do Estado.

Inconstitucionalidade Formal. Por ofensa do art. 61, §1º,II, a e c da CF – que atribui com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa das leis que disponham sobre regime jurídico dos servidores e aumento de sua remuneração -, o Tribunal julgou procedente a ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Pernambuco e declarou a inconstitucionalidade formal de dispositivos da Constituição do referido Estado (incisos I, VI, XII e XVII, do § 2º, do art. 98, e do inciso IV e parágrafo único, do art. 99), que conferiam aos servidores públicos direitos como, por exemplo, estabilidade financeira e conversão de férias e licenças em dinheiro. ADin 199-PE, rel. Min. Maurício Corrêa, 22.04.98”.

18. Corroborar com o entendimento da Suprema Corte a doutrina pátria, como nos ensina José Celso de Melo Filho:

“O artigo em questão (art. 61 CF/88) define as matérias submetidas ao poder de iniciativa reservada ou exclusiva. A norma restritiva do poder de iniciativa das leis, consubstanciada neste artigo, é extensível, em caráter obrigatório, e dentro dos mesmos limites, aos Estados-Membros e Municípios, ex vi do art. 13, III, da Carta Federal. As unidades federadas não poderão ampliar nem restringir a relação das matérias submetidas à iniciativa reservada ou exclusiva do Chefe do Executivo. O modelo Federal é de observância obrigatória. Se omitido nos textos locais, atua o mecanismo de incorporação imediata, automática e obrigatória previsto no art. 200 da Carta Federal. Não se pode ignorar que ‘...a obediência aos modelos federais tem sido um

standart da constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.” (Revista de Direito Administrativo. Ano I, n.º 2, 2000, p. 26)

19. Está posto o motivo do vício de inconstitucionalidade em caso de usurpação da iniciativa reservada ao Chefe do Executivo pelo parlamentar. Este vício é insanável e a doutrina é concorde com a jurisprudência de que mesmo a sanção do Presidente da República, sinal de sua concordância com a matéria, não repara o dano inicial.

20. A respeito disso, assim nos ensina o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“...a usurpação de iniciativa conduz à irremediável nulidade da lei, insanável mesmo pela sanção ou promulgação de quem poderia oferecer o projeto.” (Direito Municipal, p. 502)

21. O entendimento do Professor Pinto Ferreira em corroborar a assertiva acima:

“Quando a Constituição fala em competência privativa, não pode a sanção suprir o vício de origem, que é a falta de iniciativa do seu titular. Nesse sentido a jurisprudência do TJSP (RDA, 72:226), bem como o ponto de vista de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. A falta de iniciativa, quando se trata de competência reservada, não pode ser convalidada pela sanção, do mesmo modo que o projeto de lei votado sem quórum. O vício de origem opera *ex nunc*, não podendo o ato de sanção convalidá-lo”

22. Destarte, mesmo diante da sanção presidencial, ainda assim a Lei Federal n.º 11.301/2006 padece do vício de iniciativa, eis que foi proposta por quem não possuía a titularidade da iniciativa, portanto, formalmente inconstitucional.

23. Além das considerações acima tecidas acerca da inconstitucionalidade formal e material da Lei Federal n.º 11.301/2006, não seria demais abordarmos ainda a inobservância do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial previsto no *caput* do art. 40 da Constituição Federa.

24. Ao reduzir em 05 (cinco) anos a idade e tempo de contribuição dos profissionais do magistério que exerce atividades fora da sala de aula, a Lei Federal n.º 11.301/2006 acabou por ferir o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, eis que implementou requisitos não observados na avaliação atuarial em vigor.

25. **ISTO POSTO,** o parecer é pela inconstitucionalidade material e formal da Lei Federal n.º 11.301/2006, ante a inobservância do § 5º do artigo 40 e alínea "c" do inciso II do § 1º do art. 61 da Carta Política, respectivamente.

26. **É parecer. S.M.J.**

Cuiabá/MT, 08 de agosto de 2006.

CARLOS RAIMUNDO ESTEVES
OAB/MT 7255