



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER Nº 14.585

PROFESSOR E ESPECIALISTA EM EDUCAÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES EDUCATIVAS, INCLUÍDAS, ALÉM DO EXERCÍCIO DA DOCÊNCIA, ATIVIDADES DE DIREÇÃO DE UNIDADE ESCOLAR E DE COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. PREVISÃO CONTIDA NA LEI FEDERAL Nº 9.394/96, POR FORÇA DA LEI FEDERAL Nº 11.301, DE 10.05.2006. INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO § 4º e DO § 5º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONFORME INTERPRETAÇÃO DO STF - SÚMULA Nº 726.

O Secretário da Administração e dos Recursos Humanos, por sugestão da Assessoria Jurídica da Pasta, envia a esta Procuradoria-Geral do Estado expediente administrativo que trata da possibilidade de aposentadoria especial, fundada no § 5º do artigo 40 da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 20/98, de professores e especialistas em educação no exercício de funções de magistério conforme definição dada pela Lei Federal nº 11.301, de 10 de maio de 2006.

A Assessoria Jurídica entendeu necessário ouvir este Órgão Consultivo em razão, não só da jurisprudência administrativa, consubstanciada em todos os Pareceres PGE que tratam do assunto, como da orientação inequívoca do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Contas do Estado, segundo as quais só pode beneficiar-se da aposentadoria especial o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Assim sendo, a consulta busca orientação acerca de eventual alteração dos aludidos posicionamentos, em face da edição de norma ensejadora da extensão do benefício previdenciário antecipado contido no § 5º do artigo 40 da CF.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Encontram-se no expediente cópia da Lei Federal nº 11.301/06, da Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – lei de diretrizes e bases da educação nacional -, das Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, de inúmeros Pareceres PGE, do Parecer Coletivo 1/94 do TCE, de acórdãos do TJRS, e de acórdãos do STF proferidos ao julgar recursos extraordinários e ações diretas de inconstitucionalidade que trataram da matéria que deve ser examinada.

Foi deferido pela Procuradora-Geral do Estado o pedido de urgência solicitado pela Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos – SARH.

Relatei.

De início, mostra-se importante referir que, mediante o Parecer nº 9.550/93, de autoria da Procuradora do Estado ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS e aprovado pelo Governador do Estado, passou a vigorar, para a Administração Estadual, orientação consentânea com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, desde 1986, aos dispositivos constitucionais que regeram a matéria até a EC nº 20/98. Esses dispositivos, quais sejam, o inciso XX do artigo 165 da Emenda Constitucional nº 1/69, com a redação dada pela Emenda nº 18, de 30 de junho de 1981 e o estabelecido na letra 'b' do inciso III do artigo 40 da Constituição de 1988, de igual conteúdo, previam a aposentadoria *aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais.*

Assim, aquele Parecer deixava claro que a regra constitucional **destinava-se unicamente ao servidor provido em cargo de professor, que exercesse, efetivamente, atividade docente, dando aulas.** E, fundamentando a orientação preconizada, foram referidos os acórdãos proferidos pelo STF ao julgar a ADIn nº 122-1-SC (cópia do acórdão a fls. 250/290), e a ADIn nº 152-3-MG (cópia do acórdão a fls. 291/314), nos seguintes termos:

7. São de 18 de março de 1992 as duas últimas decisões do STF sobre o assunto, tendo sido proferidas no julgamento das ADINs nº 122-1-SC e nº 152-3-MG. Em ambas as ações foram concedidas medidas cautelares suspendendo a vigência das regras constitucionais impugnadas.

8. Na ADIN nº 122-1-SC, tratou-se de decidir sobre a constitucionalidade, ou não, do parágrafo 4º do artigo 30 da Constituição Estadual de Santa Catarina, que, para efeito de aposentadoria especial do professor, considerava como de "efetivo exercício em funções de magistério a atividade dos especialistas em assuntos educacionais". É de seu Relator, o eminente Ministro PAULO BROSSARD, o seguinte voto, que transcrevo na íntegra, por sua clareza e precisão:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

"Como se depreende do Relatório, a matéria não é nova; já foi enfrentada por esta Egrégia Corte na Representação nº 1.265-4, relatada pelo meu eminente antecessor Ministro DJACI FALCÃO, quando declarada, em face da Emenda nº 18, de 1981, a inconstitucionalidade da Emenda nº 20 à Constituição do Estado do Amazonas. Eis o teor da sua ementa:

"Representação em que se argüi a inconstitucionalidade da Emenda nº 20 à Constituição do Estado do Amazonas, promulgada a 6-12-84 e publicada a 11-12-84, que alterou o art. 64 do referido diploma, estendendo a aposentadoria especial dos professores a outras atividades do âmbito do ensino "administrativas, técnico-pedagógicas e outras específicas".

Ocorre, na espécie, inconstitucionalidade de natureza formal (art. 57, inc. V e 103 da Constituição da República), bem assim de caráter material (art. 165, inc. XX, da Lei Maior).

O poder de auto organização do Estado-membro não é ilimitado, impondo-se a observância, dentre outros, dos princípios a que se referem os incs. III e V, do art. 13, da Lei Fundamental."

2. Agora a questão, com as suas peculiaridades, renova-se em face da Constituição de 1988: argüi-se a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 30, da Constituição de Santa Catarina que estendeu a aposentadoria voluntária especial, prevista no seu artigo 40, inciso III, alínea "b", aos "Especialistas em Assuntos Educacionais".

3. Evidente que o cargo e, muito menos, a função de "Especialista em Assunto Educacional" não se confunde com a de professor, tanto é que a impugnada norma da Constituição do Estado procurou equipará-los para fins de aposentadoria.

O vocábulo magistério, como observa o parecer do Ministério Público, tem sentido específico que não alcança a amplitude que lhe emprestou o constituinte catarinense: designa tão-somente o cargo de professor. E este é, apenas, aquele que ministra aulas.

4. Ademais, a questão se os "especialistas em assunto educacional" integram ou exercem funções próprias do magistério, é matéria que refoge ao âmbito da discussão. Pois a Constituição Federal é clara ao dispor:

"Art. 40. O servidor será aposentado:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

.....
III - voluntariamente:

.....
b) aos trinta anos de efetivo exercício em função do magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais.

.....".

Vê-se, pois, que o dispositivo constitucional concede aposentadoria especial não aos ocupantes de cargos e funções do magistério, mas especificamente aos titulares de cargos e funções de professor, "se professor", diz a Constituição. O direito consagrado pela norma é mais restritivo do que supõe o legislativo catarinense em suas informações.

5. Se, esta Egrégia Corte, na vigência da Carta de 69 entendeu inconstitucional a norma da Constituição Estadual, que estendia a aposentadoria voluntária especial dos professores a outros cargos e atividades no âmbito do ensino, diferente não será a solução da questão, que ora se repete, em face da Constituição de 1988.

6. Esse entendimento é confortado pelo enunciado no inciso III do art. 202, que assegura a aposentadoria pela previdência social, "após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício da função do magistério". Efetivo exercício da função de magistério.

Segundo velha regra de hermenêutica, a Constituição deve ser interpretada como um todo e de maneira harmônica. Ora, os dois preceitos se harmonizam e se completam perfeitamente, ficando patente, em ambas as hipóteses, que o benefício se aplica àqueles que, não apenas são professores, mas que exerceram efetivamente o magistério, nos períodos indicados.

7. Trata-se de preceito excepcional em matéria de aposentação com proventos integrais e como tal deve ser interpretado estritamente, e não deve ser entendido ampliativamente.

8. Os princípios gerais estabelecidos para a administração pública (art. 37, CF) e os específicos aos servidores públicos civis (art. 39 a 41, CF) são de observância e aplicabilidade obrigatória aos Estados, os quais, por isso, sobre eles não podem dispor de forma diferente.

9. Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 30 da Constituição daquele Estado."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

9. Em outras palavras, como foi afirmado no mesmo julgamento, pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, "*o benefício inscrito no art. 40, III, "b", da Constituição -- aposentadoria aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais -- é para o professor no efetivo exercício do magistério, vale dizer, o professor localizado na sala de aula, atividade realmente desgastante. Somos professor universitário, com tempo parcial. Não chego a afirmar que essa atividade, a de professor universitário, com tempo parcial, seja desgastante. Todavia, o magistério de primeiro e segundo grau é cansativo, e desgastante: o professor deve preparar as suas aulas, tem turmas muito grandes, tem que cuidar da disciplina em sala, os estudantes são adolescentes, deve corrigir centenas de provas, enfim, o trabalho é intenso. Subjacente à norma, encontra-se a circunstância fática que lhe serve de embasamento, que é a sua razão. O embasamento do benefício inscrito no art. 40, III, "b", da Constituição, é o que acima afirmamos. Sendo assim, não seria razoável estender o benefício excepcional ao professor que não está no efetivo exercício do magistério, que não está dando aulas, que não está na sala de aula.*"

Por maioria de votos, vencido apenas o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, o Tribunal julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do mencionado parágrafo 4º do artigo 30 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

10. Quanto à ADIN nº 152-3-MG, sobre a qual, inclusive, e formulada a consulta contida no presente processo, o Tribunal julgou, por maioria de votos, também vencido apenas o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 286 da Constituição Estadual de Minas Gerais. Esse artigo, como se viu, possui a seguinte redação:

"Art. 286 - Considera-se como de Professor, para os fins de aposentadoria e disponibilidade e de todos os direitos e vantagens da carreira, o tempo de serviço de ocupante de cargo ou função do Quadro do Magistério, ou de Regente de Ensino, inclusive o de exercício de cargo de provimento em comissão prestado em unidade escolar, em unidade regional, no órgão central da educação ou em conselho de educação."

11. Sobre ele, assim se manifestou o Tribunal, pelo voto do eminente Ministro ILMAR GALVÃO (Relator):

"No que tange a aposentadoria especial -- aspecto focado na inicial --, não se limitou o art. 286 a reproduzir o art. 40, III, "b", da CF/88, que a circunscreve ao professor, "no efetivo exercício em funções de magistério", já que a estendeu a todos os cargos e funções do "Quadro do Magistério" e "Regente de Ensino", resultando contempladas, pelo benefício, classes de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

servidores que, conquanto integrantes da carreira do magistério, estão ligados exclusivamente a atividades de caráter administrativo, como as de Inspetor Escolar e Administrador Educacional, conforme descrito no art. 13, da Lei nº 7.109/77-MG (fls. 70).

Uma leitura atenta do dispositivo sob enfoque, da Constituição Federal, revela, sem maior esforço interpretativo, haverem sido por ele contemplados somente os integrantes do corpo docente da rede de ensino, os encarregados de ministrar aula e de transmitir ensinamentos aos alunos, entre os quais não se compreendem os servidores encarregados de planejamento, de assessoramento, de controle e avaliação, ainda que, entre os requisitos a serem por eles atendidos, se contém títulos alusivos à formação pedagógica. (...) É de convir-se, entretanto, que uma coisa é considerar-se como função de magistério certas atividades ligadas ao ensino, que a lei exige seja exercida pelo professor; outra coisa, porém, é ter-se por atividade de professor a que é exercida por outros integrantes da carreira do Magistério, estranhos à sala de aula.

Recorde-se, a título de exemplo, que a Lei nº 5.540/68, em seu artigo 32, assimila à atividade de magistério a função de direção de faculdade ou de universidade, que é própria de professor de ensino superior, não se podendo, em tal circunstância, negar a qualidade de efetivo exercício em função de magistério ao tempo de serviço prestado pelo professor, nessa condição. Idêntico tratamento é dispensado ao tempo de serviço prestado pelo professor, no exercício de função de direção de escola de ensino fundamental, ou outras assemelhadas, para os efeitos de direito.

O que não é possível é admitir-se - como se viu - que a aposentadoria especial em tela seja estendida, indistintamente, a todos os integrantes do Quadro do Magistério, como admitido na literalidade do texto do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, sob apreciação.

Tratando-se de texto insuscetível de ser contido nos limites permitidos pela Constituição Federal, por meio de supressão de termos ou expressões, é de ser considerado, por inteiro, como nulo e sem nenhum efeito, com o que nenhum prejuízo decorrerá para a classe de professores, abrigada que se encontra, de forma direta, pelo art. 40, III, "b", da CF/88.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de julgar procedente a ação, para o fim de declarar inconstitucional o art. 286 da atual Constituição do Estado de Minas Gerais."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

12. Neste ponto, cumpre abordar a questão referente aos diretores e vice-diretores de escolas.

Tratou-se da matéria, nesse julgamento, porque o artigo 286, como visto, estabelecia que "considera-se como de Professor, para fins de aposentadoria (...) o tempo de serviço (...) inclusive o de exercício de cargo de provimento em comissão". Sendo aqueles diretores exercentes de cargos de provimento em comissão, estariam obrigatoriamente abrangidos pela norma constitucional em julgamento. Em seu parecer, nos autos da referida ADIN, o eminente Procurador-Geral da República, Doutor ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, assim se pronunciou sobre o assunto:

"A Constituição Federal permitiu aposentadoria especial para os professores, com tempo de serviço inferior ao exigido para os demais funcionários, desde que se encontrassem no efetivo exercício do magistério.

E, como visto, o vocábulo magistério não tem o sentido que lhe tentou emprestar a Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, em sua informação de fls. 55/66, mas designa, tão-somente, o cargo de professor. E este é, apenas, aquele que ministra aulas.

Portanto, não se pode considerar, **como de professor**, os cargos de Orientador Educacional, Supervisor Pedagógico, Inspetor Escolar e Administrador Educacional, de provimento efetivo, assim como os cargos com lotação no Conselho de Educação, o de Regente de Ensino e o de **Diretor de Escola**, de provimento em comissão, que compõem o Quadro do Magistério, previsto na Lei Estadual nº 7.109, de 13 de outubro de 1977, que "contém o Estatuto do Pessoal do Magistério Público do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências".

O cargo em comissão de Diretor de Escola nem sempre é ocupado por professores em atividade, sendo facultado o seu exercício por aposentados e por especialistas de educação (Orientador Educacional, Supervisor Pedagógico, Inspetor Escolar e Administrador Educacional), conforme dispõe o artigo 153, combinado com os artigos 155 e 21 da citada Lei Estadual nº 7.109, de 1977. Consoante foi ressaltado, a Constituição Federal concede aposentadoria especial apenas ao professor ou professora no efetivo exercício do magistério, ou seja, ao ocupante do cargo de provimento efetivo de professor, e **que esteja ministrando aulas.**" (Grifei).

Ao decidir sobre a matéria, contudo, o STF, pelo voto de eminente Relator Ministro ILMAR GALVÃO, entendeu que:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

"É de convir-se, entretanto, que uma coisa é considerar-se como função de magistério certas atividades ligadas ao ensino, que a lei exige seja exercida pelo professor; outra coisa, porém, é ter-se por atividade de professor a que é exercida por outros integrantes da carreira do magistério, estranhos à sala de aula.

Recorde-se, a título de exemplo, que a Lei nº 5.540/68, em seu artigo 32, assimila à atividade de magistério a função de direção de faculdade ou de universidade, que é própria de professor de ensino superior, não se podendo, em tal circunstância, negar a qualidade de efetivo exercício em função de magistério ao tempo de serviço prestado pelo professor, nessa condição. Idêntico tratamento é de ser dispensado ao tempo de serviço prestado pelo professor, no exercício de função de direção de escola de ensino fundamental, ou outras assemelhadas, para os efeitos de direito.

O que não é possível é admitir-se - como se viu - que a aposentadoria especial em tela seja estendida, indistintamente, a todos os integrantes do Quadro do Magistério, como admitido na literalidade do texto do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, sob apreciação."

Nesse ponto, ousou divergir desse entendimento, porque penso que o mandamento constitucional do artigo 40, III, b, se sobrepõe a quaisquer regras da legislação ordinária, como a citada Lei nº 5.540/68, que, no caso, além de anterior à própria Constituição, com ela é incompatível. Além disso, sem vislumbrar exceções, creio que a Constituição Federal, ao assegurar aposentadoria especial aos professores, dirige-se, exclusivamente, como afirmou o eminente Ministro JOSÉ NERI DA SILVEIRA, em seu voto no julgamento da ADIN nº 122-1-SC, ao professor, vale dizer, àquele que tem atividade docente em classe, atividade direta e ordinária com os alunos. Aliás, foi muito bem observado pela Procuradoria-Geral da República, em seu parecer nos autos da ADIN nº 152-3-MG, que "o cargo em comissão de Diretor de Escola nem sempre é ocupado por professores em atividade, sendo facultado o seu exercício por aposentados e por especialistas de educação (Orientador Educacional, Supervisor Pedagógico, Inspetor Escolar e Administrador Educacional), conforme dispõe o artigo 153, combinado com os artigos 155 e 21 da citada Lei estadual nº 7.109, de 1977. Consoante foi ressaltado, **a Constituição Federal concede aposentadoria especial apenas ao professor ou professora no efetivo exercício do magistério, ou seja, ao ocupante do cargo de provimento efetivo de professor, e que esteja ministrando aulas**".[Grifei]

No Estado do Rio Grande do Sul, ocorre o mesmo, isto é, a função de diretor e de vice-diretor de escolas não necessita ser exercida,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

obrigatoriamente, por professor. Segundo estabelece o artigo 3º da Lei nº 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, poderá concorrer a essas funções todo o membro do magistério público estadual que possua curso de Pedagogia com habilitação em Administração Escolar ou habilitação superior na área de educação, tendo, no mínimo, 3 (três) anos de efetivo exercício no Magistério Público Estadual.

Diante disso, não vejo porque uma interpretação menos abrangente das normas constitucionais sobre a aposentadoria especial do professor possa trazer dificuldades consideráveis para o recrutamento de diretores e vice-diretores, já que esses, necessariamente, não precisam ser professores. De outra parte, questões de mera conveniência administrativa não podem, a meu ver, ser consideradas na interpretação das normas constitucionais, que se dirigem para o presente e o futuro. O intuito do hermeneuta, ao buscar o sentido de tais regras, será sempre o de desvendar o seu real alcance, sem se deixar influenciar pela conveniência ou oportunidade momentâneas de tal ou qual medida. Essa preocupação cabe ao legislador, tão-somente.

O STF reiterou diversas vezes seu posicionamento inicial, por meio, entre outras, de decisões proferidas no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 131.736 (DJU de 12/10/1993) e nº 171.694 (DJU de 19/04/1996).

Essa interpretação restrita continuou sendo dada pela Suprema Corte à norma constitucional – Recurso Extraordinário nº 276.040 AgR (DJU de 19/10/2001) e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.253 MC (DJU de 26/10/2001 – mesmo com a redação dada pela EC nº 20/98, que deixou de contemplar os professores do ensino superior, *in litteris*:

Art. 40. (...)

§ 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.

Em 2003, o STF culminou por sumular a matéria de modo categórico:

Súmula 726 – PARA EFEITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORES, NÃO SE COMPUTA O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO FORA DA SALA DE AULA.

Já com a matéria sumulada, foi realizado o julgamento definitivo da ADIn nº 2.253-ES (DJU de 07/05/04), Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, cuja ementa de acórdão reza:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

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. (Grifei)

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário 199.160-AgR (DJU de 11/03/05), cuja agravante não era professora, mas especialista em educação, servidora do Distrito Federal, a ementa acima citada foi integralmente referida no voto do Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que decidiu, na linha da jurisprudência que prevalece na Corte, para dizer que não tinha razão a agravante e negar provimento ao agravo.

Atentando-se ao fato que o Supremo Tribunal Federal foi ao longo do tempo sedimentando a interpretação, de **caráter eminentemente restritivo**, dada ao dispositivo constitucional sob exame, importante referir o teor do voto do Ministro PERTENCE, proferido ainda no julgamento da ADIn nº 122-1-SC:

Lembro que, a princípio, a minha inclinação fora a de acompanhar a interpretação mais liberal, como a que predominou, por exemplo, no Recurso Extraordinário 114.352, de 15 de agosto de 1989, Relator o eminente Ministro *Sydney Sanches*, quando se considerou de efetivo exercício de magistério o tempo passado na administração de convênios de alimentação escolar.

Creio, porém, que é preciso ir um pouco mais fundo e indagar qual a inspiração da norma, que é, evidentemente uma norma de privilégio. Teria tido ela em conta o estímulo ao valor social de qualquer atividade dedicada à educação, o que seria legítimo? Ou teria ela visado a contemplar a natureza penosa de um trabalho específico, que é o trabalho de magistério, de ministrar aulas e corrigir provas?



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Convenci-me, Senhor Presidente, de que, fosse a inspiração da norma a da primeira hipótese que avengei, vale dizer, o estímulo à valorização social de qualquer atividade dedicada à educação, não teria sentido que o texto constitucional houvesse condicionado o benefício a ser o servidor um professor, porque as atividades dedicadas à educação – e todas elas, como tal, altamente valiosas – compreendem uma multiplicidade de funções, de cargos, alguns inteiramente distanciados do professorado, a partir das atividades mais humildes, e nem por isso menos valiosas, na construção e no fundamento cotidiano do equipamento educacional do País. Mas o certo é que a Constituição condicionou a que se tratasse de professor, e que deixaria sem sentido que, exigindo-o, porque a norma o exige claramente, no entanto, ao indagar que funções teria ele que desempenhar ou que tempo efetivo contar, para gozar do benefício, se desse ao efetivo exercício do magistério uma interpretação que nenhuma pertinência lógica tem com a circunstância de se tratar de um professor.

E nesse exame, não se pode deixar de enfatizar o já mencionado o voto do Ministro NÉRI DA SILVEIRA no julgamento da mesma ADIN nº 122-1-SC, dando pela inconstitucionalidade da lei catarinense:

Sempre entendi que os dispositivos constitucionais, que asseguram a aposentadoria com o tempo reduzido, no âmbito do magistério, destinam-se, exclusivamente, ao professor, vale dizer, àquele que tem atividade docente em classe, atividade direta e ordinária com os alunos, não se podem beneficiar dessas normas especiais outros servidores, embora dedicados a assuntos técnico-pedagógicos, sem natureza docente.

Neste contexto, sedimentada pelo STF, legítimo intérprete da Carta Magna, a interpretação restritiva dada à norma constitucional que prevê aposentadoria especial ao professor que comprove o efetivo exercício das funções de magistério, surge a Lei Federal nº 11.301/06, definindo essas funções por meio do § 2º, que foi acrescentado ao artigo 67 da Lei Federal nº 9.394/96, cujo parágrafo único passou a ser o § 1º, *in verbis*:

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

- I - ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- II - aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim;
- III - piso salarial profissional;
- IV - progressão funcional baseada na titulação ou habilitação, e na avaliação do desempenho;
- V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;
- VI - condições adequadas de trabalho.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

§ 1º A experiência docente é pré-requisito para o exercício profissional de quaisquer outras funções de magistério, nos termos das normas de cada sistema de ensino. (Renumerado pela Lei nº 11.301, de 2006)

§ 2º 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. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 2006)

Saliente-se, a definição das funções de magistério foi estabelecida para efeitos específicos, quais sejam, os do § 5º do artigo 40 da Constituição Federal. Isto, portanto, não quer dizer que todas essas funções, que passaram a ser definidas como de magistério pelo texto legal, sejam, intrinsecamente, funções de magistério, nos termos estabelecidos nos julgados e na Súmula 726 da Corte Suprema. Conseqüentemente, essa definição, por ter sido estabelecida unicamente para os efeitos da aposentadoria especial do professor, **é, salvo no que diz respeito ao professor em exercício de docência, inconstitucional.**

Também importante enfatizar que o direito consagrado pela norma constitucional do § 5º do artigo 40 da Constituição Federal é bastante restritivo, se destina unicamente aos professores, jamais podendo beneficiar os especialistas em educação ou ocupantes outros de cargos e funções de magistério que não os de professor.

Em outras palavras, o dispositivo constitucional auferidor da aposentadoria especial destina-se apenas ao **professor** que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério, e, como deixa preciso a Súmula 726, **o tempo a ser computado na aposentadoria especial de professor há de ser aquele exercido dentro da sala de aula.** Sem dúvida, evidencia-se a inconstitucionalidade do acréscimo legal sob exame ao estender aos especialistas em educação benesse dirigida a um grupo restrito de servidores, os professores que exercem função de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

À evidência, mostra-se inconstitucional lei – ainda que de cunho nacional e, teoricamente, aplicável aos servidores estaduais –, que pretenda equiparar, para fins de aposentadoria especial, especialistas em educação com professores ou docentes, porque se tratam de funções que não se confundem.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Nesse sentido, o voto do Ministro PAULO BROSSARD, no julgamento da ADIn nº 122-1-SC, ao citar o parecer do Ministério Público, para dizer que o vocábulo magistério tem sentido específico, designando tão-somente o cargo de professor, e que este é, apenas, aquele que ministra aulas, e, como já visto, afirmava então o Ministro que o dispositivo constitucional que trata da aposentadoria especial é claro ao se referir apenas ao professor e à professora.

A interpretação da Constituição, atribuição maior do STF, há de ser feita e, no caso, foi feita tendo por referência a função de magistério tal como ela é entendida em seu sentido real e verdadeiro. Não se pode, pois, deixar de concluir, o que se faz forte na regra jurisprudencial a ser seguida, isto é, na Súmula 726, que os especialistas em educação não são os destinatários da norma de aposentação precoce contida no § 5º do artigo 40 da Constituição Federal. Da mesma forma, não são destinatários da referida norma os professores em exercício de direção de unidade escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico.

Se hoje se examinar a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei Federal nº 9.394/96 -, a mesma à qual foi acrescentado o § 2º no artigo 67, ver-se-á que ela faz a correta e real diferenciação entre o docente – o professor – e os profissionais de educação - especialistas. Lá se encontra não só a identificação das atividades de docente (detalhadas no artigo 13), como pode-se constatar que não se confundem a formação do docente (artigos 62, 65 e 66) e a formação exigida para os profissionais de educação para administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional (artigo 64).

Por outro lado, a indigitada norma legal, ao estender a possibilidade de aposentadoria especial de professor em efetivo exercício de magistério a outros profissionais – os especialistas em educação – e mesmo aos professores que exerçam funções de direção ou outras fora de sala de aula, fere, também, o disposto no § 4º do artigo 40 e no § 1º do artigo 201, ambos da CF com a redação dada pela EC nº 47/05, que vedam a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos abrangidos por regime previdenciário próprio e aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais de risco ou que prejudiquem a saúde ou a integridade física, ou, ainda, quando os beneficiários forem portadores de deficiência, mas sempre nos termos definidos em leis complementares.

A norma examinada não só amplia a abrangência de um conceito estabelecido pela própria Constituição, qual seja, professor em efetivo exercício de magistério, estendendo-o a outras categorias de profissionais e a outras situações, como adota, para a aposentadoria especial, requisitos e critérios diferentes dos estabelecidos pela Carta Magna, o que expressamente vedado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

E mais, a inserção da regra do § 2º do artigo 67 da Lei Federal nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – contraria o determinado pela Lei Complementar Federal nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, cuja letra ‘a’ do inciso III do artigo 11 determina que, para obtenção de ordem lógica, a redação das disposições normativas deverão reunir sob as categorias de agregação apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei. Daí, estar em confronto com a Lei, a inserção de regra de cunho eminentemente previdenciário num Diploma que estabelece as diretrizes e bases da educação.

À evidência que a norma contida no § 2º do artigo 67 da Lei Federal nº 9.394/96, acrescentado pela Lei Federal nº 11.301/06, desafia as diretrizes jurídicas positivadas na Constituição Federal, mediante o § 4º e o § 5º do artigo 40 e o § 1º do artigo 201. A nova regra amplia direitos conferidos em caráter específico e restritivo e estende, à categoria não contemplada pela regra constitucional, direito concedido exclusivamente aos que se incluem numa especificada situação funcional, ou seja, aos professores em exercício na sala de aula.

Diante da fundamentação acima exposta, fixada a inconstitucionalidade da norma, já que, salvo uma situação – professor em exercício de docência – contraria a regra constitucional, resta à Administração a faculdade de lhe negar cumprimento (Rp. nº 980-SP, DJU 19.09.80, e ADIMC 221, DJU 22.10.93, Rel. Min. MOREIRA ALVES), determinando a não aplicação do § 2º do artigo 67 da Lei Federal nº 9.394/96, e, assim fazendo, o dever de ajuizar a competente ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para sustar-lhe a eficácia (artigo 102, I, ‘a’, c/c artigo 103, V, da CF).

No caso em exame, a critério do poder discricionário do Governador, como já dito, sustenta-se a recusa ao cumprimento do § 2º do artigo 67 da Lei Federal nº 9.394/96, acrescentado pela Lei Federal nº 11.301/06, porque a aplicação imediata dessa norma certamente gerará danos irreparáveis ao Estado. Não só danos financeiros – a situação de penúria financeira do Estado é de conhecimento público – com o pagamento pela Previdência Estadual de proventos de aposentadorias indevidas, como danos de ordem administrativa, com a imediata aposentadoria de inúmeros servidores qualificados como especialistas em educação ou mesmo de professores, computando para aposentadoria especial tempo de exercício fora da sala de aula, o que gerará a necessidade imediata de renovação dos integrantes do Quadro do Magistério, providência que mais onerará os cofres públicos e que, certamente, mostrar-se-á extravagante com a posterior declaração de inconstitucionalidade da norma em questão.

Também há de se considerar que a legislação estatutária estadual prevê a licença especial para aguardar aposentadoria a ser gozada pelo servidor se, após trinta (30) dias do pedido de aposentadoria, a Administração não



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

o houver respondido, positiva ou negativamente. Isso faz com que a demora na decisão, por si só, acarrete danos efetivamente irreparáveis ao Estado.

No que tange ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, desnecessário fazê-lo, já que no último dia 10 do corrente mês de agosto, o Procurador-Geral da República, a pedido da Prefeitura Municipal de São José do Rio Preto, ingressou com a ação junto ao Supremo Tribunal Federal – ADI-3772-DF – pedindo concessão de medida liminar para suspensão da eficácia da norma até o julgamento final da ação (anexei cópia da petição inicial).

Este o parecer.

Porto Alegre, 14 de agosto de 2006.

**ELIANA SOLEDADE GRAEFF MARTINS,
PROCURADORA DO ESTADO.**

Processo nº 001476-24.00/06.4 – SARH



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo n.º 001476-24.00/06-4

Acolho as conclusões do PARECER n.º 14.585, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ELIANA SOLEDADE GRAEFF MARTINS.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 03 de outubro de 2006.

**Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO GOVERNADOR

Expediente nº1476-24.00/06-4

Aprovo, para os fins disposto no artigo 82, inciso XV da Constituição Estadual, o Parecer nº 14.585 da Procuradoria-Geral do Estado.

À Procuradoria-Geral do Estado para anotações de praxe.
Em 23 de janeiro de 2007.

YEDA RORATO CRUSIUS,
Governadora do Estado.