

PARECER Nº 005/2007

REQUERENTE: DIRETOR PREVIDENCIÁRIO

PROCESSO Nº 001.034403.06.0

ASSUNTO: Aplicabilidade da Lei 11.301/2006, que acrescenta o parágrafo 2º ao artigo 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

EMENTA: Lei Federal 11.301/2006. Definição das Funções de Magistério. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3772. Súmula 726 do STF. Flagrante inconstitucionalidade formal e material de Lei de iniciativa da Câmara Federal que pretenda alterar os critérios de aposentadoria estabelecidos pela Constituição Federal. Administrador Público. Não aplicação de Lei manifestamente inconstitucional. Possibilidade. Princípio da Eficiência. Princípio do Concurso Público. Impossibilidade de se conceder aposentadoria em cargo diverso do que detém a Requerente.

Trata-se de processo administrativo que tem como Requerente a servidora Rosaura Mondim Py e que foi encaminhado para análise da ASSEJUR por solicitação do Diretor Previdenciário do Previmpa, o Sr. Adalberto Pio de Almeida.

A consulta é no sentido de que seja feita uma avaliação sobre a aplicação da Lei 11.301/06, a qual modificou o artigo 67 da Lei Federal 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). A Lei de 2006 acrescenta o parágrafo 2º ao artigo 67 com o intuito de definir as funções de magistério para fins de aposentadoria especial prevista nos

artigos 40, parágrafo 5º e 201, parágrafo 8º da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

Com base em tal modificação, que estende o benefício da aposentadoria com tempo reduzido em 05 anos (parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição Federal) para os servidores que exerçam a função de direção de unidade escolar, além das de coordenação e assessoramento pedagógico, a Requerente, Especialista em Educação (qualificação constante na fl. 01 do processo administrativo), postula seja reconhecido o direito de se aposentar, no cargo de professora, com proventos integrais.

É o relatório.

O caso concreto impõe, necessariamente, uma análise da nova legislação em face da Constituição Federal, bem como da possibilidade do Administrador Público deixar de aplicar lei manifestamente inconstitucional. É a abordagem de tais pontos, certamente centrais para a solução da celeuma, que será feita a seguir.

A primeira premissa a ser construída diz respeito à supremacia do texto constitucional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Não é nova a lição de HANS KELSEN no sentido de que a Constituição se caracteriza como a norma que se encontra no vértice superior do ordenamento jurídico de um país, razão pela qual se parte do pressuposto *“de que a simples lei não tenha força para derogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um quorum mais amplo”*¹.

¹ Teoria Pura do Direito, Martins Fontes editores, 6ª ed. p. 249.

A constitucionalidade formal ocorre quando as normas inferiores se curvam, sob o ponto de vista da forma de elaboração, aos ditames constitucionais. Isso significa que toda e qualquer lei infraconstitucional deve obedecer ao processo legislativo previsto expressamente nos dispositivos da Constituição Federal. Essa subordinação deve ser completa, o que engloba o respeito à iniciativa, quorum e oportunidade de veto. Todo esse arcabouço procedimental está previsto na Constituição Federal e é chamado de Processo Legislativo.

Especificamente no que se refere ao caso em tela e, em especial, ao artigo de lei em análise, cumpre ressaltar a existência de evidente ruptura formal em relação ao texto da Constituição Federal. Para a demonstração da inconstitucionalidade formal é importante a reprodução do parágrafo 2º do artigo 67 da Lei Federal nº 9394/1996, com a redação concedida pela Lei Federal nº 11.301, de 10 de maio 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”.

Note-se estar a norma em comento disciplinando, inequivocamente, a aposentadoria do Regime Geral de Previdência, bem como de todos os Regimes Próprios. No entanto, a regulamentação legal de tal matéria somente pode ser feita por intermédio de lei de iniciativa privativa do Chefe do

Poder Executivo, haja vista a disposição expressa contida na alínea “c” do inciso II do parágrafo 1º do artigo 61 da Constituição Federal. O referido dispositivo traz a seguinte redação:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”.

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

(...)

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação da EC nº 18/98)”

(grifo nosso)

No caso vertente, a Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, tem sua origem no Projeto de Lei nº 4671/2004, de iniciativa da Deputada Federal Neyde Aparecida. Como a iniciativa do referido projeto hoje convertido em Lei foi da Câmara dos Deputados e não do Poder Executivo, se constata evidente vício de iniciativa no procedimento que engendrou a norma em exame, haja vista a disposição constitucional expressa contida no dispositivo acima transcrito. Lei que venha a dispor sobre aposentadoria de servidores públicos deve ser proposta, inexoravelmente, pelo Chefe do Poder Executivo, sendo inaceitável e, manifestamente inconstitucional, que tal norma deite raízes em iniciativa parlamentar.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Por aparente ofensa à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para análise de leis que disponham sobre regime jurídico e aposentadoria de servidor público (CF, art. 61, § 1º, II, c), o Tribunal deferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte para suspender a eficácia do § 1º, do art. 29, da Constituição do referido Estado (‘O servidor público aposenta-se com proventos correspondentes à remuneração do cargo da classe imediatamente superior ou, quando ocupante de cargo da última classe da respectiva carreira ou de cargo isolado, com acréscimo de 20%).”

(STF – Pleno – Adin nº 1730/RN – Medida Cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 18/06/1998; Publicado no DJ de 18/09/1998).

E mais: a circunstância de ter sido a lei sancionada pelo Chefe do Poder Executivo não afasta o vício formal, como também já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS - REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - PROCESSO LEGISLATIVO - INSTAURAÇÃO DEPENDENTE DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - DIPLOMA LEGISLATIVO ESTADUAL QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA - SANÇÃO TÁCITA DO PROJETO DE LEI - IRRELEVÂNCIA - INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA Nº 5/STF - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO LEGISLATIVO IMPÕEM-SE À OBSERVÂNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS. - O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes. - A usurpação do poder de instauração do processo

legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais configura transgressão ao texto da Constituição da República e gera, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei assim editada. Precedentes. A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA. - A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula nº 5/STF. Doutrina. Precedentes. SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (CIVIS E MILITARES). - A locução constitucional "regime jurídico dos servidores públicos" corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Precedentes. A QUESTÃO DA EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE "IN ABSTRACTO". - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por ser juridicamente

inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF).

(ADI 2867 / ES - ESPÍRITO SANTO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 03/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

(grifo nosso)

Diante de tais considerações, a norma ora analisada apresenta flagrante inconstitucionalidade formal, o que, por si só, já bastaria para que deixe de ser aplicada pela Administração Pública.

Ocorre que a Lei objeto de análise é, ainda, materialmente inconstitucional.

A inconstitucionalidade material é ainda mais flagrante que a formal. Isso porque a Lei pretende, de forma inaceitável, alterar, substancialmente, os contornos traçados pelo Constituinte no âmbito da aposentadoria dos Professores.

A pretexto de regulamentar o texto constitucional, a Lei 11.301/2006 viola a Constituição da República, o que não pode ser admitido em nenhuma hipótese, haja vista a já mencionada supremacia da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico nacional.

Vide a redação dos artigos constitucionais referidos pela Lei 11.301/2006:

“ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação da EC 41/03)”

(...)

§ 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. (Redação da EC nº 20/98)

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação da EC nº 20/98)

(...)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na

educação infantil e no ensino fundamental e médio.
(Redação da EC nº 20/98)

Eis os dispositivos constitucionais que teriam sido objeto de “regulamentação” por parte da Lei 11.301/2006. Ocorre que a Lei, definitivamente, não regulamentou os citados artigos da Constituição Federal. O que houve, na verdade, foi evidente violação do texto constitucional, tendo em vista a alteração do conteúdo semântico das palavras utilizadas pelo Constituinte quando da elaboração das citadas regras.

Mesmo sendo um truísmo, nunca é demais lembrar que os textos legislativos, e dentre eles a Constituição Federal, são elaborados a partir da conjugação de palavras que têm definições lexicográficas pré-definidas na língua do país, no caso, o português. Dessarte, não se pode admitir que o sentido das palavras constantes dos artigos da Constituição Federal seja distorcido pelo intérprete e, muito menos, pelo legislador infraconstitucional. A modificação do significado das palavras representa, inclusive, uma séria ameaça às garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Não se discute que determinadas palavras admitem mais de um sentido. Isso é uma obviedade inerente a qualquer idioma. No entanto, é inadmissível que, a pretexto de se interpretar ou de regulamentar um diploma legislativo, se atribua uma definição às palavras que não encontre respaldo no léxico oficial do país.

No caso em tela, a distorção se dá em relação à expressão “funções de magistério”. Note-se que magistério é uma palavra da língua portuguesa que tem definição clara e inquestionável. Tal definição pode ser encontrada no dicionário AURÉLIO, 3ª edição, Editora Positivo, nos seguintes termos:

“Magistério. 1. Cargo de professor; 2. Exercício desse cargo; ensino; professorado; 3. A classe dos professores”.

Para que não restem dúvidas acerca do sentido da palavra, cumpre reproduzir, ainda, a definição contida no DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, ed. Objetiva, p. 1811:

Magistério. 1. Cargo ou ofício de professor; Professorado; 2. Exercício desse ofício; ensino, professorado. 3. O corpo dos professores; professorado.

As definições não deixam dúvidas de que magistério se relaciona ao ofício de professor. Atividade de magistério, por sua vez, quer dizer atividade de ensinar, ou seja, de estar dentro de uma sala de aula passando conhecimento a um número determinado de alunos. Outra não pode ser a interpretação do texto constitucional ao referir que terá direito à aposentadoria especial *“o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”*.

Essa a razão pela qual não se pode admitir a constitucionalidade da Lei 11.301/2006, pois a pretexto de regulamentar o texto da Constituição Federal, a regra modifica a definição de palavra usada pelo Constituinte para criar prerrogativa de aposentadoria com tempo reduzido a atividades nitidamente não incluídas pela Carta Magna.

Não se pode aceitar que o legislador infraconstitucional queira definir as funções de magistério como sendo aquelas *“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”. Trata-se de distorção inadmissível e que muda, completamente, o sentido da norma constitucional.

Note-se, ainda, que a interpretação teleológica do texto da Constituição Federal não pode levar a outra conclusão que não a referida acima. É evidente que o Constituinte, ao criar a aposentadoria especial para aqueles que desempenham as funções de magistério, objetivou beneficiar os profissionais que estão diretamente envolvidos com o trabalho em sala de aula. A realidade do desgastante ofício de professor, que envolve o desgaste físico, da voz, além de correção de provas e preparação de aulas, é que foi levada em consideração pelo Constituinte. São essas, sem dúvida, as circunstâncias que justificam a aposentadoria com tempo reduzido.

Com tais afirmações não se pretende, em hipótese alguma, menosprezar a funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. Tais atividades são de singular importância para o desenvolvimento do ensino no país. Quanto a isso não há a menor dúvida. No entanto, essas atividades, por não conterem as peculiaridades inerentes àquelas exercidas pelo professor, em sala de aula, não podem ser consideradas como funções de magistério e, por essa razão, não estão sujeitas ao regime de aposentadoria com tempo reduzido.

Importante enfatizar que a matéria ora analisada não é nova. Discussão semelhante já foi desenvolvida no Supremo Tribunal Federal em inúmeros casos idênticos ao presente. Como se trata da Corte que, em última instância, interpreta e zela pela guarda da Constituição Federal, cumpre uma breve análise de tais precedentes.

Primeiro precedente digno de destaque é o Rext número 171.649-1, oriundo do Estado de Santa Catarina, acórdão que foi relatado pelo Ilustre Ministro CARLOS VELLOSO e publicado no DJ de 19/04/2006, no qual se encontra a seguinte passagem que merece ser destacada do corpo do voto condutor:

“No voto que proferi no julgamento da ADIn 122/SC, acima indicada, acentuei que a aposentadoria especial do professor é, na verdade, para o professor no efetivo exercício de magistério, vale dizer, o professor localizado na sala de aula, atividade realmente desgastante: o professor deve preparar as suas aulas, tem turmas de muitos alunos, tem que cuidar da disciplina em sala, os estudantes são adolescentes, deve corrigir centenas de provas, num trabalho intenso e, repito, desgastante. Atividades outras, posto que ligadas ao magistério, mas administrativas, não justificam a concessão da aposentadoria especial”.

Na mesmíssima linha de raciocínio do Ministro Carlos Velloso, cumpre reproduzir passagem do voto proferido pelo Ministro ILMAR GALVÃO ao julgar o Agravo no Rext n. 276.040-4/SP publicado no DJ de 19/10/2001:

“Não assiste razão à agravante. É que o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos proferidos por seu Plenário e por suas duas Turmas, já se manifestou, várias vezes, pela exigência do efetivo exercício das funções que são próprias do magistério, em sala de aula, para o fim de se contar o tempo necessário para a aposentadoria especial de professor”.

Importante é, ainda, a passagem contida no julgamento da medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2253-9, publicada no DJ do dia 26/10/2001, na qual o Relator, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, em caso idêntico ao presente, foi enfático ao afirmar o que segue:

“Por “funções de magistério” entende-se o desempenho da atividade-fim do ensino, que é a tarefa de ministrar aula, não abrangendo atividade-meio relacionada com a pedagogia. A concessão da aposentadoria especial não pode ser estendida a quem ocupa cargo administrativo, exercendo funções de diretor ou coordenador escolar, ainda que privativas de professor”.

As transcrições acima demonstram, com absoluta clareza, que o Supremo Tribunal Federal tem, reiteradamente, decidido ser materialmente inconstitucional qualquer norma que pretenda ampliar o significado da expressão “funções de magistério” contida na Constituição Federal.

Como corolário de tantas decisões reiteradas no mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu por editar Súmula acerca do tema. Trata-se da Súmula 726, que foi aprovada na sessão plenária de 26/11/2003 e que tem a seguinte redação:

“PARA EFEITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORES, NÃO SE COMPUTA O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO FORA DA SALA DE AULA”.

Do repertório de decisões acima relacionado, que culminou com a edição da Súmula 726, resta patente que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria não é desconhecido. Pelo contrário,

pois é muito clara e objetiva a posição do Pretório Excelso no sentido de rechaçar, por inconstitucional, qualquer norma que pretenda, a pretexto de regulamentar os artigos da Carta Magna referentes à aposentadoria do magistério, alterar o sentido da expressão “funções de magistério”.

A agressão provocada pela Lei 11.301/06 ao texto da Constituição Federal é realmente tão flagrante que foi ajuizada, logo após sua publicação, Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o referido dispositivo normativo. Trata-se da Adin nº 3772, movida pela Procuradoria Geral da República e que, atualmente, está aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, mesmo ainda não tendo sido apreciada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, impende concluir, diante da manifesta inconstitucionalidade apontada e do entendimento já amplamente conhecido do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, a ponto de já existir Súmula editada sobre a matéria, que a Adin 3772 será julgada procedente. Não há como se possa esperar outro resultado que não a declaração de inconstitucionalidade da Lei 11.301/2006. Julgamento em sentido diverso seria frontalmente contrário ao entendimento consolidado do Pretório Excelso, em flagrante desrespeito ao Princípio da Segurança Jurídica.

Assim, do Administrador Público também não se pode esperar outra postura que não a de seguir a orientação pública e consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e, portanto, deixar de aplicar a Lei flagrantemente inconstitucional.

Quanto à possibilidade de deixar a Administração Pública de aplicar lei manifestamente inconstitucional também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISORIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. - POR SER A MEDIDA PROVISORIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO É ADMISSIVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. - EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS. - A MEDIDA PROVISORIA N. 175, POREM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS N.S. 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS DO DIREITO BRASILEIRO. - REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA

PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTA PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISORIAS N.S. 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTAO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARA DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISORIA N. 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISORIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSAO DA AB-ROGANTE. - O QUE ESTA PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM QUE A AB-ROGAÇÃO ESTA EM VIGOR, E O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO E QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICACIA DE SUSPENDER "EX NUNC" A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JA ESTA SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISORIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO "SI ET IN QUANTUM".

(grifo nosso)

Tal posicionamento também encontra respaldo na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende de trecho da ementa do acórdão a seguir transcrito:

“Lei inconstitucional. Poder Executivo. Negativa de Eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato

normativo que lhe pareça inconstitucional". (1ª T, STJ. Unanimidade. Relator Min. Humberto Gomes de Barros, REsp 23121 / GO; DJ 08.11.1993)

Do voto condutor do precedente acima citado se extrai esclarecedora afirmação: *"Quando negou execução ao dispositivo de lei que lhe pareceu inconstitucional, o Estado, através dos atos impugnados pelos impetrantes, mostrou-se zeloso com o primado da Constituição"*.

A assertiva é realmente importante por demonstrar, de forma cabal, que do Administrador Público também se exige cuidado com o texto da Constituição Federal. Em verdade, consoante afirmado por JUAREZ FREITAS, *"o controle social pode, com certo elastério, ser considerado como espécie do controle de constitucionalidade, ainda que rigorosamente inconfundível com o derradeiro controle jurisdicional, comprometido este com a defesa da Constituição até mesmo contra maiorias episódicas"*². A afirmação é importante para deixar claro que o controle de Constitucionalidade derradeiro é, sem dúvida, aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Esse é o guardião último do texto constitucional. No entanto, a sociedade como um todo e, em especial, a Administração Pública, não podem ser coniventes com disposições legislativas flagrantemente inconstitucionais.

Ao deixar de aplicar lei manifestamente inconstitucional o Administrador Público não está usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal para a análise definitiva de constitucionalidade das leis. Tal competência segue sendo do Pretório Excelso, nos exatos termos em que prevista tal atribuição pela própria Constituição Federal. Isso porque o Administrador Público não declara a inconstitucionalidade da lei, mas apenas lhe nega aplicação.

Não bastasse o apoio da jurisprudência dos Tribunais Superiores, também os mais respeitados Doutrinadores do país referendam a

² "O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais", 3ª ed. Malheiros, p. 103.

conduta do Administrador Público no sentido de não aplicar lei inconstitucional. ALEXANDRE DE MORAES é enfático ao afirmar que *“não há como exigir-se do Chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário”*³.

Igualmente, HELY LOPES MEIRELLES diz que *“as leis e atos inconstitucionais podem deixar de ser cumpridos pelas autoridades responsáveis por sua execução (não por agentes subalternos, nem por particulares) que assim os considerem, devendo, em tal caso, ajuizar a ação ou solicitar o seu ajuizamento. Essa conduta administrativa já está reconhecida e validada pelos nossos tribunais”*⁴.

Entendimento idêntico ao aqui proposto foi adotado no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul em relação à mesma Lei ora analisada. Em parecer da lavra da Douta Procuradora do Estado Eliana Soledade Graeff Martins, aprovado em 03/10/2006, foi defendida a não aplicação da Lei 11.301/2006 para os pedidos de aposentadoria de servidores estaduais nela embasados.

Não bastassem todos os argumentos já expostos, cumpre referir que a aplicação da Lei 11.301/2006 ainda seria contrária ao Princípio da Eficiência, que por imposição constitucional deve o Administrador Público respeitar. Assim a posição de ALEXANDRE DE MORAES ao afirmar que *O princípio da eficiência, enquanto norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária a sua plena e total aplicabilidade*⁵.

³ “Direito Constitucional”, 11ª ed, Atlas, p. 580.

⁴ “Direito Administrativo Brasileiro”. Malheiros, 28ª ed. p. 689.

⁵ “Constituição do Brasil Interpretada”, Atlas, p. 827.

Note-se, desta feita, que a Administração Pública deve respeito ao Princípio Constitucional da Eficiência que tem, como principal conteúdo, a busca da qualidade dos serviços públicos, bem como a eficácia de tais serviços.

No caso em tela, a aplicação da Lei 11.301/2006 provocaria, necessariamente, um decréscimo de qualidade na prestação do serviço público de educação. Isso porque inúmeros funcionários seriam aposentados repentinamente, com base em norma inconstitucional que surpreendeu a Administração Pública. A aplicação da norma provocaria aposentadorias prematuras não esperadas pelo Município de Porto Alegre, o que traria prejuízos irreparáveis para os consumidores finais de tais serviços, os alunos. Não há como se exigir que a Administração, em seu planejamento de médio e longo prazo, pudesse prever a edição de lei que contraria, flagrantemente, a Constituição Federal e o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto fundamental diz respeito à preservação dos recursos públicos e à manutenção do equilíbrio financeiro do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre. A mudança de critérios de aposentadoria, da maneira como imposta pela Lei objeto de análise, sem um estudo atuarial prévio, desequilibra, por completo, qualquer regime de previdência. A comunicação repentina de que um significativo número de servidores se aposentará trabalhando cinco anos menos do que se esperava rompe com qualquer planejamento, por mais conservador e criterioso que seja, razão pela qual, também por essa razão, seria uma temeridade aplicar o referido dispositivo legal.

Por fim, a título de argumento definitivo, é importante mencionar que, mesmo se admitindo, apenas para fins de argumentação, que a Lei reunisse critérios de aplicação, não poderia ser aplicada ao caso concreto, em

que a Requerente pede aposentadoria “*no cargo de professora*” (fl. 01 dos autos do procedimento). Isso porque a Sra. Rosaura Mondim Py não é professora. Isto é, não se está diante de uma funcionária que detém o cargo de professora e que, por questões circunstanciais, não está exercendo suas funções em sala de aula. A Requerente é detentora de outro cargo, qual seja, Especialista em Educação (qualificação constante do requerimento de aposentadoria). Não prestou, desta feita, concurso para o cargo de professora, razão pela qual não pode, em hipótese alguma, se aposentar nessa qualidade, sob pena de manifesta violação ao Princípio do Concurso Público.

Ante o exposto, se pode concluir o que segue:

a) À Lei 11.301/2006 se imputa o vício de inconstitucionalidade por meio da Ação Direta nº 3772, que aguarda julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal;

b) Muito embora a referida Ação Direta ainda não tenha sido julgada, a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria já é conhecida e consolidada por meio da Súmula 726 do Pretório Excelso;

c) Sendo conhecida a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria e se apresentado flagrantes os vícios de inconstitucionalidade material e formal da Lei que embasa o pedido de aposentadoria da Requerente, o parecer é no sentido de que a Lei Federal 11.301/2006 não seja aplicada ao caso em tela, ainda mais por estar a requerente postulando se aposentar no cargo de Professor e ser, na verdade, detentora do cargo de Especialista em Educação;

d) Diante da manifesta inconstitucionalidade apontada, entende-se, ainda, que a Administração Pública Municipal deve negar eficácia à Lei Federal 11.301/2006;

e) Quanto ao ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a referida Lei, tem-se que não se mostra necessário exatamente por já existir uma ação em curso com essa finalidade.

É o parecer.

Porto Alegre, 10 de maio de 2007.

Alexandre Salgado Marder

Procurador do Previmpa

OAB/RS 50.767

Processo Administrativo nº 001.034403.06.0

Acolho as conclusões do Parecer nº 05/2007, da lavra do Procurador Alexandre Salgado Marder.

Ao Diretor-Geral, para apreciação.

Simone da Rocha Custódio.

Coordenadora da ASSEJUR-PREVIMPA, em 22.05.2007.

OAB/RS 30.744

Aprovo o Parecer nº 05/2007 para que produza seus efeitos neste Departamento e diante da importância e repercussão da decisão administrativa acerca da questão objeto do presente parecer, submeto-o à apreciação de Vossa Excelência para requerer sua homologação.

Ao Gabinete do Prefeito.

Luiz Fernando Rigotti.

Diretor-Geral do PREVIMPA, em 25.05.2007.

Homologo o Parecer nº 005/2007 do PREVIMPA, em 06.06.2007.

José Fogaça

Prefeito.