



## NOTA TÉCNICA SPS Nº 071/2006

Brasília, ~~09~~ 01 de agosto de 2006.

### **CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.301, DE 10 DE MAIO DE 2006, PARA EFEITOS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PELOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA.**

Diversos questionamentos têm sido formulados pelos entes federados acerca da aplicação da Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, que altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, definição de funções de magistério.

2. Para esclarecimentos das diversas dúvidas suscitadas, preliminarmente, cabe assinalar que, embora a lei sob apreciação altere a Lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, o objetivo do dispositivo inserido é disciplinar regras previdenciárias para concessão de aposentadoria a professores, conforme texto a seguir:

“Art. 67 .....

*§ 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, **além do exercício de docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.**” (grifo nosso)*

3. O artigo 40 da Constituição Federal estabelece regras para os regimes próprios de previdência social dos servidores titulares de cargo efetivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios. Ao instituir definição de funções de magistério, o dispositivo estende regra especial de concessão de aposentadoria prevista no texto constitucional.

4. No § 5º do art. 40, transcrito a seguir, está prevista a redução de cinco anos nos requisitos de tempo de contribuição e na idade mínima para concessão de benefício aos servidores professores:

“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 em funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio” (grifo nosso)*

5. No que concerne aos regimes próprios, o questionamento principal que se tem apresentado é no sentido da existência de vício insanável de iniciativa da Lei nº 11.301, de 2006, por invadir reserva constitucional do Poder Executivo no que se refere à elaboração das leis, o que determinaria sua inconstitucionalidade formal.

6. A observação é procedente pois a lei em exame disciplina matéria que o próprio Texto Constitucional - art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c” - estabeleceu ser prerrogativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo: a elaboração de leis que disponham sobre servidores públicos, regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Por disciplinar matéria prevista no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, que trata de regra de concessão de aposentadoria a servidores, a Lei nº 11.301, de 2006, originária do Projeto de Lei nº 127, de 2005, de iniciativa da Câmara dos Deputados, teria invadido competência reservada ao Poder Executivo.

7. A questão cabe realce no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios que atuam prioritariamente na educação infantil, no ensino fundamental e médio, em razão do disposto no art. 211, §§ 2º e 3º da Constituição Federal. A nova norma significará imediato aumento de despesa, pois estabelece regra que representa a concessão de aposentadoria antecipada a um representativo grupo de servidores. Vale apontar também que a aquisição do direito à inativação acarreta a concessão imediata de abono de permanência para os servidores

que optarem por continuar em atividade, em razão do disposto no art. 40, § 19 da Constituição. Em suma, a iniciativa da lei não poderia se dar pelo Poder Legislativo.

8. Deve ser levado em conta também que os regimes próprios de previdência social devem obedecer ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial em razão do disposto no *caput* do art. 40 da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998. A área de educação básica, que, segundo o disposto no art. 21, inciso I da Lei de Diretrizes e Bases – nº 9.394, de 1996, é formada pela educação infantil, ensino fundamental e médio, representa grande parcela das despesas de pessoal dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Norma dessa natureza deveria, portanto, ter origem e discussão inicial no Poder Executivo em razão do ônus financeiro que acarretará ao orçamento público desses entes. Sua edição exigirá reavaliação atuarial, ainda que tardia, e a fixação de novas alíquotas de contribuição do ente e de todos os segurados, para manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do regime.

9. A respeito do incremento da despesa, que envolve questões orçamentárias e de fonte de custeio dos regimes, cabe citar recente decisão do Supremo Tribunal Federal - STF no RE nº 274.383, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 22/04/05):

*"Processo legislativo. Iniciativa privativa do poder executivo. Emenda pelo Poder Legislativo. Aumento de despesa. Norma municipal que confere aos servidores inativos o recebimento de proventos integrais correspondente ao vencimento de seu cargo. Lei posterior que condiciona o recebimento deste benefício, pelos ocupantes de cargo em comissão, ao exercício do serviço público por, no mínimo, 12 anos. Norma que rege o regime jurídico de servidor público. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Alegação de inconstitucionalidade desta regra, ante a emenda da Câmara de Vereadores, que reduziu o tempo mínimo de exercício de 15 para 12 anos. Entendimento consolidado desta Corte no sentido de ser permitido a Parlamentares apresentar emendas a projeto de iniciativa privativa do Executivo, desde que não causem aumento de despesas (art. 61, § 1º, a e c combinado com o art. 63, I, todos da CF/88). Inaplicabilidade ao caso concreto."*

10. Também a este respeito, o STF tem entendido que o vício da inconstitucionalidade formal persiste, não obstante ter havido sanção do projeto de lei. Adiante, está transcrito trecho de dois acórdãos a respeito:

*“Dispositivo legal oriundo de emenda parlamentar referente aos servidores públicos estaduais, sua aposentadoria e vantagens financeiras. **Inconstitucionalidade formal** em face do disposto no artigo 61, § 1º, II, c, da Carta Federal. É firme na jurisprudência do Tribunal que a sanção do projeto de lei não convalida o defeito de iniciativa.” (ADI 700, Rel. Min. Maurício Correa – DJ de 24/08/2001)*

.....

*“A **sanção** a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão a cláusula inscrita no art. 63, I, da Carta Federal **não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal**, eis que a só vontade do Chefe do Executivo — ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada — revela-se juridicamente **insuficiente** para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República.” (ADI 1.070-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/9/95) (grifo nosso)*

11. Quanto ao mérito, a indagação reside no conflito da nova norma com o entendimento vigente do Supremo Tribunal Federal, a respeito da aplicação do conceito de funções de magistério, para redução de tempo de contribuição e idade na concessão de aposentadoria. Segundo o Tribunal, o conceito deve abranger unicamente a atividade exercida em sala de aula.

12. Esse foi o posicionamento do Advogado Geral da União e do Procurador-Geral da República na ADIN nº 2.253, onde se apreciou a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 156/99, do Estado do Espírito Santo. A Corte, lembrando voto do Ministro Paulo Brossard, na ADI 122-SC, no sentido de que o vocábulo magistério designa tão-somente o cargo de professor, que é, apenas, aquele que ministra aulas, emitiu o acórdão cuja ementa está transcrita a seguir:

*” **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*

**Previdência Social - 83 Anos:** segurança no presente e no futuro

*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” (ADI 2.253, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/04). No mesmo sentido: RE 199.160-AgR, DJ 11/03/05.” (grifo nosso)*

13. A uniformidade desse entendimento já havia acarretado a edição da Súmula nº 726, de 26/11/2003, no seguinte teor:

***“Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.” (SÚM. 726)***

14. A referida Súmula possui como precedentes, os julgamentos proferidos nas ADIN’s nº 2253-MC, de 2001, 152, de 1992, 122, de 1992, RE 131736, de 1993, 171694, de 1996 e 276040-AgR, de 2001.

15. Em que pese todos os argumentos levantados acerca da possível afronta ao Texto Constitucional, enquanto o texto da Lei não for avaliado pela Corte Suprema, em sede de controle concentrado da constitucionalidade, cabe ao Poder Executivo dar-lhe efetividade, disciplinando sua aplicação nos aspectos que se fizerem necessários. Trata-se de cumprimento do Princípio da Legalidade, inserto no *caput* art. 37 da Constituição Federal.

16. Cabe, então, verificar os questionamentos levantados pelos entes acerca da abrangência dos termos do novo dispositivo, como “*especialistas em educação no desempenho de atividades educativas*”, e “*coordenação e assessoramento pedagógico*.”

Quando se trata de aplicação ao caso concreto, as expressões têm gerado dúvidas quanto à definição dos cargos que se enquadram como especialistas. Discute-se a inclusão, no conceito do dispositivo, de cargos como o de supervisor de ensino, assistente de diretor de escola e coordenador pedagógico. Não está claro se as atividades auxiliares de coordenação e assessoramento pedagógico estariam abrangidas pela exceção. Ademais, discute-se a possibilidade de exigência de tempo mínimo de exercício de atividades em sala de aula pelo professor para aproveitamento da regra.

17. À vista disso, observa-se a necessidade de detalhamento da nova norma, de especificação para aplicação aos casos concretos. Cabe, pois, examinar a competência para efetuar a particularização da diretriz contida no novo dispositivo.

18. No âmbito da competência legislativa, tem-se as seguintes espécies de competência: a exclusiva, a privativa, a concorrente e a suplementar. No art. 24 da Constituição Federal, estão relacionados os assuntos reservados à competência **concorrente**, quanto aos quais compete à União, Estados e Distrito Federal legislar. No inciso IX está contemplada a **educação** como tema da competência concorrente e, no inciso XII a **previdência social**.

19. De acordo com o § 1º do art. 24, a competência da União, nestes casos, limita-se ao estabelecimento de **normas gerais**, restando aos Estados e ao Distrito Federal a competência **suplementar** destinada a especificar as regras gerais em conformidade com as necessidades locais. Aos municípios, também está garantida a suplementação das normas federais e estaduais, segundo o inciso II do art. 30 da Constituição bem como, segundo o inciso I, a competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

20. Portanto, a competência da União no âmbito da competência concorrente, de acordo com o § 1º do art. 24, limitar-se-á a estabelecer normas gerais, responsabilizando-se pela elaboração das diretrizes essenciais que devem estar presentes nas normas a serem elaboradas pelos demais entes. Aos Estados, Distrito Federal e Municípios, resta a capacidade de detalhar as diretrizes da Lei Geral emanadas pela União com amparo no § 2º do art 24 e nos incisos I e II do art. 30 da Constituição.

21. É, pois, de cada ente federado, a atribuição de normatizar a aplicação da Lei nº 11.301, de 2006, no seu âmbito de atuação, especificando, por exemplo, os cargos exercidos por professor que se entendem como **especialistas em educação** ou que sejam considerados

de **coordenação e assessoramento pedagógico**, definindo, ainda, outros aspectos julgados necessários para seu cumprimento.

22. A respeito, cabe mencionar Raul Machado Horta, citado por Alexandre de Moraes, em Direito Constitucional, 9ª edição, Editora Atlas, pg. 287:

*“As Constituições Federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A **legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais.**”* (grifo nosso)

23. Apenas enquanto a União não editar norma geral relativa às matérias relacionadas no art. 24 da Constituição, cabe aos demais entes a competência legislativa plena, conforme previsto no § 3º do art. 24. Todavia, no dizer do § 4º do mesmo artigo, a superveniência de norma geral suspende a eficácia da lei estadual em relação ao que lhe for contrário.

24. Portanto, as normas locais anteriores que restringiam a aplicação dos efeitos do disposto no § 5º do art. 40 apenas para o tempo de serviço do professor prestado em sala de aula, ainda que possuam conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tiveram sua eficácia suspensa pela Lei nº 11.301, de 2006.

25. Nesse ponto, cabe examinar a possibilidade de Decreto do Poder Executivo local afastar a aplicabilidade de dispositivos contidos nas leis estaduais e municipais que sejam contrários à Lei n.º 11.301, de 2006.

26. De acordo com o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**. Decorre do Princípio da Simetria Constitucional, a obrigatoriedade do emprego dessa regra por todos os entes da federação.

27. Segundo Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro, 25ª edição, pág. 107, Malheiros Editores, há a seguinte distinção entre poderes administrativos e poderes políticos:

*“Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados poderes instrumentais, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional.*

*Os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Diante dessa diversidade, são classificados (.....); **diante de sua finalidade, em Poder Regulamentar.**” (grifo nosso)*

28. Ainda no entendimento de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª edição, pág. 118, Malheiros Editores), *“O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) **de explicar a lei para sua correta execução.** (.....) É um poder inerente e privativo do chefe do executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.”* (grifo nosso)

29. Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 11ª Edição, pág. 240, Malheiros Editores), define o poder de regulamento nos termos a seguir:

*“ (.....) ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.”* (grifo nosso)

30. Por conseguinte, enquanto a função típica do Poder Legislativo é legislar, a do Poder Executivo é praticar atos de administração devendo aplicar, de forma vinculada, os dispositivos legais, conforme previsão da Constituição Federal no *caput* do art. 37.

31. Em decorrência da suspensão da eficácia dos dispositivos das leis estaduais e municipais que contrariam a Lei nº 11.301, de 2006, o chefe do Poder Executivo local, no exercício do Poder Regulamentar e do Poder Hierárquico, é competente para, por meio de decreto, determinar à Administração o não cumprimento dos dispositivos cuja eficácia está

suspensa, afastando sua aplicabilidade, determinando aos subordinados os limites de emprego da legislação vigente em confronto com a nova regra geral.

32. Estará também apto, por meio do decreto regulamentar, a estabelecer critérios para cumprimento das novas disposições pela administração, com vistas a garantir a fiel execução e o limite de aplicação da legislação, em razão do advento da nova norma geral. Cabe ressaltar que, nesse caso, a lei não será revogada, mas delimitada sua aplicação, definindo contornos e informando aos administrados o novo campo de atuação do dispositivo legal, enquanto não se edita a alteração da lei local.

33. A nova lei de cada ente, editada no exercício da competência prevista no § 2º do art. 24 e nos incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, deverá, por fim, definir as particularidades necessárias à execução da Lei nº 11.301, de 2006, indicando inclusive a denominação dos cargos existentes na estrutura administrativa de cada um cujas funções serão classificadas como de magistério, observadas as diretrizes inseridas no § 2º do art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

34. Ante o exposto, conclui-se que:

- a) A matéria disciplinada pela Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, que altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, inclui-se no âmbito da competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal, consistindo, portanto, em norma geral;
- b) Como matéria de norma geral e de interesse local, é competência de cada ente federado o detalhamento da Lei nº 11.301, de 2006, para atender a necessidades próprias de aplicação;
- c) Em casos de contradição da norma local vigente, enquanto não se edita nova lei, é possível fazer uso da expedição de decreto regulamentar, para declarar a suspensão da eficácia da norma contrária à Lei nº 11.301, de 2006, definindo os novos critérios de aplicação do dispositivo afetado por esta.

(Fls. 010 da Nota Técnica SPS nº 071/2006)

À consideração da Senhora Diretora Substituta

**Marina Andrade Pires Sousa**  
Coordenadora de Normatização e Acompanhamento Legal

Brasília, 01 de agosto de 2006.

Ciente e de acordo.

Ao Senhor Secretário de Previdência Social

**Zanita de Marco**  
Diretora do Departamento dos Regimes de  
Previdência no Serviço Público Substituta

Brasília, 01 de agosto de 2006.

De acordo.

**Helmut Schwarzer**  
Secretário de Previdência Social