



**ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

**VOTO VENCEDOR**

**1 - RELATÓRIO**

**1.1 - Suma da discussão**

Em discussão deste plenário, está a análise dos pareceres conflitantes lavrados pelos Ilmos. Srs. Procuradores do Estado Márcio Leite de Resende e Wellington Matos do Ó que são antagônicos na sua essência.

Em suas razões de parecer, defendeu o Ilmo. Procurador Márcio Leite de Resende a aplicação da Lei 5.053/2003 para a ex-vice-governadora Marília Mandarino, sugerindo-lhe o pedido de licença sem vencimentos para auferir os benefícios de ter assento nos Conselhos Estaduais e à respectiva remuneração.

O Procurador Wellington Matos do Ó, analisando a lei em si, identificou a



**ESTADO DE SERGIPE**  
**ADVOCACIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

inconstitucionalidade da norma, entendendo que a mesma ofende claramente os princípios constitucionais da impessoalidade e igualdade.

Restou ao Conselho Superior da Advocacia funcionar como câmara especial unificadora e dirimir qual dos dois pareceres, se o lavrado pelo Ilmo. Procurador Márcio Leite de Resende ou o emitido pelo Ilmo. Sr. Wellington Matos do Ó, haveria o de ser aplicado pela Administração Pública.

**1.2 - Análise da lei em comento**

Estamos analisando os dispositivos legais insculpidos no artigo 1º da Lei 5.053/2003, cuja redação deixa vazar a seguinte prescrição:

Art. 1º. Os ex-Vice-Governadores do Estado de Sergipe, que não tenham sido Governadores do Estado, e nem tenham exercido, em caráter permanente e por prazo igual ou superior a seis (06) meses, o Cargo de Governador do Estado, e que não estiverem no exercício de mandato eletivo, nem no desempenho de cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, devem fazer parte, obrigatoriamente, dos Conselhos Deliberativos, Administrativos e/ou de Administração das



**ESTADO DE SERGIPE**  
**ADVOCACIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Autarquias Estaduais, e também dos demais Conselhos vinculados a Órgãos da Administração Direta do Poder Executivo Estadual, dos quais, por disposição de Lei, cabe ao Vice-Governador, enquanto no exercício do Cargo, exercer também a função de membro e a Presidência dos mesmos Conselhos.

§ 1º. O ex-Vice-Governador que atender os requisitos de que trata o "caput" deste artigo deve ser nomeado por Decreto do Governador do Estado, como mais um membro titular do Conselho de que deva fazer parte, com direito a voz e voto.

§ 2º. O mandato de membro titular, a que se refere o parágrafo 1º deste artigo, é por tempo indeterminado, enquanto atendidos os requisitos tratados no "caput" deste mesmo artigo.

Assim, observa-se que a lei em comento basicamente criou um benefício vitalício para os ex-vice governadores estaduais. Enquanto não estiverem no efetivo desempenho de cargo público ou privado, fazem jus a participar de todos os conselhos em que o vice-governador participaria. O escopo legislativo é muito claro: proteger aquele ex-vice-governador que não tenha sua própria remuneração e dar-lhe um benefício que valerá para toda a vida.

2 - A QUESTÃO PRÉVIA DE ANÁLISE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

X



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

**2.1 - A manifesta violação ao princípio da impessoalidade da administração**

Penso que a legislação em comento deve, primeiro, passar sob a análise do crivo do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido como princípio elementar da Administração Pública no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Segundo Lúcia Vale de Figueiredo, a impessoalidade "caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político. Não pode a Administração agir por interesses políticos, interesses particulares, públicos ou privados, interesses de grupos"<sup>1</sup>.

E continua: "É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do

---

<sup>1</sup> Curso de Direito Administrativo, 7ª edição. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 63.



**ESTADO DE SERGIPE**  
**ADVOCACIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

grupo e/ou administrador, estará infringindo a impessoalidade".

Émerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, em seu livro "Improbidade Administrativa", lecionam que o princípio da impessoalidade preserva o princípio da isonomia "entre os administrados e o princípio da finalidade, segundo o qual a atividade estatal deve ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público, sendo vedada a atividade discriminatória que busque unicamente a implementação de um interesse particular"<sup>2</sup>.

Observa-se que a lei outorgou um determinado benefício à figura jurídica do ex-vice-governador de Estado, que teria o direito de participar de cerca de seis a sete conselhos estaduais, obtendo, daí, uma remuneração em torno de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de forma vitalícia.

---

<sup>2</sup> Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 21.





ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Nunca se deve desconsiderar que a figura do *ex-vice-governador* é a de um *ex agente público*. E, como tal, ele tem que ser enquadrado.

Pergunta-se então se a norma em comento, para escapar da pecha de violação do princípio da impessoalidade, pretendeu dar eficiência à prestação do serviço público gerado por estes conselhos com a participação de um *ex agente público* ou se, caso contrário, seria uma espécie de remuneração indireta que o mesmo teria em virtude do cargo que ocupou.

Entendo que a legislação em comento não deixa margens de dúvidas. Ela é, sim, uma forma de *pagamento vitalício* para o *ex agente público*. E, como tal, outorgando-lhe os direitos de participar, indefinidamente, nos conselhos em questão, não procurou priorizar a eficiência no serviço público prestado pelos Conselhos, mas sim *privilegiar*, em grave atentado à Constituição Federal e Estadual, um *ex agente público* em detrimento do erário e ordenamento



**ESTADO DE SERGIPE**  
**ADVOCACIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

estadual em interpretação sistemática e axiológica.

O privilégio resta muito cristalino. De fato, se o ex-vice-governador tem renda própria ou foi Governador do Estado por seis meses (extraíndo-se, daí, o direito a receber pensão vitalícia), este direito lhe é **denegado**.

Ora, onde está, então, a idéia de privilegiar a experiência do ex-vice-governador, argüido como um dos fundamentos de constitucionalidade da lei? Ele deixou de tê-la se tem remuneração própria? Ou se, por ter exercido o cargo de Governador do Estado por seis meses ininterruptos, **diminuiu a sua experiência ao ponto de perder a participação nos conselhos?**

A norma em comento é extremamente dezarrazoada por ter expesso desvio de finalidade, conforme será demonstrado no próximo item.



ESTADO DE SERGIPE  
 ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
 CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

2.2 - A tredestinação do objetivo da lei em comento: desvio de finalidade para torná-la norma remuneratória vitalícia para o ex-vice-governador

A lei em comento, em ostensiva violação ao novel princípio da eficiência administrativa, privilegia o ostracismo. Enquanto não tiver remuneração própria, exercitando emprego ou outro cargo público qualquer, o ex-vice-governador do Estado teria direito a participar dos referidos Conselhos Estaduais e auferir a remuneração dele cabível.

Então, pergunta-se: qual seria o objetivo principal da lei? Ao meu modesto modo de ver, estaria ela servindo como uma espécie de *garantia de remuneração indireta* à figura do ex-vice-governador. Haver-se-ia então a *tredestinação* do objetivo da norma, estando ela em um autêntico desvio de função.

Menciono o fato desta norma em comento estar desviada de função pelo simples fator de que ela, na prática, termina outorgando uma remuneração vitalícia para o seu





**ESTADO DE SERGIPE**  
**ADVOCACIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

*beneficiário* sem observar todos os critérios previstos na Constituição Federal como razoabilidade, proporcionalidade e impessoalidade.

**3 - CONCLUSÃO**

Assim sendo, opino pela inconstitucionalidade da referida lei pela expressa violação aos princípios constitucionais acima identificados (destacando-se o da impessoalidade), mantendo o voto do Exmo. Procurador Wellington Matos do Ó que havia opinado pela sua inconstitucionalidade com os fundamentos aqui acrescidos.

Aracaju, 26 de fevereiro de 2007.

Assinatura manuscrita de Pedro Dias de Araújo Júnior.

**Pedro Dias de Araújo Júnior**

**Procurador do Estado**



ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Autos do Processo nº 009.000-00003/2003-1

Órgão de Origem : Secretaria de Estado de Governo

Interessada: Marília Carvalho Mandarinó

Assunto: Divergência de entendimento quanto à Aplicabilidade da lei 5053 de 30 de outubro de 2003.

VOTO VENCIDO DA RELATORA

Marília Carvalho Mandarinó, ex Vice-Governadora do Estado de Sergipe, requereu administrativamente ao Governador do Estado a sua nomeação, por Decreto, como membro titular dos Conselhos Deliberativos e/ou de Administração das seguintes entidades e órgãos: Hemolacen, Detran, Der, Ipês-Previdência, Secma, Adema, CDI, e Conselho Estadual de Transportes.

Fundamentou a requerente seu pedido no artigo 1º da lei 5.053 de 30 de outubro de 2003, no parecer nº 5.982 de 20 de dezembro de 2006 emitido pela Procuradoria Geral do Estado e na Portaria nº 7007 da Secretaria de Administração que a concedeu Licença para Trato de Interesses Particulares.

Às fls.05/11 consta o parecer nº 5.982/2006 assim ementado: "Administrativo. Lei nº 5.053/2003. Ex-vice -governador como integrante de conselho(s) afeto(s) à Administração Pública. Vedação para os que se encontrem no desempenho de cargo público. Hipótese que se viabiliza quando em curso licença para trato de interesse particular. Necessidade de aferição documentada dos demais requisitos".

*Carvalho*



ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Recebido o requerimento da servidora interessada, o Secretário de Estado do Governo determinou a remessa dos autos à Procuradoria Geral do Estado para exame de sua constitucionalidade.

Em análise prévia, a Assessoria do Procurador Geral do Estado entendeu a lei em discussão inconstitucional e diante da diversidade de entendimento com a orientação contida no parecer anteriormente emitido, sugeriu que a questão fosse submetida ao Conselho Superior da Advocacia Pública. Eis a ementa do citado pronunciamento: **"Lei Estadual nº 5053/2003. Reserva de participação em Conselhos Deliberativos para ex-agente público. Princípios da Supremacia do Interesse Público, da Impessoalidade e da Isonomia. Inconstitucionalidade"**

Distribuído o feito na Quadragésima Primeira Sessão Ordinária, por sorteio, coube a mim relatá-lo para discussão.

**Eis, em síntese, o relatório dos autos e da questão posta em julgamento perante o Conselho Superior da Advocacia Pública.**

Versam os autos sobre pedido de análise da divergência de orientação jurídica existente na Procuradoria Geral do Estado quanto à constitucionalidade e à legalidade da reserva da participação do ex- vice governador que é servidor público efetivo e licenciado para trato de interesse particular, em conselhos deliberativos de entidades e órgãos públicos do Estado de Sergipe.

*Barbosa*



**ESTADO DE SERGIPE**  
**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

A situação jurídica encontra-se disciplinada pelo artigo primeiro e parágrafos da Lei 5053 de 30 de outubro de 2003 que dispõe o seguinte:

**"Artigo 1º - Os ex-Vice-Governadores do Estado de Sergipe, que não tenham sido Governadores do Estado, e nem tenham exercido, em caráter permanente e por prazo igual ou superior a seis (06) meses, o Cargo de Governador do Estado, e que não estiverem no exercício de mandato eletivo, nem no desempenho de cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, devem fazer parte, obrigatoriamente, dos Conselhos Deliberativos, Administrativos e/ou de Administração Direta do Poder Executivo Estadual, dos quais, por disposição de Lei, cabe ao Vice-Governador, enquanto no exercício do cargo, exercer também a função de membro e a Presidência dos mesmos Conselhos.**

**Parágrafo primeiro - O ex-Vice Governador que atender os requisitos de que trata o "caput" deste artigo deve ser nomeado por Decreto do Governador do Estado, como mais um membro titular do Conselho de que deva fazer parte, com direito a voz e voto.**

**Parágrafo segundo - O mandato de membro titular, a que se refere o parágrafo 1º deste artigo, é por tempo indeterminado, enquanto atendidos os requisitos tratados no "caput" deste mesmo artigo."**

A primeira indagação que se impõe é saber se a norma jurídica acima afronta ou vulnera a Carta de 1988.

Todas as regras jurídicas devem estar em conformidade com a Constituição. Significa dizer que os atos normativos (sejam eles legislativos sejam eles administrativos) devem estar subordinados formal e materialmente às normas constitucionais que se constituem, em última instância, como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico vigente.

*Adalberto*



ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

O significado acima descrito e a existência de um controle de constitucionalidade dos atos normativos são inquestionáveis. A dúvida e a diversidade de entendimento surgem no exame da norma em concreto. Por essa razão, de extrema importância são os princípios que norteiam a interpretação constitucional e a interpretação das leis em conformidade com a constituição.

Sobre o tema é indiscutível a contribuição do jurista J.J.Gomes Canotilho em sua obra "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", terceira edição, p 1151 e 1152:

*"O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo ( tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos significados da norma. Dai a sua formulação básica : no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta varas dimensões : (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais;(2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas "contra legem" impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição , mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações -todas em conformidade com a Constituição deverá procurar-se a interpretação considerada como a melhor orientada para a Constituição"*

Pelo princípio da conservação de normas, o interprete deve partir da validade e eficácia da lei, buscando a sua constitucionalidade, observados os limites

*padellun*



ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

insertos nos dois outros preceitos (Supremacia da Constituição e a da proibição da interpretação contra texto expresso da Carta Magna). Não poderia ser diferente porque a emissão de um ato legislativo tem como fundamento a divisão constitucional de poderes e, por via de extensão, o Estado Democrático de Direito que nele é fundado (artigos 2º e 3º da Carta de 1988).

As discordâncias pessoais, ideológicas e políticas do intérprete não podem nem devem ser o parâmetro para aferição da constitucionalidade da norma. Essa é a idéia limite a ser perseguida ao se desenvolver a atividade interpretativa.

Com fundamento nos princípios acima expendidos e no preceito de que a regra é a validade e eficácia das normas infraconstitucionais, passo ao exame da lei 5053/2003.

Segundo parecer lavrado às fls. 14/19, a legislação em exame estaria a afrontar os princípios da impessoalidade, da igualdade e da supremacia do interesse público.

Não me parece existir violação aos preceitos constitucionais citados pela lei 5053/2003.

Segundo expressão colacionada por Diógenes Gasparini em sua obra "Direito Administrativo", sétima edição, Saraiva, p 8 e 9 : "*a impessoalidade, isto é, o ato administrativo, não deve ser elaborado tendo como objetivo a pessoa de alguém. Não pode ser dirigido com o intuito de beneficiar esta ou aquela pessoa, esta ou aquela empresa....*"

*laclm*



**ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

A lei 5053/2003 não está direcionada a uma pessoa específica, mas sim a todos aqueles que ocuparem o cargo de Vice-Governador do Estado de Sergipe cuja identificação no tempo é indeterminada, pois a ocupação do citado cargo depende diretamente do povo através do processo eleitoral.

Não é a legislação em si mesma direcionada à pessoa x ou y.

De outro passo, "data vênua" não me parece verdadeiro que o princípio da impessoalidade vede a regulamentação de situação jurídica que afete um grupo de pessoas. O sentido da impessoalidade é a vedação de benefício legal à determinada (s) pessoa(s) e não a um grupo de indivíduos indistintos que embora determináveis por características e requisitos são indeterminados em si mesmos.

Aliás, essa é a característica da lei que sempre tem obrigatoriamente um destinatário. As normas estatutárias têm como titular direto o grupo de servidores públicos. Quem eles são não importa, mas a norma é dirigida a eles enquanto detentores de uma característica específica: ser servidor público.

As normas que tratam da participação em Conselhos Deliberativos são em si mesmas dirigidas a um tipo específico de indivíduo. (Secretário da Administração, Vice-Governador, representante do Ministério Público ...).

Se inconstitucional for a norma da previsão da participação do ex-Vice-Governador por afronta à impessoalidade também seria a própria norma que estabelece os



ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

membros dos Conselhos como sendo o Secretário e o próprio Vice-Governador em exercício.

Assim, essa interpretação de que a referência a uma condição (titular ou ex-titular) de cargo como requisito para a participação de conselho deliberativo afronta o princípio da impessoalidade conduz a impossibilidade de se preencher os próprios Conselhos por falta de critério hábil a indicar a participação.

Tal interpretação leva, "data vênua", no meu entender, ao absurdo de não se identificar os membros por critérios gerais, deixando a escolha ao Chefe do Poder Executivo que acabaria por consagrar um critério menos impessoal do que àquele pautado na titularidade de um cargo atual ou remota.

Ainda sob o aspecto da impessoalidade, entendo que não estaria esse princípio sendo malferido por não ser o benefício em análise desproporcional é vitalício, como apressadamente poderia se inferir da previsão legal.

A participação pelo ex - vice Governador nos Conselhos Estaduais se reveste de caráter indenizatório e não remuneratório. Dessa natureza se infere primeiramente que somente é pago quando há a contraprestação de trabalho pelo beneficiário.

Por outro lado, não é ele vitalício, pois não dura por toda a vida do beneficiário. Cessado o trabalho seja por incapacidade laborativa ou pelo desempenho de outro cargo ou função, cessa a participação. O benefício, assim, tem termo final indeterminado, mas não é vitalício.

*Paulo*



**ESTADO DE SERGIPE**  
**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Por essa razão, afasto a alegação de inconstitucionalidade sob o fundamento de violação ao princípio da impessoalidade.

De igual modo, ocorre com o princípio da isonomia ou da igualdade também apresentado como óbice à constitucionalidade do diploma legislativo analisado.

A igualdade se preserva ao se tratar igualmente àqueles que se encontram na mesma situação ou condição que é fundamento necessário ao atendimento de uma finalidade buscada ou perseguida pela regra legal. Igualdade = elemento discriminador + finalidade da norma.

O critério que ressaia da participação nos citados Conselhos Deliberativos, em última análise, é a delegação direta ou indireta do povo. A participação não é livre e franqueada a qualquer cidadão de forma indistinta<sup>1</sup>. *adler*

<sup>1</sup>Artigo 7º. O Conselho Administrativo - CD, da Administração Estadual do Meio Ambiente - ADEMA, tem a seguinte composição:

- I- o Vice-Governador do Estado;
- II- o Secretário de Estado do Meio Ambiente, ou, se for o caso, o Secretário da Pasta a que a ADEMA estiver vinculada;
- III- o Diretor-Presidente da ADEMA;
- IV- um membro de livre escolha do Governador do Estado e por ele nomeado; e
- V- um representante dos Servidores da ADEMA.

\*Art. 4º - O Conselho Deliberativo, órgão superior de orientação, deliberação e fiscalização do DETRAN/SE, cabendo-lhe também apreciar e fixar diretrizes da política de ação da autarquia, tem a seguinte composição:

- I- O Vice-Governador do Estado;
- II - O Secretário de Estado da Segurança Pública;
- III - O Diretor-Presidente do DETRAN/SE;
- IV - Um (01) representante dos funcionários da autarquia, nomeado por Decreto Executivo;
- V - Um (01) membro de livre escolha do Governador do Estado, nomeado por Decreto Executivo;



**ESTADO DE SERGIPE**  
**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

A participação decorre da titulação de cargo público e indicação do Governador do Estado. Em ambos os casos, o que está a prevalecer é a delegação do povo ao Governador para escolher os participantes. No caso do Vice-Governador em exercício e do ex-Vice-Governador ocorre delegação direta, pois a participação dos mesmos decorre da fonte, ou seja, do próprio povo.

Os critérios que discriminam os participantes do Conselho nas legislações próprias de cada entidade e órgãos públicos são, em tudo, semelhantes aos que determinam a permanência do ex-Vice Governador pela Lei 5052/2003.

Por fim, observa-se que o assento do ex-Vice Governador não retira a participação dos demais membros cujos assentos permanecem inalterados, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1º da lei em análise.

Tendo em vista a identidade de valores e fundamentos que norteiam a participação em conselhos deliberativos e/ou administrativos da Administração direta e indireta acima retratada tal como prevista na legislação de origem, entendo que a lei 5053/2003 não fere o princípio da igualdade.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade por violação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, importa verificar

*bollema*



**ESTADO DE SERGIPE**  
**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

realmente em que consiste o interesse coletivo e público e quem detém a legitimidade para identificá-lo.

O interesse da coletividade é exteriorizado pela própria Constituição da República, pelas leis e pelos administradores na esfera discricionária que lhes é conferida nos limites da lei.

Tem-se, assim, que para valorar uma norma como infringente a esse princípio ter-se-ia que localizar uma outra violação ao ordenamento constitucional, pois o valor por esse preceito garantido também precisa ser buscado no cotejo da própria Carta Magna.

O fato de alguém ser beneficiário da lei do ponto de vista individual não macula de inconstitucionalidade a norma que lhe é favorável. Há de se buscar a violação ao interesse público que se encontra elencado ou exposto no próprio corpo da *lex mater*.

"In casu", as afrontas apontadas no parecer de fls. 14/19 não representam, no meu entender, "data vênia", reais vícios da lei 5053/2003, como fundamentado acima.

Por essa razão, entendo impertinente a alegação de inconstitucionalidade por afronta ao princípio da supremacia do interesse público.

Firmada, portanto, a constitucionalidade da lei 5053/2003, resta para exame do pedido objeto do processo administrativo nº009.000-00003/2007-1 a apreciação da existência dos requisitos nela previstos pela interessada.

*Barilley*



ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Os pressupostos para aplicação da lei 5053/2003 já foram examinados em gênero e com profundidade no parecer nº 5892/2006 ao qual me filio e que peço vênica para transcrever:

*"Vista a letra a lei. Infere-se, de imediato, que a obtenção do direito nela assegurado deriva da conjunção de três requisitos objetivos em relação ao eventual beneficiário: que o mesmo 1- não tenha sido Governador do Estado ou não tenha integrado o cargo, permanentemente, por prazo igual ou superior a seis meses; 2- não esteja no exercício de mandato eletivo; e 3- não esteja no desempenho de cargo público.*

*Uma interpretação sistematizada da norma conduz às conclusões que: 1- quando a lei reporta-se ao fato do interessado não ter sido Governador do Estado, quis, referir-se à condição de titular, pois que esta proporciona, lege habemos, benefícios e prerrogativas outras, de sorte que não seria razoável ou mesmo moral a acumulação de benefícios; 2- a vedação seguinte, atinente ao exercício do mesmo cargo, em caráter permanente, por tempo mínimo de seis meses, é, por conseguinte, em caráter de substituição, e teria a mesma inspiração; 3- já os dois outros condicionamentos restantes (9 não exercer mandato eletivo ou desempenhar cargo público) têm inspiração moralizadora similar, qual seja a de evitar trânsito político e acumulação de ganhos pecuniários públicos.*

*Estas, em objetivo, as exigências postas pelo legislador local no tema.*

*No caso em perspectiva, por conseguinte, tem-se como de conhecimento comum os fatos de que a atual Vice-Governadora não foi Governadora do Estado, na condição de titular, nem efetivou substituição permanente que alcançasse o semestre indicado na lei.*

*De qualquer sorte, é recomendável a juntada aos autos de certidão expedida pela Secretaria de Estado da Administração dando conta de tais informações.*

*Já a ausência de mandato eletivo imediato desfruta de notoriedade, o que dispensa a carreada de prova em tal rumo (certidão eleitoral).*

*Remanesce apenas a questão do "desempenho de cargo público, de provimento efetivo ou em comissão"*

*Nesse aspecto, a ilustre oficiante consigna a informação de que é "servidora de nível médio, tendo vínculos funcionais inicialmente com a extinta FUNDESE, estando, atualmente, na Secretaria de Estado de Combate à Pobreza, da Assistência Social e do Trabalho".*

*A ausência de instrução do requerimento impede a aferição exata da natureza do referido vínculo, dentro do rol trazido pelo art. 37, inciso I, da CF.*

*De qualquer sorte, sua configuração, dentro de uma exegese prudente, se identifica com o tipo "desempenho de cargo público", enumerado com elemento que obsta o benefício descrito no art. 1 da Lei 5053/2003.*

*Em princípio, pois, presente a circunstância, não brota o direito pretense (de fazer parte, obrigatoriamente, dos Conselhos...)*



ESTADO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

*No entanto, ao cabo da consulta, há a informação de que sua Excelência requererá licença não remunerada, hipótese essa que, se efetivada, não poderá passar despercebida ao interprete da mencionada norma.*

*Com efeito, tem-se que a licença sem vencimentos elide o conteúdo moralizador da vedação constitucional de acumulação (remunerada) de cargos empregos e funções públicas, tal qual enunciada pelos incisos XVI e VII do artigo 37 da C.F."*

E mais adiante:

*"Com maior razão, portanto, há se tomar a licença não remunerada como destrancamento eficiente para a incidência do benefício tratado pelo artigo 1 da Lei 5053/2003, de alçada e espectro menor do que a questão da acumulação abordada pelo constituinte.*

*Situada a questão de perto, vale a ressalva de que a lei local fala em "desempenho de cargo" – e não mero preenchimento- o que conduz a uma perspectiva de atividade e empreendimento, na concepção dos léxicos*

*Por outro giro, não a ocupação, em si, de cargo público (latu sensu considerado), mas sim a circunstância específica do seu desempenho, conduz à vedação legal narrada"*

Tendo em vista as considerações acima desenvolvidas, tenho por constitucional e legal a participação do ex-Vice Governador nos Conselhos Deliberativos e; ou de Administração de entidades e órgãos públicos estaduais, com fundamento na Lei 5052/2003 e como legal e cabível o deferimento dessa prerrogativa ao servidor que esteja em licença sem remuneração.

Por conseguinte, voto no sentido da manutenção da orientação jurídica veiculada pela Procuradoria Geral do Estado através do parecer nº 5.892/2006.

Aracaju, 22 de fevereiro de 2007

*Carla de Oliveira Costa Menezes*  
CARLA DE OLIVEIRA COSTA MENESES

MEMBRO - RELATORA



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL

CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

PROCESSO NO. 009.000-00003/2007-1

ASSUNTO: EXEGESE DA LEI NO. 5.053, DE 30 DE OUTUBRO DE 2003

DECLARAÇÃO DE VOTO

**CONSELHEIRO MÁRCIO LEITE DE REZENDE:** Intenciono pronunciar-me, apartadamente, em relação aos três pontos abertos à discussão: 1. a preliminar de impedimento contra mim argüida pelo Conselheiro Pedro Dias de Araújo Junior; 2. a preliminar de suspeição levantada contra aquele Conselheiro; e 3. a questão da inconstitucionalidade da Lei no. 5.053/2003, a que se refere a consulta.

Farei cada qual de *per si*, ainda que resumidamente.

1. O ilustre Conselheiro Pedro Dias entendeu que eu estaria impedido de participar deste julgamento, eis que um dos pareceres confrontados é de minha lavra, conforme fls.05 e ss.

Discordo do fundamento, pois não está o Conselho, neste caso, exercitando instância recursal típica, hipótese que se assemelharia ao impedimento imposto pelo CPC ao juiz autor da sentença, quando da apreciação do respectivo recurso em segundo grau de jurisdição.

Nesse rumo, é inequívoca a cota lançada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho às fls.20, que justifica o



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL

encaminhamento dos autos ao Colegiado "em face da divergência de pronunciamentos".

Estamos, pois, em sede de incidente de unificação, no qual o Órgão Superior é concitado a decretar, em dado tema, a posição unificada da Procuradoria.

A circunstância, então, está próxima ao que ocorre, por exemplo, em sede de embargos infringentes, em que os julgadores atuantes no acórdão sob revisão participam do julgamento ampliado, sendo-lhes vedada apenas a relatoria.

Exposto, assim, o fundamento que afasta o dito impedimento.

2. Em prisma diverso, todavia, entendo efetiva a suspeição do Conselheiro Pedro Dias, eis que, como é do conhecimento dos integrantes deste Conselho, o ilustre Colega emitiu "parecer avulso" sobre o tema em debate, fora dos autos e sem exercitar eventual competência natural para tal.

Essa circunstância - de emissão de juízo de valor explícito sobre o caso em específico, em documento escrito, por impulso próprio - consubstancia antecipação de julgamento, o que, de resto, compromete a perspectiva de imparcialidade aguardada dos julgadores, ainda que na esfera eminentemente administrativa.

3. Por fim, no que se refere à inconstitucionalidade da Lei em comento, endosso *in totum* os lúcidos fundamentos ofertados pela ilustre Relatora, com os seguintes destaques:



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL

O cargo de Vice-Governador encerra *munus* inegavelmente diferenciado, na medida em que atua no compartilhamento da Chefia do Poder Executivo, sob sufrágio popular, nos termos dos arts. 74 e ss, da Carta Estadual.

É o Vice-Governador quem conduz o Estado, nas ausências e impedimentos do Governador.

Sob essa perspectiva, de cunho eminentemente constitucional, afigura-se razoável que a legislação estatutária proporcione ao ocupante de tão distinta função pública a oportunidade de que fala a Lei no. 5.053/2003.

Mais ainda, são presumidas a qualificação e apuração técnico-administrativas que o Vice-Governador desfrutará ao cabo de seu mandato, após auxiliar diretamente a condução da Chefia do Poder Executivo.

Relembre-se, aqui, que os Conselhos que lhe são ofertados na reportada lei, são aqueles pelo mesmo efetivamente ocupados - e presididos - ao longo dos quatro anos de gestão, fato que justifica com especial razão sua permanência nos referidos colegiados.

Registre-se, também, ser do interesse público que os conselhos afetos à Administração Pública registrem composição diversificada, inclusive sob o ponto de visto ideológico, em homenagem à sistemática democrática de gestão.





ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL

Nesse cenário, é igualmente inegável a contribuição que um ex Vice-Governador emprestará aos conselhos de seu domínio técnico, se nos mesmos mantiver voz e voto.

Esse último enfoque afasta a pecha de impessoalidade enxergada no eminente parecer de fls. 14 e ss.

Importa pontuar, por relevante, que a hipótese em trato, diversamente do que considerou o voto vencedor, é inteiramente distinta da dos casos de pensão vitalícia tratados como inconstitucionais pelo STF, pois cá, diferentemente de lá, há contra-prestação laborativa (e qualificada), o que justifica o eventual benefício pecuniário a ser despendido.

Aliás, todos os integrantes dos aludidos conselhos são remunerados.

Inexiste, assim, imoralidade, no particular.

Por fim, e relevante, consigne-se que as participações colegiadas asseguradas na Lei em análise não encerram, em absoluto, benefício incondicional, pois que sua efetivação susta a contagem do tempo de serviço público e cria incompatibilidade com o exercício de todo e qualquer outra função pública.

Esse aspecto, no seu alcance, homenageia o princípio constitucional da proporcionalidade.

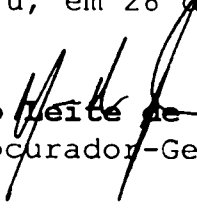
Com esses fundamentos, entendo como materialmente constitucional a Lei no. 5.053, de 30 de outubro de 2003.



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL

É como voto nos autos do Processo no. 009.000-00003/2007-1.

Aracaju, em 28 de fevereiro de 2006.

  
**Márcio Leite de Rezende**  
Subprocurador-Geral



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

PROCESSO Nº 010.000-00103/2007-0

ORIGEM: PROCURADORIA ESPECIAL DA VIA ADMINISTRATIVA

TEMA: APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 138/2006 E LEI FEDERAL  
Nº 11.301/2006

RELATORA ORIGINÁRIA: EUGÊNIA MARIA NASCIMENTO FREIRE

RELATOR DESIGNADO: MÁRCIO LEITE DE REZENDE

CONSULTA. APOSENTADORIA ESPECIAL. LEI  
COMPLEMENTAR Nº 138/2006 E LEI FEDERAL  
Nº 11.301/2006. FUNÇÃO DE MAGISTÉRIO.  
ATIVIDADE-FIM. NÃO EXTENÇÃO AOS DIRETORES  
E COORDENADORES DE ESCOLA.  
POSSIBILIDADE DE NÃO APLICAÇÃO DE LEI  
MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAL.  
PREJUÍZO AO ENTE PÚBLICO. PRECEDENTES  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

VOTO VENCEDOR

CONSELHEIRO MÁRCIO LEITE DE REZENDE: No voto da nobre Relatora foi ponderado, em síntese, que: a Lei Federal nº 11.301/2006 harmoniza-se com a Constituição Federal; que as "funções de magistério" não se esgotaria no ato de "ministrar aulas", compreendendo também outras atividades de natureza técnico e pedagógica; e que até que seja declarada a inconstitucionalidade pelo STF, a Lei Federal nº 11.301/2006 continua tendo eficácia e aplicabilidade.

Não obstante coerente sua linha de raciocínio, peço venia para divergir das conclusões externadas pela Conselheira. Três são os motivos:

✓



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

A uma, porque entendo que tanto a Lei Complementar Estadual nº 138/2006, como a Lei Federal nº 11.301/2006, em verdade, ao revés de se harmonizarem com a Constituição Federal, desvirtuam o preceituado nos seus arts. 40, §5º e 201, §8º, ao estenderem o benefício da aposentadoria especial àqueles que não exercem efetiva e tipicamente a função de magistério, quando se sabe que o Texto Constitucional não autoriza essa extensão.

Deve-se ter em linha de consideração que a aposentadoria especial é uma regra de exceção. E como diferente não poderia ser, deve ser essa norma interpretada restritivamente. Dito por outro giro, os dispositivos constitucionais apontados não comportam atividade exegética ampliativa, muito menos disposições infraconstitucionais que alarguem benefício que a própria Constituição quis restringir. Não por outro motivo, a constitucionalidade da Lei Federal nº 11.301/2006 está sendo questionada por meio da ADI nº 3772.

A duas, porque, em caso concreto de estreita semelhança - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.253-9 (inteiro teor em anexo) -, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a matéria, delineando os contornos da expressão "função de magistério" para fins de concessão de aposentadoria especial. Confira-se o precedente:

**"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º DA LEI  
COMPLEMENTAR ESTADUAL 156/99.  
APOSENTADORIA ESPECIAL. REDUÇÃO NA  
CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. FUNÇÕES**



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

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



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

*material. Ação direta de  
inconstitucionalidade julgada  
procedente."*

Impende concluir, portanto, que os art.40, §5º e 201, §8º, da Constituição Federal, autorizam a antecipação da aposentadoria apenas para aqueles que exercem as funções típicas de ensino, ou seja, como bem assinalou o julgado acima, que desempenham atividade-fim do magistério, lecionando nas áreas da educação infantil ou fundamental, conforme exigem as referidas normas.

O caminho vaticinado pelo STF é, pois, o da inconstitucionalidade da Lei nº11.301/2006.

Nesse cenário, seguir rumo diverso - para permitir que se efetive a inovação desejada pelo legislador infraconstitucional e com isso alargue-se a hipótese de aposentaria especial do magistério - é assumir o risco de proclamar situações jurídicas que haverão de ser revertidas, cedo ou tarde, como ainda de imprimir expressivo impacto financeiro ao erário, sob fundamento posto à prova pela Corte Constitucional.

A três, por fim, porque, muito embora correto o entendimento da Conselheira-Relatora ao asseverar que até que seja declarada a inconstitucionalidade da referida lei conserva ela sua eficácia e aplicabilidade, entendo que essas características, no caso concreto, não constrange a legítima negativa do Chefe do Poder Executivo Estadual poder recusar-se a cumprir dispositivo manifestamente inconstitucional.



ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Nesse sentido, inclusive, também já se posicionou o Egrégio 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 ADMISSÍVEL 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. (...)"

(ADI-MC 221 / DF - DISTRITO FEDERAL  
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE) Relator(a): Min.



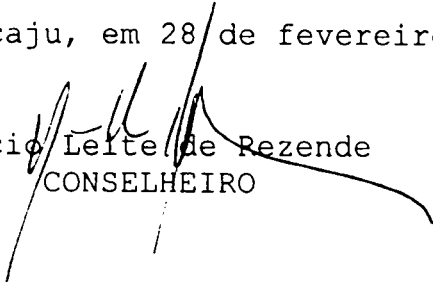
ESTADO DE SERGIPE  
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO  
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

MOREIRA ALVES Julgamento: 29/03/1990  
Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO  
Publicação DJ 22-10-1993 PP-22251 EMENT  
VOL-01722-01 PP-00028)

Nessa ordem de idéias, entendo que a Lei Complementar Estadual nº 138, de 14 de dezembro de 2006, bem como a Lei Federal nº 11.301, de 10 de maio de 2006, não devem ser aplicadas, até que sobrevenha o julgamento da ADI nº 3772.

É como voto.

Aracaju, em 28 de fevereiro de 2007.

  
Márcio Leite de Rezende  
CONSELHEIRO





GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Aracaju, 22 de fevereiro de 2007.

Senhores Conselheiros,

Tendo recebido no dia 16.02.2007 o processo PGE Nº 010.000-00103/2007-0, para relatar, em razão de sorteio ocorrido na reunião do dia 15.02.2007, venho apresentar o meu relatório e respectivo voto.

### **I- RELATÓRIO**

Versa o presente processo sobre consulta formulada pela Procuradoria Especial da Via Administrativa, onde se questiona a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 138, de 14.12.2006, a qual acrescentou o parágrafo 6º ao artigo 63, da Lei Complementar nº 16, de 28.12.1994, definindo as funções de magistério para fins da Lei 11.301/2006.

Esclarece o consulente que a Lei Federal nº 11.301/2006 alterou o art. 67 da Lei nº 9.394 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), estabelecendo, para efeitos do disposto no §5º, do art. 40 e no §8º do art. 201 da CF/88, a definição das funções de magistério.

Considerando a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3772, pelo Procurador Geral da República, em relação à Lei Federal nº 11.301/2006, o consulente indaga sobre a possibilidade de aplicação desta lei, bem como da Lei Complementar Estadual nº 138, de 14.12.2006; considerando a hipótese de se permitir a aplicação imediata dos referidos diplomas legais, indaga sobre a eficácia temporal dos mesmos, em relação ao período anterior à edição das espécies normativas mencionadas.

É o relatório.

### **II- FUNDAMENTAÇÃO**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3772, ajuizada pelo Procurador Geral da República, em relação à Lei Federal nº 11.301/2006 refere-se à norma insculpida nesta lei, em confronto com a regra emanada do art. 40, § 5º e art.



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

201, § 8º da CF/88, considerando que pelo texto constitucional a aposentadoria especial concedida aos professores não se estende aos diretores de unidade escolar, coordenadores pedagógicos e supervisores de ensino.

Para um melhor entendimento da questão, passamos a transcrever o disposto nos referidos dispositivos constitucionais:

*"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 dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

*§ 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 dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)"*

(...)

*"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 dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*§ 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 dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)"*

Em contrapartida, eis o teor da Lei Federal nº 11.301/2006:



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

*"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. ....*

*§ 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." (NR)"*

Entende o Insigne Procurador Geral da República que a referida lei contraria os dispositivos constitucionais acima transcritos, por entender que as funções de magistério, mencionadas no texto constitucional, refere-se apenas ao ato de "ministrar aulas".

O tema é controvertido, exigindo uma reflexão aprofundada sobre dois aspectos: o significado da expressão "funções de magistério" inserida no texto constitucional e a eficácia de uma lei federal sobre a qual pairam dúvidas quando à sua constitucionalidade.

Analisaremos, inicialmente, o significado da expressão "funções de magistério" inserida no texto constitucional.

Pesquisando sobre a referida expressão, na internet, encontramos o artigo do Advogado Paulista, Dr. Demins Ricargo G. de Moura, no qual há citações da Profª Maria Sylvia Zanella di Pietro e decisão do STF, motivo pelo qual entendemos fundamental a citação do seguinte trecho:



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

4

*"Outro ponto que se mostra bastante árduo é saber qual o alcance da norma constitucional, para esclarecer o que seria 'funções do magistério'."*

*Entendemos que nas funções do magistério estão incluídas todas aquelas desempenhadas por professores e especialistas em educação nas atividades de ensino. Não podemos esquecer que a atividade de docência exige um suporte técnico na direção, na supervisão, na orientação, ou mesma na docência estritamente desempenhada.*

*As funções de especialistas em educação pressupõem o preenchimento de diversos requisitos, entre eles o de ser professor, além do exercício desta função por um período mínimo de tempo.*

*O especialista em educação que após anos de docência, cursos e concursos alcançou a função de especialista é previamente um professor, ou seja, é condição sine qua non do especialista em educação, ser professor.*

*Sob este mesmo diapasão, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADIN 122-1/600-DF, o então Ministro Marco Aurélio, hoje presidente da Egrégia Corte Constitucional, assim expôs:*

*Sob minha ótica, pelo menos, temos uma explicitação do que se entende como funções de magistério. Temos uma definição precisa da expressão 'funções do magistério' ao se indicar que também aqueles especialistas em assuntos educacionais estão protegidos, pela norma constitucional relativa à aposentadoria, com um menor tempo de serviço.*

*Senhor Presidente, o dia-a-dia, até mesmo da vida gregária, revela que especialistas em assuntos educacionais são professores, muito embora deslocados para atividades que não limitam a dação de aulas, ao magistério stricto sensu.<sup>(5)</sup>*

*O que se vislumbra na leitura no voto do Ministro Marco Aurélio, é que o especialista em educação é previamente um professor, que através dos anos, cursos e concursos realizados alcançou a função de especialista.*



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

4- Em relação ao período anterior à edição das espécies normativas mencionadas, deve-se aplicar a Lei Federal nº 11.301/2006, bem como a Lei Complementar Estadual nº 138, de 14.12.2006, considerando que a referida lei federal alterou a Lei 9394/96, e, ainda, em atenção ao princípio da igualdade.

É o meu voto, salvo melhor juízo.

*Eugênia Maria Nascimento Freire*  
EUGÊNIA MARIA NASCIMENTO FREIRE  
Procuradora do Estado – OAB/SE Nº 1.565



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

5

*O conceito constitucional de "funções do magistério", não é de forma alguma um conceito indeterminado, ou mesmo vago, mas sim determinado.*

*Conceito indeterminado é aquele que necessita de determinação para a sua aplicação, e vago aquele "cujo referencial na realidade fática não se encontra com tanta facilidade".<sup>(6)</sup>*

*O conceito constitucional quanto ao benefício especial é sem dúvida determinado, ou seja, todo o professor que exerça função do magistério, entendidas, por exemplo, a de docência, direção, supervisão, orientação não perde o direito à aposentadoria especial.*

*Neste sentido é o entendimento firmado pela Prof<sup>a</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro:*

*Tem-se que entender que a Constituição, ao referir-se ao Professor, quis abranger não só o que ocupa o cargo ou a função de professor e exerce especificadamente a docência em sala de aula, mas também as Professor que, em sua vida funcional, vai ascendendo aos postos mais elevados da carreira do magistério para, com sua experiência, exercer atribuições mais complexas de apoio à docência, muitas vezes em contato direto e constante com os alunos.<sup>(7)</sup>*

*O benefício apenas aos professores seria a própria inversão da ordem lógica e jurídica das normas, pois é incoerente que a professora necessite de apenas 25 anos de serviço para se beneficiar da aposentadoria especial, ao passo que o Especialista de Educação, que nada mais é do que um professor com um plus, aposente-se apenas com 30 anos.*

*Tal exegese constitucional é a mais adequada ao tema, vez que se o legislador pretendesse outra interpretação da norma, retiraria do texto a expressão "funções do magistério", e colocaria possivelmente "dentro de sala de aula".*

*Na previsão constitucional, quanto ao benefício da aposentadoria especial, não há separação entre especialista em educação e professor, a norma quis abranger e valorizar o professor por toda a*



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

6

*sua vida profissional. Quanto à não distinção legal, assim expõe o Prof. Carlos Maximiliano:*

*Quando o texto menciona o gênero, presumem-se incluídas as espécies respectivas; faz-se referência ao masculino, abrange o feminino; quando regula o todo, compreendem-se também as partes. Aplica-se a regra geral aos casos especiais, se a lei não determina evidentemente o contrário.*

*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus: 'Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir'.<sup>(8)</sup>*

*Tal distinção também não ocorre no âmbito coletivo, todos os professores, estando dentro da sala de aula, ou esteja nas funções de especialista de educação, estão todos subordinados ao Sindicato dos Professores, inexistente Sindicato dos Especialistas.*

*Todos os direitos adquiridos através de dissídio ou acordo coletivo abrange todos os integrantes da categoria, estejam eles nas funções de professor estritamente considerado ou como especialista de educação, razão pela qual é incabível a distinção no que tange ao direito à aposentadoria especial prevista constitucionalmente.*

*Sob a ótica social, a previsão quanto à aposentadoria especial apenas aos professores, excluindo aí os especialistas em educação, traria desestímulo ou mesmo cerceio ao acesso a cargos mais elevados, de maior responsabilidade e complexidade, como bem aponta a Prof<sup>a</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro:*

*Se a expressão 'professor' merecer interpretação restritiva significando apenas o docente, o especialista de educação estará definitivamente privado do direito à aposentadoria especial e a consequência será negativa para as escolas. Os docentes, certamente, não terão interesse em prestar concurso público para a direção ou supervisão.*

*Se a expressão 'efetivo exercício das funções de magistério' for interpretada como o exclusivo trabalho em sala de aula, o caos será geral.*

*A Constituição Federal em seu art. 206, V<sup>(9)</sup> prevê a valorização do profissional do ensino, de forma que a aposentadoria apenas aos*



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

7

*professores stricto sensu contrairia o previsto na norma constitucional.*

*Recentemente apreciando a referida tese, o Egrégio Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto ao direito da aposentadoria especial aos integrantes do quadro do magistério, incluindo os especialistas em educação e orientadora educacional:*

**APOSENTADORIA – PROFESSORES – ORIENTADORA EDUCACIONAL – TEMPO DE SERVIÇO.** O preceito constitucional regedor da aposentadoria dos professores contenta-se com o efetivo exercício em função do magistério, não impondo como requisito atividade em sala de aula. Assim, descabe ter como infringido o preceito da alínea 'b' do inciso III do art. 40 da CF 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. (STF – RE 196.707-2 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 03.08.2000).

*Assim, o direito à aposentadoria especial dos professores surgiu no direito pátrio a partir da legislação infra-constitucional passando a fazer parte da Carta Magna a partir de 1981 com a Emenda nº 18. Da mesma forma o período laborado até 28/04/1995 como integrante dos quadros do magistério deve ser contabilizado enquanto especial para fins de aposentadoria.*

*Por fim a expressão "funções do magistério" abrange não só os professores que exerçam atividades de docência dentro da sala de aula, mas todas as outras atividades relacionadas ao magistério e que lhe sirvam de suporte técnico e pedagógico, vez que tais atividades são exclusivas dos profissionais do ensino, portanto com pleno direito ao benefício da aposentadoria especial previsto na Constituição Federal."*

Após refletir sobre o tema, entendemos que a expressão "funções do magistério" não pode se limitar ao professor que exerça atividade de docência dentro da sala de aula, primeiro, porque o texto constitucional não fez essa restrição, segundo, porque a expressão é, em sua essência, abrangente das outras atividades relacionadas





GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ao magistério, que servem de suporte técnico e pedagógico, sem as quais a própria atividade do magistério estaria comprometida.

Seguindo essa linha de raciocínio, verificamos que a Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006 é compatível com o texto constitucional, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da mesma.

Partindo para a segunda reflexão, na hipótese de considerar duvidosa a constitucionalidade da referida lei, cabe-nos estudar se esse fato é suficiente para retirar imediatamente a sua aplicação ou se deve esperar a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, vale destacar os ensinamentos do Mestre José Afonso da Silva, quando leciona:

*"(...) Milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição. Essa presunção foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, § 3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência do Advogado Geral da União que obrigatoriamente defenderá o ato ou texto impugnado. (...)*

O descumprimento de uma lei em razão de considerá-la inconstitucional, é medida excepcional, que cabe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, como bem lembra o mestre Alexandre Moraes, citando Elival da Silva Ramos:

*"por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-la apenas ao Chefe do Poder Executivo, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Sempre que um*



GOVERNO DE SERGIPE  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

9

*funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa deverá propor submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa."*

No caso *sub examine*, mesmo que se se considerar questionável a constitucionalidade da Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, entendo que a mesma tem eficácia e aplicabilidade enquanto o Supremo Tribunal Federal não declara-la inconstitucional.

Via de consequência, entendemos que a Lei Complementar Estadual nº 138, de 14.12.2006 deve ser aplicada.

### III- VOTO – CONCLUSÃO

Ante o exposto, apresentamos as seguintes conclusões:

- 1- Entendemos que a Lei Federal nº 11.301/2006 que alterou o art. 67 da Lei nº 9.394 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), estabelecendo, para efeitos do disposto no §5º, do art. 40 e no §8º do art. 201 da CF/88, a definição das funções de magistério bem como a Lei Complementar Estadual nº 138, de 14.12.2006 guardam harmonia com a Constituição Federal de 1988;
- 2- Ratificamos o entendimento segundo o qual a expressão "*funções do magistério*" constante do art. 40, §m 5º e no §8º do art. 201 ambas da CF/88 não pode se limitar ao professor que exerça atividade de docência dentro da sala de aula, abrangendo, necessariamente, as outras atividades relacionadas ao magistério, que servem de suporte técnico e pedagógico, sem as quais a própria atividade do magistério estaria comprometida;
- 3- A propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3772, pelo Procurador Geral da República, em relação à Lei Federal nº 11.301/2006 não induz à inaplicabilidade da mesma enquanto o Supremo Tribunal Federal não declará-la inconstitucional;