

## A eficácia temporal e a inconstitucionalidade da Lei nº 11.301/2006

Bruno Sá Freire Martins\*

Em maio do corrente ano, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei n. 11.301, alterando dispositivos da Lei n. 9.394/96, com o intuito claro de atuar como norma interpretativa do texto constitucional no que tange a aposentadoria dita especial dos professores, prevista nos artigos 40, § 5º e 201, § 8º, da Carta Maior, estabelecendo que:

"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."

Expandiu-se, portanto, a possibilidade de aposentadoria especial também aos especialistas em educação, mas somente quando estes estiverem exercendo atividades de docência no âmbito da unidade escolar, ou de direção de escola, coordenação ou assessoramento pedagógico. Também se permitiu aos professores ter computado como função exclusiva de magistério o período em que este estiver na função de diretor de escola, coordenador ou assessor pedagógico.

O rol apresentado pela nova lei é *numerus clausulus*, portanto, não alcança atividades assemelhadas ou mesmo qualquer outro cargo que não os de professor e especialista em educação.

Assim, é preciso restar claro que a possibilidade de contagem de tempo de contribuição como de efetivo exercício em função exclusiva de magistério somente ocorrerá para os professores e especialistas em educação que se encontrem ministrando aula, na direção da escola ou na condição de coordenador ou assessor pedagógico.

Esclareça-se que a Constituição Federal em sua redação original estabeleceu que a aposentadoria poderia se dar de forma voluntária aos 30 anos de efetivo exercício em função de magistério para os professores e aos 25 anos de efetivo exercício em função de magistério para as professoras.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98 restou estabelecido no § 5º, do artigo 40, que os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos em 5 anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para professor que comprove

exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

O referido diploma legal entrou em vigor na data de sua publicação trazendo para o mundo jurídico controvérsias acerca de sua eficácia temporal e até mesmo de sua constitucionalidade, frente aos princípios jurídicos vigentes no ordenamento pátrio bem como ao teor do texto constitucional dito regulamentado.

---

### Da Eficácia Temporal

O novel diploma legal estabeleceu como data de sua entrada em vigor o dia de sua publicação no Diário Oficial da União, fato este ensejador da discussão acerca de o alcance temporal de seus ditames, vez que para aqueles que ainda não se aposentaram despertou-se o questionamento se o tempo de serviço/contribuição exercido pelos professores na condição de Assessor ou Coordenador Pedagógico ou Diretor de Escola antes do advento da norma poderia ser considerado como de efetivo exercício em sala de aula já que o mesmo somente será computado na data de sua aposentadoria.

Isto porque no que tange ao tempo de contribuição existem dois momentos distintos: o primeiro é o em que a pessoa prestou o serviço ou contribuiu efetivamente para o regime e o segundo o momento em que será auferido o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria.

O primeiro momento é aquele em que ocorreu a situação fática (atividade laboral ou realização da contribuição previdenciária) regulado pela legislação em vigor naquele momento, como, por exemplo, acontece com aqueles professores que exerceram a direção de escola no ano de 2004, neste momento não havia qualquer diploma legal que estabelece a possibilidade de cômputo deste tempo como de função exclusiva de magistério prevalecendo então o entendimento jurisprudencial até então preponderante.

Outro momento é o em que será verificado o preenchimento dos requisitos para a aposentadoria, digamos que o mesmo professor venha a pleitear o benefício em 2007 e somente lá será contado seu tempo de contribuição, devendo então observar-se a legislação em vigor na data da realização da contribuição ou a em vigor na data de sua contagem.

E aí é bom lembrar que a lei é expedida para disciplinar fatos futuros. O passado escapa ao seu império. Sua vigência estende-se, como já se acentuou, desde o início de sua obrigatoriedade até o início da obrigatoriedade de outra lei que a derogue. Sua eficácia, em regra, restringe-se exclusivamente aos atos verificados durante o período de sua existência. É o sistema ideal, que melhor resguarda a segurança dos negócios jurídicos. [01]

O Brasil adota como regra o princípio da irretroatividade da norma, salvo a expressa previsão no texto normativo acerca de sua aplicabilidade a fatos anteriores a sua entrada em vigor (artigo 6º, da LICC).

No âmbito previdenciário prevalece o entendimento de que os fatos para serem jurídicos, ante o princípio da irretroatividade legal, não de acontecer posteriormente à sua juridicização abstrata. Fatos ocorridos antes da constituição formal da hipótese de incidência, salvo raras exceções, não geram consequências jurídicas. A temporariedade do fato, portanto, é elemento de suma importância na delimitação da subsunção normativa, posto, como visto, tal fenômeno somente ocorrerá em razão de fatos concretos futuros. [02]

Além do que destinadas as normas naturalmente ao futuro, contadas da sua vigência e eficácia, o ponto nuclear do direito intertemporal é saber se as leis podem retroagir, ser a retroprojeção tão evidente quanto a projeção, ou se algumas normas podem deter retroeficácia. A naturalidade da validade prospectiva deriva de sua necessidade, a tentativa de refazer distorções, melhorar situações, modificar condições, ou seja, a legislação interferir no mundo real. Preocupação justificada porque da posição escolhida pode depender o direito das pessoas. Hélio do Valle Pereira sintetiza essas idéias: 'Em nosso direito, as leis destinam-se a reger fatos que lhe são posteriores. A aplicação da lei nova ao fato pretérito, bem verdade, e viável, mas exige expressa previsão normativa. E só é possível pena de inconstitucionalidade, se não vulnerar o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada'. (Prescrição e Decadência no Direito Previdenciário, in RPS n. 226/751). [03]

Daí o Superior Tribunal de Justiça firmar entendimento no sentido de que:

"PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. MAGISTRADA FEDERAL. ATIVIDADE DESOLICITADORA ACADÊMICA. CONTRIBUIÇÃO. RECOLHIMENTO. DESNECESSIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98.- Admite-se o cômputo do tempo de serviço em favor de magistrados que exerceram antes da investidura a advocacia ou atuaram como solicitadores sem a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições exigidas pelo INSS para fins de averbação do referido tempo laboral.- Com o advento da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, o sistema previdenciário tornou obrigatório o recolhimento das contribuições para fins de contagem de tempo de serviço, resguardando, entretanto, as situações já consolidadas.- As alterações na Lei Previdenciária não podem retroagir para alcançar fatos anteriores a ela, em face do princípio do tempus regit actum.- Recurso Especial improvido" (STJ. REsp. 627472/RS. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª T. DJ. 01/07/2004)

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. LEI Nº 9.032/95 E DECRETO Nº 2.172/97. DESNECESSIDADE EM RELAÇÃO AO SERVIÇO PRESTADO NO REGIME ANTERIOR. 1. "1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria de que é instrumental. 2. O tempo de serviço é regido sempre pela lei vigente ao tempo da sua prestação. Dessa forma, em respeito ao direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições adversas e a lei da época permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo de serviço assim deve ser contado. 3. Até o início da vigência do Decreto nº 2.172/97, que regulamentou

a Lei nº 9.032/95, a cada dia trabalhado em atividades enquadradas como especiais (Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79), realizava-se o suporte fático da norma que autorizava a contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada, de modo que o tempo de serviço convertido restou imediatamente incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, tal como previsto na lei de regência. 4. A exigência da comprovação técnica da efetiva exposição do trabalhador aos agentes nocivos (Lei nº 9.032/95), para fins de contagem diferenciada do tempo de serviço, só teve lugar a partir da vigência do Decreto nº 2.172/97. (...)" (REsp 498.325/PR, da minha Relatoria, in DJ 15/12/2003).2. Recurso improvido." (STJ. REsp 440298/RN. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. 6ª T. DJ. 28/06/2004)

Então necessário se faz concluir a primeira vista que o dispositivo introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 11.301 somente produzirá efeitos em relação ao tempo de contribuição exercido efetivamente após a sua entrada em vigor, ou seja, 11 de Maio de 2006, contudo poder-se-ia cogitar de que por se tratar de norma de natureza interpretativa a mesma teria seus efeitos retroagidos até o advento da Carta Maior.

Isto porque as normas de natureza interpretativa surgem no mundo jurídico com o intuito claro de esclarecer dúvidas acerca da forma pela qual deve ser interpretada outra norma e como tal alcança inclusive fatos ocorridos anteriormente a entrada em vigor, ensejando o fenômeno da retroatividade.

Entretanto, é importante termos em mente que a função de interpretação das leis pertence ao Poder Judiciário. Assim, se este já fixou uma das interpretações possíveis como sendo a que se deve adotar, se a jurisprudência firmou-se preferindo determinada interpretação entre as que foram sustentadas para um dispositivo legal, não cabe ao legislador, a pretexto de editar lei interpretativa, adotar interpretação diversa daquela já adotada pelo Judiciário. Pode, sem dúvida, legislar adotando entendimento diverso, e mesmo oposto, ao que tenha sido adotado pela jurisprudência. Neste, caso, porém, não estará produzindo lei simplesmente interpretativa, e sim lei que indiscutivelmente inova na ordem jurídica, removendo o entendimento jurisprudencial.

Conseqüência disto é que a lei nova não poderá ser aplicada a fatos consumados antes do início de sua vigência. Não poderá retroagir. [04]

Antes do advento da novel legislação federal o Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento quase que unânime, ensejador inclusive da edição da Súmula 726 no sentido de que somente seria considerado como tempo efetivo em função de magistério aquele exercido em sala de aula.

Portanto, ocorreu sim inovação no mundo jurídico acerca da interpretação do texto constitucional a qual deve obrigatoriamente quedar-se diante do princípio da irretroatividade da norma.

Por fim, é preciso lembrar que para se interpretar a legislação previdenciária há de se observar os princípios constitucionais de seguridade social, bem como os princípios doutrinários. O intérprete deve sempre lembrar que o sistema previdenciário brasileiro é contributivo ancorado no equilíbrio financeiro-atuarial. [05]

E as premissas atuariais utilizadas quando da confecção do cálculo atuarial norteador das alíquotas de equilíbrio dos Regimes Previdenciários consideraram a legislação em vigor e a interpretação jurisprudencial existente a época, fato este impeditivo por isso da retroatividade da interpretação da nova lei sob pena de se alterar o equilíbrio atuarial dos Regimes face ao estabelecimento de nova realidade pretérita que não condiz com os parâmetros atuariais utilizados noutra oportunidade.

---

## Da Inconstitucionalidade da Norma

A Constituição Federal com a reforma promovida em 1998 estabeleceu que os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos em 05 (cinco) anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, conforme já mencionado.

Inicialmente, pode-se perfeitamente reconhecer a inconstitucionalidade da expressão especialista em educação trazida pelo texto da lei, vez que a Constituição Federal ao excepcionar os requisitos para aposentadoria somente o fez em favor dos professores, sequer mencionando a possibilidade de se estender o texto para ocupantes de cargos ou funções assemelhadas (arts. 40, § 5º e 201, § 8º, da CF).

O especialista em educação é aquele profissional cujas atribuições estão voltadas eminentemente para os aspectos gerenciais e administrativos existentes dentro de uma escola.

Não pode a lei infraconstitucional dar alcance maior do que aquele estabelecido pelo texto constitucional, ainda que sob o pálio de se configurar como norma de natureza interpretativa. Porque toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. [06]

Além disso, as aposentadorias especiais existem com o intuito de propiciar àquelas pessoas que estão expostas a atividades laborais que lhe exigem maior desgaste e risco em sua execução, uma compensação pelo envelhecimento precoce e um final de vida sujeito a ocorrência de males decorrentes da exposição aos agentes nocivos implícitos nas ações laborais desenvolvidas durante sua vida profissional ativa.

Então, não poderia ser diferente com relação a área do magistério, onde os professores são diariamente expostos ao contato com instrumentos de trabalho que atuam como agentes prejudiciais a sua saúde (pó de giz), além de submeter suas cordas vocais a esforço repetitivo e desgastante durante jornadas de 20, 30 e até 40 horas semanais em sala de aula tudo com a finalidade de ensinar as crianças e os jovens.

Funcionando, ainda, como verdadeiros substitutos da família, já que numa sociedade onde os Pais tem cada vez menos tempo para conviver com os seus filhos

quem dera para educá-los, cabe ao professor mostrar-lhes o que é certo e errado, os valores e a moralidade social. [07]

A aposentadoria especial do professor é, na verdade, para o professor no efetivo exercício do 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 de aposentadoria especial. [08]

Sedimentado neste entendimento e em outros tantos prolatados no mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 726 com o seguinte enunciado:

"Para efeito de aposentadoria especial de professor, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula."

Na contramão do entendimento do pretório a Lei n. 11.301/06 considerou como funções exclusivas de magistério o desempenho dos cargos de coordenador e assessor pedagógico e de diretor de escola, as quais estão voltadas eminentemente para a área meio de uma escola. Não é possível comparar-se as atividades desenvolvidas pelos professores em sala de aula com aquelas desenvolvidas pelos ocupantes destas funções.

A extensão dos benefícios da aposentadoria especial aqueles que estejam na condição de assessor, coordenador ou diretor afasta o escopo da norma constitucional que, conforme já salientado, é premiar aqueles que diariamente se sujeitam às intempéries e desgastes de uma sala de aula.

Todos nós fomos, somos ou seremos alunos em determinado momento de nossas vidas e sabemos perfeitamente que quem efetivamente convive com os conflitos, dissabores, elogios e dificuldades dos alunos são aqueles que efetivamente se encontram em sala de aula, assumindo a responsabilidade de transmitir conhecimento e também educar para a vida.

Em que pese a importância das atividades desenvolvidas pelos assessores, coordenadores ou diretores dentro de um estabelecimento educacional, estas funcionam apenas como apoio gerencial para as atividades desenvolvidas dentro de uma sala de aula.

Portanto, o diploma legal em questão encontra-se inválido de inconstitucionalidade vez que extrapola o rol constitucional de beneficiários do que estabelecem os artigos 40, § 5º e 201, § 8º, afastando-se, ainda, do verdadeiro escopo da possibilidade de aposentadoria especial para os professores.

---

Notas

01 MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, 1º Volume, editora Saraiva, 37ª edição

02 BERBEL, Fábio Lopes Vilela, Teoria Geral da Previdência Social, editora Quartier Latin

03 MARTINEZ, Wladimir Novaes, Direito Adquirido na Previdência Social, 2ª edição, editora LTr.

04 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 27ª edição, editora Malheiros.

05 JÚNIOR, Miguel Horvath. Direito Previdenciário. 4ª edição, editora Quartier Latin

06 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 5ª edição, editora Saraiva.

07 MARTINS, Bruno Sá Freire. O ALCANCE DA EXPRESSÃO FUNÇÃO EXCLUSIVA DE MAGISTÉRIO NA APOSENTADORIA DOS PROFESSORES, Revista de Previdência Social n. 300, Novembro/2005, editora LTr.

08 Trecho do Voto do Min, Carlos Veloso no RE 350.916/SP, DJ. 24/10/2002.

\*advogado e pós-graduado em Direito Público.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **A eficácia temporal e a inconstitucionalidade da Lei nº 11.301/2006** . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1134, 9 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8753>>. Acesso em: 09 ago. 2006.