

Tribunal de Contas do Distrito Federal

MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCESSO Nº 7696/96

PARECER Nº

EMENTA:

Consulta. Secretário de Educação. Retificação de Aposentadoria e Ressarcimento. TIDEM e 40 horas. Vantagens da Lei 6732/79 em face da Lei 8911/94 revogadora. Tempo de inatividade para complementação da TIDEM - Vantagens do artigo 184 - Ausência de dados para computar tempo de regência de classe. Validade da decisão do Tribunal até decisão do STF em RE, sobre tempo de serviço efetivo de magistério. Especialistas de Educação: ausência de ADIN, competência da Corte para afastar norma inconstitucional. Validade das aposentadorias assim concedidas até a decisão do STF, revisão da decisão.

Tratam os autos da consulta formulada pelo Sr. Secretário de Educação nos seguintes termos:

"(...)

I. Quando o Tribunal de Contas do Distrito Federal decide pela ilegalidade de uma concessão, sem apresentar opções, a Fundação Educacional do Distrito Federal poderá:

a) retificar o ato de aposentadoria, para conceder proventos proporcionais ao tempo de serviço, mediante manifestação do interessado?

b) na hipótese da retificação, como não houve determinação do TCDF nesse sentido, qual o procedimento da FEDF com relação aos ressarcimentos?

II. Quando o Tribunal de Contas do Distrito Federal decide pela ilegalidade e apresenta opções, como retorno à atividade, como deverá proceder a Fundação Educacional do Distrito Federal?

*a) com relação às vantagens da **TIDEM** que, conforme a Lei nº 356, de 20 de novembro de 1992, alterada pela Lei nº 695/94, prevê, em seu*

artigo 5º:

'Art. 5º - O integrante da Carreira Magistério Público do Distrito Federal que vier a se aposentar, estando submetido ao Regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva ao Magistério Público-TIDEM e tenha completado pelo menos 19 (dezenove) meses nesse regime nos 03 (três) anos que antecederam a aposentadoria, terá incorporada integralmente aos proventos a importância a que se refere o art. 4º desta Lei (grifo nosso)

b) com relação as vantagens das 40 horas, o artigo 41, parágrafo 7º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, assim dispõe:

'Art. 41 - O servidor será aposentado:

.....

§7º - Aos servidores com carga horária variável, são assegurados os proventos de acordo com a jornada predominante dos últimos três anos anteriormente à aposentadoria.'

Então, para fins de concessão destas vantagens na nova inativação, poderemos considerar o tempo que antecedeu à aposentadoria, onde os servidores preenchiam os requisitos acima, sem computar o tempo de inatividade?

c) com relação às funções, pergunta-se: O servidor poderá permanecer com as vantagens inicialmente concedidas, com fulcro na Lei nº 6.732/79, artigo 1º, parágrafos 1º e 3º, mesmo após o retorno, levando ainda a função e os adicionais incorporados, uma vez que em 12.07.94, data em que a Lei foi revogada pela Lei nº 8.911/94, preenchia todos os requisitos?

A saber:

- tempo para aposentadoria proporcional;
- quintos incorporados; e
- ocupava cargo comissionado.

d) o tempo de inatividade poderá ser contado parcialmente, a pedido do interessado, para nova aposentadoria proporcional, de forma que a carência prevista na Lei nº 695/94 (TIDEM) e do regime de 40 horas, artigo 41 da Lei Orgânica do Distrito Federal, possa completar o tempo parcial de inatividade?

e) se o servidor apresentar tempo de serviço anterior à data da aposentadoria para ser averbado e este complemento o tempo necessário para a inativação, de forma que em dezembro de 1992 totalizasse 30 (trinta) anos de serviço, então esse servidor será alcançado pelo benefício do artigo 184 da Lei nº 1.711/52?

III. Quanto a apuração do efetivo exercício de Magistério, a Fundação Educacional do Distrito Federal não dispõe de dados sistematizados anteriores a 1991, ano da edição da Lei nº 202, de 09 de dezembro de 1991, que criou a gratificação de regência de classe. Assim, poderemos considerar, como efetivo exercício de magistério, o período que o professor esteve em escola e ou em convênios, com atividade de regência de classe, sem ocupar cargo comissionado? É de ressaltar

que as informações sobre a regência dos períodos anteriores ao ano de 1991, são colhidas junto as escolas que por vezes, não dispõem dessa informação, ou até mesmo foram desativadas.

IV. A Ata nº 3.037, de 25 de outubro de 1994, que considerou com tempo de efetivo exercício de magistério, aquele desenvolvido em regência de classe no Departamento de Pedagogia e os cargos de Secretário de Educação, Diretor-Executivo e outros direta e preponderantemente ligados ao ensino oficial, poderá este período ser considerado para a aposentação especial até a data da Decisão do Supremo Tribunal Federal - RE nº 182015-23, de 12.03.96?

V. O artigo 41 da Lei Orgânica do Distrito Federal estendeu o benefício da aposentadoria especial aos Especialistas em Educação, até a presente data, não se tem conhecimento da suspensão da eficácia do referido artigo.

(...)

Assim, indago a Vossa Excelência se as aposentações concedidas aos servidores ocupantes do cargo de Especialista de Educação, no período compreendido entre a data da edição da Lei Orgânica do Distrito Federal e a data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 182015-23, julgadas ilegais em Decisões desse egrégio Tribunal, podem ser revistas para serem consideradas legais?

02. A instrução respondeu uma a uma as indagações formuladas:

"Portanto, a princípio (retornaremos a esse tema posteriormente), nos casos de aposentadorias consideradas ilegais por esta Casa restam aos seus interessados apenas duas alternativas:

a) retorno à atividade; ou

b) aposentar-se proporcional ou integralmente, conforme o caso, aproveitando o tempo de inatividade, de acordo com o art. 103, parágrafo 1º da Lei nº 8.112/90, desde que requerida.

5. Como se vê, nesse caso, não está prevista a retificação, ou seja, a transformação de aposentadoria julgada ilegal em aposentadoria proporcional na data da publicação do ato concessivo original. Apenas existe, desde que requerida, a possibilidade de nova aposentadoria, com o aproveitamento do tempo em que o servidor esteve aposentado, na forma prevista no artigo 103, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90.

6. Quanto ao segundo questionamento, item I, letra 'b': ' na hipótese da retificação, como não houve determinação do TCDF nesse sentido, qual o procedimento da FEDF com relação aos ressarcimentos?'. A esse respeito remetemos a discussão ao contido no parágrafo 27.

(...)

9. Então, para as aposentadorias concedidas com o aproveitamento do tempo em que o servidor esteve aposentado, tem-se que publicar novo ato de concessão, pois trata-se de nova aposentadoria e, conseqüentemente, elaborar nova certidão de tempo de serviço, novo abono provisório e, ainda, se for o caso, comprovar o direito à incorporação das vantagens porventura concedidas.

10. Aplicando o permissivo legal retromencionado, na análise das

aposentadorias em questão, temos a observar que para o servidor fazer jus às vantagens supramencionadas, anteriormente concedidas, necessário se faz que sejam verificados os pressupostos legais inerentes àquelas vantagens, computando o tempo de inatividade, porém apenas para efeito de aposentadoria.

(...)

13. Dessa forma conjugando o entendimento reinante nesta egrégia Corte ao disposto no art. 103, § 1º da Lei nº 8112/90, temos que as aposentadorias consideradas ilegais não podem ser retificadas, sendo o tempo de inatividade computando apenas para efeito de nova aposentadoria, não servindo o mesmo para acréscimo de quaisquer vantagens.

14. Contudo, entendemos estarmos diante de situação ímpar, merecedora de tratamento especial. As aposentadorias especiais concedidas aos Professores e Especialistas de Educação foram consideradas ilegais com base na inconstitucionalidade de tais concessões. No primeiro caso (Professores), com base em recentes decisões do STF tratando especificamente da matéria, e no segundo (Especialistas em Educação), com base no conteúdo de votos prolatados em Ações Diretas de Inconstitucionalidade tratando de assuntos semelhantes.

(...)

19. Acrescentamos, ainda, que em passado não muito distante, deparou-se este egr. Plenário com situação semelhante à ora analisada, quando apreciou as concessões de aposentadorias com proventos proporcionais adicionados das vantagens previstas no art. 184, da Lei nº 1.711/52, sob o pálio do Parecer nº 3.098/89 - 1ª SPR..

(...)

22. A opção acima citada foi admitida por esta egrégia Corte, ficando caracterizada, a nosso ver, decisão eminentemente benéfica, com o fito de resguardar o interessado de boa-fé.

(...)

25. Destarte, entendemos ser imperioso resguardar o interessado de boa-fé, aliás, como sempre dicidido nesta eg. Corte. Assim, admitimos, s.m.j., ser razoável permitir, excepcionalmente, aos servidores em pauta, uma terceira alternativa, além das elencadas pelo ilustre Conselheiro Jorge Caetano (parágrafo 3º), qual seja, a retificação dos atos concessórios de suas respectivas aposentadorias, tornando-as proporcionais, desde que requeridas.

(...)

27. No caso específico, ao se proceder a retificação dos atos das aposentadorias com proventos integrais para aposentadorias com proventos proporcionais, temos que ressaltar os efeitos financeiros envolvidos na questão, isto é, deverá ocorrer a reposição aos cofres públicos da diferença entre os proventos integrais e os proporcionais. Contudo, entendendo esta Corte que as quantias pagas a maior foram recebidas de boa-fé, poderá ser dispensado o seu ressarcimento, aplicando a Súmula 106 do Tribunal de Contas da União, in verbis:

' julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade de reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.'

(...)

30. No que se refere aos 'quintos', temos que se tratam de vantagens pessoais, incorporadas na atividade, portanto em hipótese alguma perder-se-ia o direito às mesmas (direito adquirido). Porém, quanto às

vantagens 'opção' e 'representação', destacamos tratar-se de matéria pendente de decisão definitiva desta Corte, sendo temerário adiantar qualquer informação a respeito.

(...)

33. Partindo do princípio que a carência mencionada no questionamento em pauta refere-se aos três anos citados no permissivo legal supra, temos que essa é contada a partir da aposentadoria. Assim, há de se ter no período de carência, conforme grifado, pelo menos 19 meses sob o regime TIDEM. Caso nova aposentadoria ocorra, essa será o novo marco, sendo contado novo período de carência retrocedendo três anos a partir da publicação da mesma, considerado, inclusive o tempo de inatividade, haja vista o art. 103, § 1º da Lei nº 8112/90 prever expressamente que esse período é computável para nova aposentadoria.

(...)

35. Frisamos que quando do retorno o servidor tem que se submeter novamente ao regime TIDEM, visto que, conforme a lei, somente o servidor '...que vier a se aposentar, estando submetido ao Regime...terá incorporada integralmente...' a vantagem em comento.

(...)

38. Do exposto, retornando ao questionamento (parágrafo 31), concluímos que, para efeito da incorporação das vantagens TIDEM e CARGA HORÁRIA DE 40 HORAS, o tempo de inatividade é computado integralmente para o período de carência, e nunca parcialmente conforme aventado (raciocínio idêntico é aplicável à GATE, mencionada no parágrafo 7º).

(...)

40. A respeito do supracitado, ressalvamos a impropriedade da restrição à idade de 30 anos, haja vista que o requisito do benefício é o tempo para aposentadoria com proventos integrais (variável). Consolida-se nesta Casa o entendimento de que a averbação tardia gera efeitos a partir do ato de concessão da aposentadoria.

41. Acrescentamos que ultimamente essa egr. Corte tem-se posicionado no sentido de que em averbações tardias que alterem a fundamentação legal há a necessidade de retificação do ato concessório, em vez de revisão como no mencionado. Como exemplo citamos o processo nº 1412/91 (SEA), de Maria da Conceição Ribeiro de Barros, Decisão nº 9145 de 15.10.96.

42. Destarte, entendemos que, caso o servidor comprove tempo de serviço anterior a sua aposentação, e, neste caso venha a satisfazer, pelo menos até véspera da mesma, os pré-requisitos temporais para as vantagens do artigo 184 da Lei 1.711/52, as mesmas deverão prevalecer.

43. No item III, em suma, questiona-se a respeito da comprovação do efetivo exercício do magistério. Esta Corte de Contas, por meio da Decisão nº 7638/96 (processo 3069/96), firmou " ...o entendimento de que a aposentadoria especial do art. 40, III, alínea 'b', da CF, é restrita a professor, ocupante de cargo de provimento efetivo, e com exclusiva contagem de tempo de exercício em sala de aula...", resguardadas '...as situações constituídas até 11.07.96, data da Decisão nº 6085/96...'.

44. A partir de 12.07.96, há que se comprovar, nos casos de aposentadorias especiais de professor, o efetivo exercício em sala de aula. No questionamento vertente, afirma-se não haver o devido

controle das atividades exercidas pelos professores, indagando sobre a possibilidade da comprovação do efetivo exercício em sala de aula sob critério de exclusão, ou seja, comprovando-se que o professor estava lotado em escola, sem cargo comissionado, considerar-se-ia tal período como regência de classe.

(...)

47. Sobre o critério defendido pela FEDF, também por exclusão, entendemos que de outra forma, concedendo-se a aposentadoria especial somente àqueles que efetivamente comprovarem que estiveram em regência de classe, o prejuízo aos interessados seria muito grande, e não por falhas destes, mas sim da jurisdicionada.

48. À fl. 03, Item IV, pergunta-se: "A Ata nº 3.037, de 25 de outubro de 1994, que considerou como tempo de efetivo exercício de magistério, aquele desenvolvido em regência de classe no Departamento de Pedagogia e os cargos de Secretário de Educação, Diretor-Executivo e outros direta e preponderantemente ligados ao ensino oficial, poderá este período ser considerado para a aposentação especial até a data da Decisão do Supremo Tribunal Federal - RE nº 182015-23, de 12.03.96?"

49. A esse respeito, entendemos estar bem claro o posicionamento desta Corte de Contas de que estão resguardadas as situações em questão caso constituídas até 11.07.96, ou seja, a Decisão nº 7638/96, exarada no processo nº 3069/96 (Representação nº 01/96), mantém a orientação tomada no processo 5019/92, referente à Auditoria realizada na FEDF até a citada data. Frisamos que a mencionada decisão foi objeto de pedido de reexame pela jurisdicionada, ainda em tramitação no âmbito desta Casa.

50. Finalmente, à fl. 10, indaga-se "as aposentações concedidas aos servidores ocupantes do cargo de Especialista de Educação, no período compreendido entre a data da edição da Lei Orgânica do Distrito Federal e a data de publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 182015-23, julgadas ilegais em Decisões desse egrégio Tribunal, podem ser revistas para serem consideradas legais?" Tal questionamento refere-se a aposentadorias cujos registros foram negados por esta Casa, haja vista fundamentação (art. 40, III, "b" da LODEF) ter sido considerado inconstitucional.

(...)

55. Este Tribunal, por sua vez, diante de tão patente inconstitucionalidade, haja vista elucidativas palavras do eminente Ministro Ilmar Galvão, negou-se a aplicar o dispositivo distrital.

(...)

58. Todavia, não podemos deixar de nos sensibilizar pela situação daqueles que, por culpa do legislador distrital, e por que não dizer, da própria administração, estão hoje em situação precária. Destarte, destacamos pertinente o disposto nos parágrafos 25 a 27, nos quais defendemos a possibilidade de facultar aos interessados a opção pela retificação de seus atos de aposentadoria.

Enfim, concluímos por sugerir ao egrégio Plenário que responda a presente consulta nos termos aqui apresentados:

a) Quanto ao item I, letra "a" - da possibilidade de retificar as aposentadorias especiais, consideradas ilegais, para proporcionais:

- que este egr. Plenário poderá rever decisões referentes às aposentadorias em comento e, excepcionalmente, facultar à

Administração, conforme opção do servidor, convalidar o ato, **retificando-o** de alínea "b" para alínea "c", mantendo os efeitos financeiros na data da publicação do ato inicial das aposentadorias e, por conseguinte, as vantagens devidamente comprovadas nessa data;

b) **Quanto ao item I, letra "b"** - do ressarcimento no caso de aceita a possibilidade da retificação:

- que o ressarcimento seja dispensado nos termos da Súmula 106 do Tribunal de Contas da União (parágrafo 27);

c) **Quanto ao item II, letras "a" e "b"** - do aproveitamento do tempo de inatividade para as vantagens TIDEM, CARGA HORÁRIA DE 40 HORAS e GATE (a última incluída a nosso critério):

- que período de inatividade art. 103, § 1º da Lei nº 8112/90) é contado, exclusivamente, para fins de nova aposentadoria, não devendo ser considerado para quaisquer outros efeitos, como, por exemplo, efetivo exercício de magistério, acréscimo de vantagens, comprovação de direitos, etc. Conseqüentemente, temos que:

c.1) TIDEM: será mantida, **sempre integralmente**, desde que possível o cumprimento dos pressupostos temporais vigentes à data da nova concessão;

c.2) CARGA HORÁRIA DE 40 HORAS: será mantida, desde que possível o cumprimento dos pressupostos temporais vigentes à data da nova concessão;

c.3) GATE: será mantida, desde que possível o cumprimento dos pressupostos temporais vigentes à data da nova concessão;

d) **Quanto ao item II, letra "c"** - sobre as vantagens 'quintos', 'opção' e 'representação', concedidas inicialmente com fulcro na Lei nº 6.732/79, artigo 2º, §§ 1º e 3º, caso o inativo opte pelo retorno à atividade:

d1) que os 'quintos', por serem vantagem pessoal, incorporadas na atividade, serão mantidos (direito adquirido);

d2) que quanto às vantagens 'opção' e 'representação' há que aguardar solução definitiva, sendo inviável adiantar qualquer informação a respeito.

e) **Quanto ao item II, letra 'd'** - do aproveitamento parcial do tempo de inatividade para as vantagens TIDEM e CARGA HORÁRIA DE 40 HORAS para o período de carência:

- que, conforme evidenciado nos parágrafos 31 a 38, o aproveitamento parcial do período de inatividade é inadmissível, sendo tal tempo computado integralmente;

f) **Quanto ao item II, letra 'e'** - do aproveitamento de tempo não averbado (averbação tardia) para fins do benefício do artigo 184 da Lei nº 1.711/52:

- que, haja vista os antecedentes dos processos nº 5993, 947/93 e

1412/91, é pacífica nesta casa essa possibilidade;

g) Quanto ao item III - da comprovação do efetivo exercício do magistério diante do fato de que, em muitos casos, informações necessárias não são disponíveis:

- que esta Casa aceitará o critério da exclusão, ou seja, caso seja comprovado que o Professor esteve lotado em escola, sem exercer cargo comissionado, esse tempo, mediante documento assinado pelo interessado, com a cláusula 'sob as penas da lei', será admitido como de efetivo magistério;

h) Quanto ao item IV - do aproveitamento de determinados cargos comissionados como de efetivo magistério:

- que esta Casa reitera sua Decisão nº 7638/96, processo nº 3069/96 (Representação nº 01/96), na qual fixa que estão resguardadas as situações constituídas até a data limite de 11.07.96;

i) Quanto à revisão, pela legalidade, das decisões exaradas nas aposentadorias consideradas no período entre a data da edição da LODF e a data da publicação da decisão do STF no RE nº 181015-23:

- que, diante da flagrante inconstitucionalidade das citadas concessões, não são admissíveis revisões de decisão, porém é facultado aos interessados a retificação mencionada no item 'a', observado o disposto no item 'b' deste relatório.

02.
presente consulta ressaltou:

O Sr. Diretor da 2ª DT da 4ª ICE após analisar os autos da

"04. No presente caso, verificamos o desatendimento da última exigência retromencionada, pois, juntou-se à consulta pareceres jurídicos apenas relacionados com o tema nela tratado e não incidente sobre o seu próprio texto, inclusive tratando de casos concretos e anteriores a ela.

05. De todo modo, como já existem precedentes nesta Casa, de relevação a tais desatendimentos, e considerando que as dúvidas que se pretende esclarecer, estão trazendo muitos transtornos aos órgãos envolvidos, especialmente à FEDF e ao próprio TCDF, além, é claro, da ansiedade gerada aos interessados nas concessões consideradas ilegais pela Corte, que vêm assoberbando o Tribunal com pedidos e mais pedidos de reexame de suas decisões, nesse assunto, entendemos, por conseguinte, que pode este Tribunal conhecer da referida consulta.

06. Indispensável é realçar, que as questões contempladas na presente consulta, em sua grande maioria, já estão sendo tratadas nesta Corte, especialmente nos processos nºs: 3069/96, que cuida da Representação 01/96, do Auditor Osvaldo Rodrigues, acerca da especificação de tempo de serviço aproveitável à aposentadoria especial de professor; e processo 6070/96 sobre pedido de esclarecimentos solicitados pelo Sindicato dos Professores no DF - SINPRO/DF, contendo formulações semelhantes às aqui estudadas.

07. Apesar de indubitável relevância de cada uma das questões englobadas na consulta, de per si, recai aquela que discute a incorporação da Gratificação de Regência de Classe - GRC, também conhecida por 'pó de giz'. Nesse caso a dificuldade maior é a falta de registros específicos por parte da FEDE, que comprovem a regência de classe por parte de seu quadro de professores.

08. Assim, ainda que a proposta de confirmar a regência de classe por exclusão, como explicado no parágrafo 44 (fls. 32/33), pareça caracterizar uma situação bastante discutível, à falta de melhores alternativas, entendemos por viável a resposta à jurisdicionada no sentido positivo, por considerar inadmissível que os professores que estiverem de fato nesta condição sejam prejudicados por inoperância da Administração."

04. Os autos foram distribuídos ao nobre Conselheiro José Eduardo Barbosa que, a par de remeter os autos ao Ministério Público, acrescenta a necessidade de referido processo ser redistribuído ao Relator dos autos nº 6070/96, o que, foi aprovado pelo Plenário à fl. 51.

05. Entrementes, chegou ao Ministério Público o arrazoado que peço vênia para juntar, ocasião em que os Especialistas de Educação defendem a constitucionalidade da norma legislativa local que lhes dá direito à aposentadoria especial, que seria distinta do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, a qual o STF declarou inconstitucional:

"... Verifica-se, todavia, que as situações de Minas Gerais e do Distrito Federal, são substancialmente diferentes, a despeito de ambas tratarem de aposentadoria dos servidores públicos do Magistério.

(...)

*Assim, enquanto a Lei Orgânica do Distrito Federal estabelece que a aposentadoria aos vinte e cinco e trinta anos seja restrita a professores e especialistas de educação, isto é, aos únicos profissionais que realmente exercem a função de magistério, a Constituição de Minas Gerais dispensa tratamento diferenciado, estabelecendo que fará jus ao benefício também aquele que, por ocasião da aposentadoria, estiver no exercício de **cargo comissionado**, desde que em atividade em unidade escolar. O artigo 286 abre espaço a que o **profissional** de qualquer área seja aposentado aos vinte e cinco e trinta anos, se **mulher ou homem**, respectivamente, mesmo sem ter, em tempo algum, exercido funções de magistério, contrariando o disposto no art. 40, III, b, e no art. 202, III, da Constituição Federal.*

(...)

É inquestionável, portanto, que o constituinte, dispondo sobre a aposentadoria especial aos vinte e cinco e trinta anos, estendeu o benefício àquele que tenha prestado efetivo exercício em função de magistério. Assim, os artigos 40 e 202 da Carta Magna não restringem as funções de magistério apenas à regência de classe, que é uma de suas múltiplas funções. Se o legislador pretendesse restringir o benefício ao docente em função de regência de classe, outra teria sido a redação dos mencionados dispositivos.

A similaridade de funções entre o professor e o especialista está, também, expressa nos arts. 29 e 35 da Lei Federal 5.692, de 11 de agosto de 1971, que fixava as diretrizes e bases para o ensino de 1º e 2º graus, nos termos que seguem:

'Art. 29 - A formação de professor e especialista para o ensino de 1º e 2º graus será feita em níveis que se elevam progressivamente, ajustando-se às diferenças culturais de cada região do país, e com orientação que atenda aos objetivos específicos de cada grau, às características das disciplinas, áreas de estudo ou atividades e às fases de desenvolvimento dos educandos.

Art. 35 - Não haverá qualquer distinção, para efeitos didáticos e técnicos, entre os professores e especialistas subordinados ao regime das leis do trabalho e os admitidos no regime do serviço público.'

Vê-se, portanto, que a então vigente Lei do Ensino considera os dois profissionais como a essência do magistério, indissociáveis ou inseparáveis para quaisquer efeitos, inclusive quanto ao direito à aposentadoria especial. É inconcebível, pois, fazer distinção, no círculo ancho do Magistério, dos seus agentes, privilegiando uns, insulando outros.

Ademais, conforme dispõe o Decreto nº 72.846, de 26 de setembro de 1973, que regulamenta a Lei nº 5.564, de 21 de dezembro de 1968, que prevê sobre o exercício da profissão do Orientador Educacional, que é o Especialista de Educação, uma das suas funções é ministrar disciplinas na área de Orientação Ocupacional, Psicologia da Educação, Sociologia da Educação e Didática, ou seja, é exercer a regência de classe, em nada distinguindo-se do professor.

No Distrito Federal, as funções de magistério exercidas pelo especialista de educação são reconhecidas no art. 1º da Lei nº 66, de 18 de dezembro de 1989, confirmado pelo disposto nos arts. 1º e 24, da Lei nº 108, de 20 de junho de 1990. (verbis)

Lei nº 66, de 18 de dezembro de 1989. Cria Carreira de Magistério Público do Distrito Federal, seus cargos e empregos, fixa valores de seus vencimentos e dá outras providências.

Art. 1º - É criada no Quadro de Pessoal da Fundação Educacional do Distrito Federal, **a Carreira de Magistério Público do Distrito Federal, composta dos cargos e dos empregos de professor** Nível 1 (com formação de nível médio), Professor Nível 2 (com licenciatura de curta duração), Professor Nível 3 (com licenciatura plena) e **Especialista de Educação** (com licenciatura plena), conforme abaixo 1 desta Lei' (grifamos).

Lei nº 108, de 20 de julho de 1990. Altera dispositivos da Lei nº 66, de 18 de dezembro de 1989, e dá outras providências.

Art. 1º - O 'caput' do art. 1º da Lei 66, de 19 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º - É criada, no Quadro de Pessoal do Distrito Federal e na Tabela de Pessoal da Fundação Educacional do Distrito Federal, **composta dos cargos e dos empregos de Professor**, nível 1 (com formação de nível médio), Professor nível 2 (com licenciatura curta), Professor nível 3 (com licenciatura plena ou registro específico, expedido pelo Ministério da Educação - MEC, ou pós-graduação em Educação), em cumprimento ao art. 33, da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, conforme o anexo 1, desta Lei' (grifamos).

.....
Art. 24 - Para efeitos desta Lei, considera-se efetivo exercício ao Magistério Público do Distrito Federal o desempenho na Secretaria de Educação e na Fundação Educacional do Distrito Federal, de:

I - atividades docentes ou funções técnico-pedagógico-administrativas, na qualidade de **professor**;

II - atividades específicas da respectiva licenciatura na qualidade de especialista de educação ou técnico em assuntos educacionais' (grifamos).'

Pelas palavras do Ministro da Suprema Corte, está clara e incontestável a certeza de que a aposentadoria especial é concedida somente aos que estiverem em efetivo exercício das funções de magistério. Neste caso, é importante ressaltar que a **Lei nº 5.540/68 admite a um professor exercer a função de especialista de educação, no caso de diretor de faculdade e reconhece esse tempo como de efetivo exercício em função de magistério. Recentemente o Ministro, ainda, que tratamento idêntico deva ser dispensado ao professor que exerça função de diretor de escola do ensino fundamental.**

(...)

Além disso, acrescenta-se às considerações feitas o fato de que, no conceito de Educação dos tempos atuais, as funções do Especialista e do Professor conjugam-se no âmbito da escola, complementam-se durante o processo educativo, seja mediante a avaliação do sistema de ensino ou no ensino do próprio aluno, seja realizando, quanto a este, o diagnóstico de possíveis problemas que possam afetar ou perturbar sua aprendizagem."

06. No mérito, o Ministério Público faz juntar o Parecer proferido por ocasião da Consulta a que se refere a Diretoria da 4ª ICE, onde concluiu:

"7. Assim, quando o Tribunal de Contas decretar, tendo em vista sua competência constitucional, a ilegalidade de um ato de aposentadoria, deve o administrador público tornar sem efeito o ato respectivo, providenciando o imediato retorno do servidor à atividade, para que esse complete o tempo necessário à aposentadoria nos termos iniciais requeridos. Essa é a regra, não estando a fundamentação correta, deverá ser providenciada a ilegalidade do ato, recusando, por consequência, seu registro.

8. Entretanto, nos termos da jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 74, já descrita, evoluiu o TCU, antevendo provável demora do controle administrativo, para reconhecer, apenas para cômputo da aposentadoria (sem qualquer outro efeito), o tempo impugnado, evitando, assim, o transtorno e a inconveniência que o seu retorno

causaria, tanto para a Administração, como para o próprio inativado.

9. Por precaução, evitando não prejudicar o serviço público, consolidou o entendimento de que o período a ser completado não poderia servir de acréscimo para novo tempo de serviço, ou mesmo para constituir qualquer vantagem. Essa era a condição básica, o tempo de inatividade somente poderia ser computado para suprir aquele impugnado, nos seus exatos limites, não sendo possível, novamente repito, para aquisição de novas vantagens.

10. Considerando a idéia central, diversas vezes, não contando o servidor com o tempo necessário para a concessão da aposentadoria nos termos iniciais solicitados, entendeu o TCU (e também o TCDF) que quando da decretação da ilegalidade, poderia ser editada nova concessão, em termos diferentes da inicial, sem ter havido manifestação expressa do interessado.

11. O STF, contudo, consagrou diverso entendimento: ao julgar o Mandado de Segurança nº 20.038-DF (RTJ 80/395), determinou que, no julgamento de aposentadorias voluntárias, a apreciação deveria limitar-se à legalidade ou não de sua concessão, não podendo o Tribunal de Contas determinar o seu registro em termos diversos do que foi requerido e deferido. Outras decisões, todos em idêntico sentido seguiram-se àquela:

'EMENTA: - Conflito de atribuições entre Tribunal Regional do Trabalho e Tribunal de Contas da União. Aposentadoria de Juiz Classista. Deferida a aposentadoria, pelo TRT, e submetido o ato respectivo ao TCU, este negou o registro devolvendo o expediente para que se alterasse, no TRT, o ato de aposentadoria, nele incluindo a gratificação adicional por tempo de serviço. Posição contrária do TRT, ao entender não devida a vantagem, na aposentadoria. Não se configura, na espécie, conflito de atribuições. Cada um dos órgãos mencionados desempenhou sua competência. O conflito positivo de atribuições somente se configura, quando duas ou mais autoridades ou órgãos se declaram igualmente competentes para a prática do mesmo ato. Se procede, ou não, o entendimento do TCU, no caso, constitui questão a ser dirimida pelo órgão judiciário competente, diante de provocação do interessado. O TRT não pode ser compelido, pelo TCU, a modificar o ato de aposentadoria, nele incluindo a vantagem que a Corte de Contas considere devida. O TCU, à sua vez, não há de ser constrangido a registrar o ato, que não tem como legal. Somente o órgão judiciário competente poderá dirimir, em decisão jurisdicional, a divergência proposta. Conflito de atribuições de que não se conhece, por não configurado." (CJ 6.975-8 - DF).'

'EMENTA: Reclamação. Decisão do STF, em mandado de segurança, que afirmou a competência do Tribunal de Contas da União para dizer da legalidade ou não da aposentadoria, sem que lhe seja possível promover alterações, no ato respectivo, à conta de aplicar o acervo normativo superveniente. Ressalvada ficou à Administração, entretanto, a possibilidade de reexaminar a matéria, se assim entendesse. Não desrespeita ao acórdão do STF a decisão se manifeste sobre a aplicabilidade, no caso, de orientação firmada pela SEPLAN. Reclamação improcedente." (RECLAMAÇÃO nº 382-5 - DF).'

(...)

19. Neste caso, encontramos uma situação singular. Aposentado o

Especialista em Educação, com o tempo exigido para professor, ou seja, 25 anos, no caso de mulher, e 30 anos, para os homens, quando da decretação da ilegalidade de sua aposentadoria, poderá optar por permanecer inativado, já que o tempo de serviço existente lhe assegura o direito a aposentar-se proporcionalmente?

(...)

21. Aposentado com 25 anos de serviço, no caso das mulheres, a Especialista de Educação terá seu ato considerado ilegal, por falta de requisito temporal. Resta, entretanto, a opção de retornar ao serviço para completar o tempo necessário para aposentadoria integral, ou, se for de interesse, por manifestação expressa, já que conta com o tempo para aposentadoria proporcional, poderá permanecer inativada, sendo necessária a retificação do ato inicial, procedendo, por consequência, o acerto financeiro existente, já que se trata de recebimento indevido de parcelas. Não se aplica, portanto, o Enunciado nº 106 do TCU, que dispensa a devolução das quantias indevidamente recebidas de boa-fé, quando do julgamento pela ilegalidade.

II) Sobre a possibilidade de continuar integrando os proventos, no caso de opção pela aposentadoria proporcional, as vantagens que menciona.

(...)

23. Dessa forma, podemos afirmar que ao momento da aposentadoria proporcional teremos:

. TIDEM - reunidos os pressupostos necessários a sua incorporação, deverá ser paga integralmente;

. GAT - independente de pré-requisito temporal deverá ser paga proporcionalmente; pensamento esse estendido ao ATS, só que, agora, deverá considerar o pagamento integral.

. CARGA HORÁRIA DE 40 HORAS - cumprido os pressupostos, será, o vencimento relativo, pago em bases proporcionais;

. GRG - cumprido os requisitos necessários à incorporação deverá ser paga integralmente as parcelas já incorporadas no momento da aposentadoria;

. GATE - satisfeitos os requisitos temporais, assegura-se a sua incorporação.

III) Sobre a possibilidade de o tempo de inatividade impedir a percepção de vantagens já recebidas.

24. No que diz respeito a este último tópico, afirmamos que: para os casos de aproveitamento do tempo de inatividade para a concessão de nova aposentadoria, conforme o art. 103, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90, esse período não poderá ser considerado para interferir na concessão de vantagens já recebidas ou incorporadas (vantagem pessoal). Da mesma forma, o período de inatividade deverá ser desconsiderado, quando se tratar de incorporação de vantagens que exijam, para sua incorporação, um exercício temporal mínimo, como é o caso das 40 horas, ou mesmo da GATE.

25. Este entendimento está fundamentado na jurisprudência da Justiça

local que assim vem entendendo, verbis:

'EMENTA: ADMINISTRATIVO: APOSENTADORIA - PROFESSOR - REGIME DE 40 (QUARENTA) HORAS SEMANAIS - INTERRUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NOS 4 (QUATRO) ÚLTIMOS ANOS POR LICENÇA SEM VENCIMENTOS NÃO CONFIGURAÇÃO DA INTERRUÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, DO DECRETO 12.469/90, QUE PREVÊ APENAS A INTERRUÇÃO NA CARGA HORÁRIA - Ordem concedida. O Professor que durante todo o exercício de seu tempo de magistério submete-se ao regime de 40 (quarenta) horas semanais tem o direito adquirido de aposentar-se sob tal regime, *ex vi* do disposto no art. 40, III, d, da Constituição Federal, e art. 186, III, d, da Lei 8.112/90. O art. 3º, do Decreto 12.469/90 refere-se tão somente a casos de interrupção de carga horária, não se aplicando ao caso em comento onde o Impte em toda sua atividade submeteu-se à carga de 40 (quarenta) horas semanais. Ordem concedida.'

25. Por fim, argumentamos que a manutenção das vantagens do art. 192, I ou II, só se torna possível com o retorno do servidor à atividade, onde, neste momento, terá a oportunidade de completar o período necessário para aposentar-se com proventos integrais."

07. Em sessão realizada no dia 19.02.97, o TCDF decidiu, no entanto, não tomar conhecimento do mencionado Pedido de Esclarecimentos, formulado pelo Sindicato dos Professores, determinando a apensação daqueles autos a este.

08. O voto do Relator vencido é bastante esclarecedor:

"3. De logo, importa anotar que o presente pedido de esclarecimento não pode ser tomado como consulta, na forma prevista no Regimento Interno (art.194). Do contrário, ser-lhe-ia negado conhecimento, à falta dos pressupostos de admissibilidade.

(...)

5. Antes de examinar o mérito do pedido, observo que da matéria versada nestes autos emerge (por implícita) uma questão da maior importância e gravidade que é o descumprimento, pela Fundação Educacional, das decisões de há muito tomadas pelo Tribunal, em processos de aposentadorias concedidas a Especialistas de Educação, que tudo indica continuam na inatividade, em total descaso em relação àquelas deliberações.

(...)

8. Vencido o prazo de recurso ou pedido de reexame que a lei e o Regimento Interno asseguram, as decisões proferidas pelo Tribunal tornam-se definitivas e são de cumprimento obrigatório para a Administração, sujeitando-se os responsáveis pela sua inobservância à sanção prevista na lei.

9. Para espancar qualquer dúvida existente, cabe assinalar que o julgamento de ilegalidade da aposentadoria voluntária dos Especialistas de Educação decorre do vício de constitucionalidade de que padece o fundamento legal da concessão (art. 41, III, b, da Lei Orgânica do Distrito Federal), na parte que confere a essa categoria de servidor inativação voluntária por tempo de serviço reduzido idêntica à que a Constituição Federal prevê para os professores,

ignorando que só lei complementar pode reduzir o tempo da aposentadoria facultativa de outras categorias de servidores (art. 40, § 1º, da CF).

10. No exercício de sua competência, o Tribunal de Contas pode negar a aplicação de norma que considere inconstitucional. Isso está expresso na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

11. Prestado esse esclarecimento, passemos a examinar o mérito do pedido de fs. 2 e 3. A primeira indagação nele contida (se a aposentadoria especial deferida aos Especilistas de Educação pode ter o seu fundamento legal retificado para inativação comum, com proventos proporcionais), no plano teórico, merece resposta afirmativa, tal como consignam a instrução e o parecer do Ministério Público. Esse tipo de questão é da rotina deste Colegiado, visto que com ela depara no seu dia-a-dia.

12. No caso concreto das referenciadas inativações especiais julgadas ilegais, sem que tenha havido recurso, como efetivamente não houve, as decisões tornaram-se definitivas, não sendo os respectivos atos passíveis de retificação, salvo se o Tribunal, nas circunstâncias, diante do fato concreto que se verifica, num gesto de boa vontade, e em caráter excepcional, à tanto autorizar, hipótese em que, a meu critério, deverá fazer a Jurisdicionada veemente alerta, de modo que o quadro não se repita.

(...)

14. Ainda sobre essa retificação, é bom deixar claro que ela, se autorizada, só pode ser efetuada se houver prévia e expressa concordância do servidor interessado.

15. Deseja saber também o SINPRO se, na hipótese de (nova) aposentadoria com estipêndios proporcionais, com o aproveitamento do tempo de inatividade, as vantagens como TIDEM, gratificação de regência de classe e gratificação de atividade continuarão a integrar os proventos da aposentadoria.

16. Sobre essa indagação, é conveniente lembrar que a situação só se aplica aos casos de nova concessão, afastada, portanto, a retificação objeto da indagação precedente. Aqui, por igual, o ato administrativo depende de manifestação do servidor.

17. Quanto aos requisitos ou pressupostos temporais abordados pela instrução e parecer do Ministério Público, de cuja observância depende a manutenção das vantagens nos proventos, entendo que a sua inclusão nos estipêndios das aposentadorias já concedidas pressupõe o cumprimento de tais requisitos pelo servidor, quando em atividade. Penso que, no período em que esteve aposentado, não há falar no atendimento desses condicionantes.

18. A respeito desse ponto da matéria em exame, o único aspecto que o tenho por questionável é a integralidade da parcela denominada TIDEM, destacado nos pareceres. Como defendi em artigo que escrevi sobre o tema, intitulado: "Proventos da aposentadoria: integralidade e proporcionalidade", somente as vantagens de caráter pessoal **ex-facto temporis**, como por exemplo, o adicional por tempo de serviço, não estão sujeitas à proporcionalidade dos proventos determinada pela

Constituição Federal.

19. *A parcela TIDEM, na minha avaliação, é de natureza idêntica ao vencimento, isto é, a ela o servidor faz jus mês a mês, após o serviço prestado. Na aposentadoria, o seu critério de cálculo segue o do vencimento básico.*

20. *Dir-se-á que a integralidade dessa parcela, nos proventos da aposentadoria, decorre de prescrição legal (art. 5º da Lei 356/92). A aplicação desse preceito, todavia, há de compatibilizar-se com a regra constitucional da proporcionalidade dos proventos, porque do contrário, ficaria aberta a indefensável possibilidade de uma lei frustrar, na prática, a proporcionalidade dos estipêndios da inatividade ordenada pela Lei Maior. Bastaria que a lei fixasse para um cargo vencimento de valor irrisório, adicionando terminada gratificação inúmeras vezes maior, com disposição no sentido de que esta última seria paga integralmente na aposentadoria, qualquer que fosse a sua causa.*

(...)

22. *O posicionamento da instrução e parecer do Ministério Público, diga-se, é também o deste Tribunal, que vem entendendo que o TIDEM é devido ao aposentado pelo seu valor integral, ainda que os proventos sejam proporcionais (Processo nº 564/94, sessão de 16.4.96, Relator ilustre Conselheiro MAURÍLIO SILVA).*

(...)

24. *Finalmente, no tocante à terceira e última indagação do SINPRO (se o aproveitamento do tempo de inatividade, em face do disposto no art. 103, § 1º, da Lei nº 8.112/90, impede a percepção de vantagens que vinham sendo recebidas na aposentadoria considerada ilegal), em essência, importa esclarecer que este dispositivo impossibilita apenas a utilização do referido período para o **acréscimo** de qualquer vantagem financeira aos proventos do inativo, não alcançando a proibição, portanto, a manutenção do **quantum** percebido pelo servidor quanto em atividade.*

Ante o exposto, na linha de pensamento da instrução e parecer do Ministério Público, voto por que eg. Plenário, ao conhecer, em caráter excepcional, do pedido de fs. 2 e 3, esclareça ao Sindicato dos Professores do Distrito Federal - SINPRO-DF que:

*a) em processo próprio, diante da lamentável conduta da Fundação Educacional em não haver dado cumprimento às decisões tomadas pelo Plenário, que considerou ilegais as aposentadorias especiais concedidas a Especilistas de Educação, poderá ser **autorizada, excepcionalmente, a retificação do fundamento legal das inativações, passando elas desde a origem à modalidade de aposentadoria comum, com proventos proporcionais;***

b) neste tipo de inativação, com aproveitamento do tempo em que o servidor esteve anteriormente aposentado, dos estipêndios podem fazer parte das vantagens cujos requisitos de incorporação tenham sido atendidos;

c) a restrição do § 1º do art. 103 da Lei nº 8.112/90 não possibilita a inclusão, nos proventos da nova aposentadoria, de vantagens próprias da atividade que vinham sendo pagas durante a inativação

declarada ilegal pela Corte."

9. Desta forma, confirma o Ministério Público o seu posicionamento precedente, para divergir da Instrução nesses autos apenas em alguns pontos.

10. O primeiro é a necessidade de serem procedidos os devidos ressarcimentos ao Poder Público, não se aplicando aí a Súmula 106 do TCU, pois ao momento em que há a retificação, não há que se falar em julgamento pela ilegalidade. Entretanto, nos autos do processo nº 5997/96, em que se discutiu a restituição aos cofres públicos dos incentivos funcionais calculados indevidamente sobre a GT, decidiu esta Corte pela desnecessidade de recomposição dos cofres públicos, alegando para tanto, ter sido o pagamento efetuado com base aparentemente legítima. Nestes termos, o nobre Relator Osvaldo Rodrigues argumentou:

"Diante desse critério legal, afigura-se-me existir alguma razoabilidade atribuir à Gratificação de Titularidade natureza de vencimento-padrão, com o faz a entidade fundacional, que a inclui na base de cálculo dos benefícios adicionais ao vencimento. Isso, a meu critério, faz com que fique descaracterizado erro crasso de procedimento, que, se existente, justificaria a restituição dos valores recebidos indevidamente, tal como defende o parecer do Ministério Público."

11. O segundo é o de que para as vantagens que precisem de período de carência - TIDEM e 40 horas (03 anos), caso nova aposentadoria ocorra, essa será o novo marco, sendo contado novo período de carência, retrocedendo três anos a partir da publicação da mesma. Sob este raciocínio, o servidor tem que se submeter novamente ao regime da Tidem e, para contornar o evidente transtorno, sugere a Instrução que o tempo de inatividade seja computado integralmente para o período de carência. Aqui, o Ministério Público já firmou o entendimento que é o mesmo do Relator Osvaldo Rodrigues, de que a manutenção das vantagens nos proventos pressupõe o cumprimento de tais requisitos pelo servidor quando em atividade. Associado a isso, o aproveitamento do tempo de inatividade não pode servir para o acréscimo de qualquer vantagens financeiras. Perfeita, mas uma vez, a conclusão do Relator que não alcança a proibição a manutenção do quantum recebido pelo servidor em atividade. Em suma, referidas vantagens só serão pagas se o servidor possuía incorporada ao seu direito quando em atividade.

12. O terceiro ponto reside sobre a possibilidade de computar período do qual não se tem certeza para fins da Gratificação do Pó de Giz, o Ministério Público não concorda com o Corpo Instrutivo. Não havendo comprovação, não há como ser concedido, e o período deve ser excluído. A FEDF eventualmente, enfrentará ações judiciais, quando, então, será decidido, por todos os meios de provas admissíveis, o correto cômputo. A administração não deve adiantar-se, concedendo aposentadorias sem sequer saber se são devidas.

13. É conhecida a tese do Ministério Público sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Mas não se está em jogo qualquer ADIN pois na questão dos Especialistas em Educação o diploma da LODF, não mereceu ainda nenhum pedido de declaração de inconstitucionalidade. Está em questão, sim, a inconstitucionalidade ainda não arguida, mas existente. Sobre esse tema escrevi:

"I - As Cortes de Contas, no exercício de sua função constitucional, podem e devem apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, deixando de aplicar norma infraconstitucional que esteja em desacordo com a Lei Fundamental do País.

II - Tanto mais, podem e devem as Cortes de Contas, quando julgam ou apreciam a legalidade de determinadas matérias em virtude de mandamento constitucional, prever em seus regimentos a possibilidade de, por voto da maioria absoluta de seus membros, declararem a inconstitucionalidade no caso concreto, de lei ou ato normativo do Poder Público."

14. Sob esse raciocínio, o TCDF pode no caso concreto considerar inconstitucional atos de aposentadoria embasados em norma inconstitucional, mormente quando assim age, fundamentado em precedente do STF.

15. Apesar da brilhante exposição dos Srs. Especialistas em Educação (pedido anexo), não vejo a menor possibilidade de rever o posicionamento desta Corte e também de considerar válidas ditas aposentadorias até a decisão do Pretório Excelso que citam.

16. Finalmente, sobre a acumulação das parcelas quintos, opção e representação quando o interessado já tivesse completado os requisitos ainda na vigência da Lei 6.732/79, o Ministério Público tem posicionamento divergente, pois, no processo nº 5586/95, o Procurador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes defende a tese do direito adquirido, que a Procuradora Márcia Ferreira Cunha Farias nega no processo nº 6927/94, razão pela qual decidiu a Corte, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Frederico Augusto Bastos, pela realização de estudos, em face também da edição da Lei nº 1004/96, ainda não concluídos, motivo pelo qual, nesta parte deve-se aguardar a decisão final da Corte a respeito.

Isto posto, opina o Ministério Público de acordo com as sugestões do Corpo Instrutivo, feita a ressalva supra.

É o parecer.

Brasília-DF, em 28 de fevereiro de 1997.

CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA
Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCDF

