

# **APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORAS**

(art. 40, III, "b", da CF) – CÔMPUTO DO TEMPO  
DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADES  
ANÁLOGAS À DO MAGISTÉRIO POR  
INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Eduardo Bottallo**

*Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de São Bernardo do  
Campo – Professor Assistente da USP – Juiz-Jurista do TRE-SP*

**Roque Antonio Carrazza**

*Professor Titular de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito da PUC-SP.*

## **SUMÁRIO**

1- A colocação do problema; 2- Violação dos princípios constitucionais da moralidade e da boa-fé dos atos administrativos (art. 37 da C.F.); 3- Inexistência de desvio de função; 4- Violação do princípio da isonomia; 5- Inaplicabilidade parcial, ao caso concreto, do art. 50, § 4º, do Estatuto do Magistério Público Municipal de São Paulo; 6- Síntese e conclusões.

## **1 - A colocação do problema**

O art. 40, III, "b", da Constituição Federal garante às professoras o direito à aposentadoria, com proventos integrais, após vinte e cinco anos de efetivo exercício em funções de magistério.

No caso concreto que deu origem ao presente estudo, uma professora pertencente aos quadros próprios da Prefeitura do Município de São Paulo, foi designada, durante certo tempo, para prestar serviços de natureza técnico-educacional junto à Secretaria de Assuntos Jurídicos da Municipalidade.

Remarque-se que esta designação, determinada sem prejuízo dos direitos da funcionária, foi unilateralmente decidida pela Administração, no seu exclusivo interesse.

Ocorre que, ao requerer sua aposentadoria por tempo de serviço, o pedido da interessada foi indeferido porque, segundo entendimento então manifestado pela autoridade competente, o tempo em que perdurou a designação acima aludida não poderia ser computado, posto não tratar-se de "efetivo exercício de magistério", como consta do preceito constitucional.

O propósito do presente estudo é demonstrar que tal negativa é inconstitucional, e, assim, fere, frontalmente, o direito líquido e certo da funcionária em ter contado, para os fins da

aposentadoria especial, o tempo em que, no interesse da Administração e por determinação desta, foi deslocada para exercer atividades análogas às do magistério em outro setor do serviço público.

## 2 - Violação dos princípios constitucionais da moralidade e da boa-fé dos atos administrativos (art. 37, *caput*, da c.f.)

A recusa da autoridade em computar o tempo de serviço da interessada nos termos por ela pretendidos, padece de irremissíveis injuridicidades, por ferir os magnos princípios constitucionais da moralidade e da boa-fé dos atos administrativos (art. 37, *caput*, da C.F.).

É importante reafirmar que a remoção da funcionária não decorreu da solicitação ou interesse seu, mas de conveniência do serviço. Nem por outra razão, foi-lhe assegurada, na devida oportunidade, a garantia de “*vencimentos, direitos e demais vantagens do cargo*”.

Esta constatação – irretorquível porquanto promana de documentos oficiais (portarias), expedidos pela própria Municipalidade – basta para mostrar a manifesta violação que o ato da recusa perpetra contra os princípios da moralidade e da boa-fé, que, nos termos do art. 37, *caput*, da Lei Excelsa, devem presidir a ação da Administração Pública, inclusive junto aos seus servidores.

Melhor esclarecendo, a funcionária, de um lado, foi compelida, por necessidade de serviço, a exercer funções análogas às do magistério (como reconhecido, à época, pela própria Administração) e, de outro, viu-se penalizada (pela mesma Administração), em razão da exclusão da contagem deste tempo, para fins da aposentadoria, que sua condição de professora lhe assegura.

Anote-se, a propósito, que a própria Administração Municipal preservou, nas designações que impôs à servidora, todas as “*demais vantagens do cargo*”.

Ora, dentre as “*demais vantagens do cargo*”, assume transcendental importância justamente a faculdade de obter aposentadoria integral após 25 anos de serviço.

Logo, forçoso é reconhecer que ela não pode ser sancionada por ter cumprido determinação de seus superiores hierárquicos, na plena convicção de que estava contribuindo para o aprimoramento das instituições educacionais do Município e, ao mesmo tempo, de que não sofreria, em decorrência das designações, nenhum prejuízo funcional.

Destarte, a autoridade não pode, agora, negar a funcionária a plena fruição de um direito constitucional, só porque ela **acatou** ordens absolutamente legais e **confiou** em atos administrativos que lhe asseguraram, com todas as letras, que a prestação de serviços, em outra Secretaria Municipal, dar-se-ia sem prejuízos “*das demais vantagens do cargo*”.

Sobremais, tais serviços sempre guardaram sintonia com os que são próprios da atividade do magistério, conforme reconhecido nas manifestações oficiais da época, que embasaram os atos administrativos de afastamento.

Oportuno enfatizar, a propósito, que a Administração entendeu ser importante que, no setor para o qual a interessada foi removida, atuasse pessoa com sua formação e, ao mesmo tempo, com experiência no Magistério e em suas especificidades. Daí a sua designação.

Por outro lado, ainda que se admitisse, “*ad argumentandum tantum*”, que a transferência da funcionária, para prestar serviços em outra Secretaria, teria caracterizado um *desvio de função* (o que, de nenhum modo, ocorreu, como a seguir se verá), nem isto teria força bastante para afetar sua esfera subjetiva de direitos, em particular aquele que ora está sendo perseguido.

Com efeito, este suposto “*desvio de função*”, acaso tivesse se verificado, teria sido determinado pela própria Administração e no seu próprio interesse, de sorte que a interessada não pode, agora, arcar com os efeitos adversos aqui examinados.

**Senão, seria muito fácil ao Estado inviabilizar a aposentadoria especial a que alude o art. 40, III, b, da Lei Maior: bastaria que, de tempos em tempos, invocando necessidade de serviço, removesse compulsoriamente os professores de seus quadros, para exercerem funções, real ou aparentemente (como é o caso), distintas das do Magistério.**

Ora, é princípio universal de Direito que ninguém pode locupletar-se com a própria torpeza (*nemo locuplatari cum aliena iniuria*). Muito menos a Administração Pública, que, por injunção constitucional, deve estrita obediência aos princípios da moralidade e da boa-fé (art. 37, da C.F.).

Oportuno trazer à colação, a respeito, as lições, sempre primorosas, de Marçal Justen Filho:

*“O Estado não pode ludibriar, expoliar ou se prevalecer da fraqueza ou ignorância alheia. Não se admite que tal ocorra, nem mesmo dentro dos limites em que seria lícito ao particular atuar. O princípio da moralidade indica, sob esse ângulo, lealdade do Estado frente aos cidadãos. A ação e a omissão do Estado devem ser cristalinas, inequívocas e destituídas de reservas, ressalvas ou segundas intenções”* (“O princípio da moralidade pública e o Direito Tributário”, in Revista de Direito Tributário, vol. 67, p. 73 – grifou-se).

Demais disso, eventual situação de *desvio de função* implicou, da parte da servidora, num exercício de fato, que não lhe pode causar efeitos jurídicos adversos. Agindo de boa-fé – como agiu – tem o direito de que venha computado, para efeito de sua aposentadoria como professora, todo o tempo em que prestou serviços, “*sem prejuízo de vencimentos, direitos e demais vantagens do cargo*”, à Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos.

### 3 - Inexistência do desvio de função

Do quanto foi exposto no item anterior, ressaí que nem mesmo se pode falar, *in casu*, em *desvio de função*.

Isto porque os “*serviços de natureza técnico-educacional*” que a servidora pres-

tou na Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos, sempre foram equiparados ao exercício do magistério.

Realmente, a Lei Municipal nº 11.229/92 (Estatuto do Magistério Público Municipal de São Paulo), considera a prestação de serviços técnico-educacionais como uma das hipóteses autorizadoras do afastamento, de seus cargos, dos profissionais do ensino efetivos (art. 50, D). E, nesta mesma linha, a Lei Municipal nº 12.396/97 proclama que este tipo de afastamento será tido como de efetivo exercício, para todos os fins (art. 17), inclusive, é claro, o da aposentadoria especial.

Portanto, na medida em que as funções que a interessada desempenhou junto à Secretaria dos Negócios Jurídicos revestiram-se, inequivocamente, de natureza “técnico-educacional” (como, diga-se de passagem, reconhecido nos próprios atos de afastamento e designação), resta mais do que evidente que elas foram meras extensões do exercício do magistério.

Em nada altera o direito aqui defendido a circunstância de a Lei Municipal nº 11.229/92 só ter entrado em vigor no decurso do período de designação da funcionária, e da Lei Municipal nº 12.396/97 ser ainda mais recente. É que ambas, longe de criarem *direitos novos* para os professores do Município, limitaram-se a confirmar, em caráter geral e abstrato, situação que, no caso aqui examinado, já fora reconhecida administrativamente, *in concreto* (ou seja, de que a atuação objeto da designação era de natureza técnico-educacional e, como tal, equiparada, em tudo e por tudo, à de efetivo exercício de Magistério).

#### 4 - Violação do princípio da isonomia

Em desfavor da tese aqui sustentada, poderia, aparentemente, ser oposto o que consta do § 4º, do art. 50, do *Estatuto do Magistério Público Municipal de São Paulo* (Lei nº 11.229/92), que estabelece:

Este dispositivo, porém, padece de manifesta inconstitucionalidade, por afronta ao *princípio da isonomia* (igualdade).

Destaque-se, por oportuno, que o *princípio da isonomia* é o mais importante de quanto nosso ordenamento constitucional alberga (Francisco Campos).

Realmente, todos os princípios que estão na Constituição (a legalidade, a universalidade da jurisdição, a ampla defesa, etc.) encontram-se a serviço da isonomia e sem ela não se explicam com a necessária densidade de exposição teórica.

A própria legalidade é a morada da isonomia. Daí falarmos em *legalidade isonômica*.

Nesse sentido, Souto Maior Borges não exagerou ao proclamar que “*a isonomia não está no Texto Constitucional: é, num certo sentido, a própria Constituição*” (conferência proferida, em setembro de 1994, no VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, rea-

---

“Art. 50 (“omissis):

“§ 4º O tempo de serviços técnico-educacionais prestados fora da Secretaria Municipal de Educação não será computado para efeitos da aposentadoria especial”.

lizado em São Paulo).

O *caput* do art. 5º, da Lei Fundamental, ao proclamar que todos são iguais perante a lei, interdita a arbitrariedade.

Isto não significa, por óbvio, que as leis devem tratar as pessoas da mesma maneira, mas, tão-somente, que precisam dispensar o mesmo tratamento jurídico às que se encontrem em situações idênticas.

É claro que a lei pode discriminar situações, desde que não erija em critério diferencial, nem um traço tão específico que singularize a pessoa por ela colhida, nem um fato havido pelo sistema constitucional como insusceptível de aceitar distinções (e.g., a cor, atributo racial).

À lei, portanto, é dado desigualar situações, atendendo a peculiaridades de classes ou categorias de pessoas, mas só quando haja uma *relação de inerência* entre o elemento diferencial e o regime conferido aos que se incluem na categoria diferenciada. Era o que certamente Rui Barbosa queria significar, quando, em sua célebre *Oração aos Moços*, averbou: “*a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*”. No mesmo sentido, posiciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “*as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação lógica não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição” (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, Malheiros Editores, São Paulo, 3ª ed., 1993, p. 24 – os grifos são do autor).*

O *princípio da igualdade*, conquanto se espraie sobranceiro sobre todo nosso Direito, incide de chapa, no campo administrativo.

Com efeito, indo à questão de que aqui se cogita, nossa Constituição veda, às pessoas políticas, instituir tratamento desigual entre servidores que se encontrem em situação equivalente.

A lei que trata da situação funcional dos servidores públicos deve valer para todos igualmente, isto é, deve ser aplicada a seus destinatários de acordo com o princípio da isonomia. Só assim os servidores terão segurança jurídica, em suas relações com a Administração Pública.

O princípio da igualdade visa, em última análise, garantir aos servidores públicos um tratamento justo. Exige, pois, que a lei, tanto ao ser editada, quanto aplicada: **a)** não discrimine os servidores que se encontrem em situação jurídica equivalente; e, **b)** discrimine, *na medida de suas desigualdades*, os servidores que não se encontram em idêntica situação jurídica.

Claramente se nota que não há nenhuma razão jurídica para a lei, **de um lado**, permitir que o tempo de serviços técnico-educacionais prestados na Secretaria Municipal de Educação seja computado para efeitos da aposentadoria especial de que aqui se cogita e, **de outro**, impedir que o tempo de serviços técnico-educacionais prestados fora da Secretaria

Municipal de Educação não o seja.

Pelo contrário, tal discriminação, por atentatória ao princípio da igualdade, deve ser afastada, em última análise, pelo Poder Judiciário, que é o guardião supremo da constitucionalidade dos atos normativos.

Como se isto não bastasse, a Lei nº 12.396/97, ao considerar, em seu art. 17, o afastamento para a prestação de serviços técnico-educacionais, como de efetivo exercício do magistério, para todos os fins, removeu o obstáculo do § 4º, do art. 50, do *Estatuto do Magistério Público Municipal de São Paulo* (Lei nº 11.229/92), no claro reconhecimento de que estava caracterizada a inconstitucionalidade aqui demonstrada. Outra interpretação despe este art. 17, da Lei nº 12.396/97, de qualquer significado jurídico, já que leva ao inócuo entendimento de que ele está simplesmente repetindo o disposto no art. 50, I, III, d V, da Lei nº 11.229/92. Esta, positivamente, não é uma boa interpretação, porquanto norma posterior não deve ser entendida como mera repetição da anterior.

## 5 - Inaplicabilidade parcial, ao caso concreto, do art. 50, § 4º, do estatuto do magistério público municipal de São Paulo.

Mesmo que se supere a questão da infringência ao princípio da isonomia, o § 4º, do art. 50, do *Estatuto do Magistério Público Municipal de São Paulo*, só pode incidir a partir de 26 de junho de 1992, data em que este diploma entrou em vigor. Nunca de modo a alcançar situações pretéritas, que a isto obsta o princípio da irretroatividade das leis.

Ora, a servidora começou a prestar serviços técnico-educacionais na Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos anteriormente à referida data, retomando em período posterior ao seu advento.

Portanto, pelo menos este período anterior de afastamento, não pode, em hipótese alguma, ser alcançado pela restrição veiculada no *Estatuto do Magistério Público Municipal de São Paulo*.

Reafirma-se, porém, que todo o período de afastamento deve ser computado, conforme sustentamos.

## 6 - Síntese e conclusões

De tudo quanto foi exposto, forma-se o quadro a seguir sintetizado.

A interessada, **num primeiro momento**, foi, de ofício, retirada da Secretaria Municipal da Educação, onde estava atuando, e deslocada para prestar serviços de natureza téc-

---

14 Luís Roberto Barroso, "Interpretação e Aplicação da Constituição", 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 141

15 Celso Antônio Bandeira de Mello, "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", 3ª ed., Malheiros, 1993, p. 10.

nico-educacional na Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos (portanto, numa outra Secretaria). A Administração Pública, nos atos administrativos de afastamento, consignou, expressamente, que ela iria prestar serviços de natureza técnico-educacional, “*sem prejuízo de vencimentos, direitos e demais vantagens do cargo*”. Diante disso, a servidora não tinha como manifestar qualquer tipo de insurgência, seja pelo vínculo de subordinação a que estava submetida, seja porque os próprios atos de afastamento declaravam expressamente, que ela iria prestar serviços de natureza técnico-educacional, equiparados, em tudo e por tudo, aos serviços de magistério. Note-se, por oportuno, que são considerados de efetivo exercício de magistério, sem nenhum tipo de contestação, o exercício dos cargos de diretor de escola, de auxiliar de direção, de assessor em gabinetes da Secretaria de Educação, etc. Os ocupantes de todos estes cargos desempenham funções técnico-educacionais e não têm a menor dificuldade em obter a aposentadoria especial de que aqui se cogita porque a própria Administração Pública reconhece, corretamente, que exercem funções de magistério.

Muito bem, **em momento posterior**, isto é, quando foi apresentado o pedido de aposentadoria, nos termos do art. 40, III, *b*, da Constituição Federal (expressamente mencionado no art. 91, § 2º, da *Lei Orgânica do Município de São Paulo*), a mesma Administração Pública o indeferiu, sob o argumento de que o período de tempo em que perdurou o afastamento não podia ser computado para fins da aposentadoria especial do magistério. Noutras palavras, indeferiu o requerimento da servidora, entendendo que, neste lapso de tempo, ela não desempenhou funções de magistério.

Esta situação “*kafkiana*” é, a todas as luzes, absurda e insustentável. Sem dúvida alguma, deve ser resolvida em função dos precitados princípios da moralidade, da boa-fé e da isonomia da Administração.

Em suma, deflui a inexorável conclusão de que houve clara e manifesta violação do direito líquido e certo da funcionária, de ver computado, para fins da aposentadoria especial a que faz jus como professora, o período de tempo em que, no interesse da Administração Municipal, prestou serviços técnico-educacionais à Secretaria Municipal dos negócios Jurídicos.

Demais disso, a servidora, que, há tempo já poderia estar aposentada, vê-se, também, indevidamente privada deste benefício com todos os efeitos adversos daí emergentes, inclusive os de natureza pecuniária cuja reparação pode ser pleiteada em sede e pelos meios próprios<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) – As teses expostas neste trabalho fundamentaram mandado de segurança acolhido em primeiro grau por sentença da MM. Juíza da 3ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de São Paulo, Dra. Maria de Fátima dos Santos Gomes, datada de 31.03.98 (processo nº 1550/97).

