

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2010. -
Moreira Diniz - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do Juiz da 5ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte que julgou improcedente a "ação cominatória de obrigação de fazer", promovida por Nadja Neves Abdo contra o Município de Belo Horizonte.

A apelante alega que, em razão do disposto no art. 55, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, mesmo estando em readaptação funcional, faz jus às vantagens inerentes ao seu cargo de origem, qual seja o de professor municipal; que o período de readaptação pode ser considerado uma extensão da licença-médica, no qual o servidor labora em condições especiais; que, de acordo com o art. 173, alínea b, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Belo Horizonte, o afastamento para tratamento de saúde é considerado como tempo de efetivo exercício no cargo; que está recebendo tratamento desigual por parte da Administração, em relação aos demais servidores que exercem o cargo de professor; que "recebe como professor municipal, os descontos legais são realizados sobre seus vencimentos de professor municipal, a nomenclatura do cargo é de professor municipal (f. 31/46) então devem ser resguardados os direitos e vantagens do cargo de professor municipal"; e que o Juiz não observou o documento de f. 79, que demonstra que, mesmo estando em readaptação funcional, nunca deixou de exercer atividades pedagógicas.

A readaptação funcional é definida pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Belo Horizonte - Lei 7.169/96, nos seguintes termos:

Art. 47. Readaptação é a atribuição de atividades especiais ao servidor, observada a exigência de atribuições compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, verificada em inspeção médica pelo órgão municipal competente, que deverá, para tanto, emitir laudo circunstanciado.

Parágrafo único. A atribuição de atividades especiais e a definição do local do seu desempenho serão de competência da Secretaria Municipal de Administração ou de autoridade que dela receba delegação, observada a correlação daquela com as atribuições do cargo efetivo.

[...]

Art. 50. A readaptação não acarretará aumento ou redução da remuneração do servidor.

Por sua vez, o art. 55, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte garante aos servidores que estão impossibilitados de exercer as atribuições de seu cargo, por doença ou acidente, "os direitos e vantagens a ele inerentes, até seu definitivo aproveitamento em

Readaptação funcional - Professora - Regente de classe - Doença - Nova função - Auxiliar de biblioteca - Tempo de serviço para aposentadoria especial - Efetivo exercício da função de magistério - Imprescindibilidade - Art. 40, § 5º, CR/88 - Férias, recessos e finais de semana - Gozo - Similitude à de professores em efetivo exercício do cargo - Inviabilidade - Art. 55, § 2º, LOM/BH - Recurso não provido

Ementa: Direito constitucional. Direito administrativo. Apelação. Servidora titular do cargo de professor municipal. Readaptação funcional. Exercício das funções de auxiliar de biblioteca. Aposentadoria especial. Impossibilidade. Férias e recesso em período coincidente com o dos professores em efetivo exercício. Não cabimento. Recurso desprovido.

- A teor dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, o tempo de exercício na função de auxiliar de biblioteca, em virtude de readaptação funcional, não pode ser computado para a aposentadoria especial de professor.

- A servidora admitida no cargo de professora, que, em razão da readaptação funcional, passou a exercer a função de auxiliar de biblioteca, não tem o direito de exigir sua liberação nas férias e recessos dos professores que estão em regência de classe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.252644-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Nadja Neves Abdo - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDA A VOGAL PARCIALMENTE.

outro cargo, de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, ou até a aposentadoria”.

Os referidos dispositivos trazem três regras importantes em relação à readaptação funcional: a primeira, é que o servidor tem direito à manutenção da remuneração; a segunda, é que as novas atividades devem ser correlatas com as atribuições do cargo efetivo, observada a limitação da capacidade física ou mental; e a terceira, é que os direitos e vantagens inerentes ao cargo originário do servidor serão garantidos até seu definitivo aproveitamento em outro cargo.

No caso, extrai-se dos autos que a apelante foi admitida no cargo de professora do Município de Belo Horizonte, tendo sido afastada da regência de classe, por motivo de doença, e submetida à readaptação, em caráter definitivo, passando a exercer a função de auxiliar de biblioteca, conforme consta dos documentos de f. 21/22.

A apelante pretende que seu tempo de serviço na função de auxiliar de biblioteca seja contado para fim da aposentadoria especial de professor; que lhe seja assegurado o direito de gozar dos recessos, finais de semana e férias, de forma idêntica à dos professores da escola em que estiver lotada; e que o Município seja condenado ao pagamento, em dobro, dos valores referentes aos períodos de férias, recessos e finais de semana trabalhados.

No tocante ao cômputo do tempo de exercício da função de auxiliar de biblioteca para fim de aposentadoria especial, razão não assiste à apelante. Isso porque o art. 40, § 5º, da Constituição Federal, que dispõe a respeito da aposentadoria especial, exige que o professor comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, para que os requisitos de idade e tempo de contribuição sejam reduzidos em 5 anos.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.772/DF, manejada contra o art. 1º da Lei Federal 11.301/2006, que acrescentou o § 2º ao art. 67 da Lei Federal 9.394/96, considerou que a função de magistério, para fim de aposentadoria especial, não se limita ao trabalho em sala de aula por professores de carreira, mas se estende às atividades correlatas, abrangendo a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e a direção de unidade escolar. Ocorre que, no caso, a apelante foi readaptada para exercer a função de auxiliar de biblioteca, atividade que não se enquadra na interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao § 2º do art. 67 da Lei Federal 9.394/96.

Vale destacar que o documento de f. 79 não pode ser considerado como prova das atividades desenvolvidas pela apelante, porque foi esta quem o produziu.

Melhor sorte não assiste à servidora quanto à pretensão de ser liberada nas férias, recessos e finais de semana, de forma idêntica aos professores em efetivo exercício do cargo, e de receber, em dobro, pelo trabalho prestado em tais períodos.

Primeiro, porque a lei estabelece que os direitos e vantagens do cargo original serão assegurados ao servidor até seu definitivo aproveitamento em outro cargo, sendo que, no caso, a apelante se encontra definitivamente readaptada à função de auxiliar de biblioteca (f. 21/22).

Segundo, porque a Instrução Normativa 001/2008, ao estabelecer que os professores municipais em readaptação funcional terão suas férias concedidas mediante escala planejada pela chefia, não restringe o direito constitucional das férias, apenas regulamentando o gozo do benefício de acordo com a necessidade e conveniência do serviço público.

E terceiro, porque não há prova de que os feriados e os dias de repouso semanal da apelante não coincidam com os períodos estabelecidos para os professores em regência de classe.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante; suspensa a exigibilidade ante os termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo com o Relator.

DES.^a HELOÍSA COMBAT - Trata-se de apelação interposta por Nadja Neves Abdo contra a r. sentença (f. 72/77), que, em ação cominatória, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Aduz a recorrente que, em decorrência de problemas de saúde, após várias licenças-médicas, foi readaptada em dezembro de 2001. Comprova que foi readaptada em caráter definitivo em 2004, encontrando-se atualmente como auxiliar de biblioteca conforme documento de f. 21.

O douto Relator está negando provimento ao recurso.

Rogo vênia para dissentir, pois tenho que o tempo em que a autora esteve afastada da regência de aulas, por problemas de saúde, deve ser considerado de efetivo exercício, para todos os fins de direito.

Dispõe o § 5º do art. 40 da Constituição Federal:

§ 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.

Ao meu ver, o dispositivo legal mencionado não é autoaplicável, carecendo de regulamentação para a especificação do termo “funções de magistério”.

A Lei Federal 9.394/96 dispunha:

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

[...]

Parágrafo único. A experiência docente é pré-requisito para o exercício profissional de quaisquer outras funções de magistério, nos termos das normas de cada sistema de ensino.

Então, pelo texto legal anterior, já havia “outras funções de magistério”.

Os chamados *standarts* legais, ou conceitos vagos, necessitam de interpretação, de integração, pois são termos vagos.

Assim, veio a lume a Lei Federal 11.301/06, exatamente para suprir a lacuna, e acrescentou o § 2º ao art. 67 da Lei Federal 9.394/96, *verbis*:

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 2006.)

Como se vê, a Constituição Federal não esclarece quais funções devem ser consideradas para contagem de tempo para concessão da aposentadoria especial, o que inviabiliza a aplicação do dispositivo, mostrando-se necessária uma complementação, o que foi feito pela Lei 11.301/06, que delineou quais são as “funções de magistério”.

É dizer, por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, de aplicabilidade reduzida, carente de regulamentação, ficou evidenciada a necessidade de uma lei para cumprir essa função. Daí a origem da Lei 11.301/2006, que possibilitou a compreensão e aplicação do dispositivo previsto na Constituição Federal. A referida lei não afronta a Constituição, pois não se verificou qualquer alteração no texto legal, mas apenas foi explicitado o que o legislador ordinário entende por “função de magistério”.

Assim, mostra-se que o enunciado da Súmula 726 do STF, que afirma que “o tempo de serviço prestado fora da sala de aula não é contabilizado para fins de aposentadoria especial”, não mais subsiste. Ademais, em data recente, o colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei 11.301/06 é constitucional.

Portanto, havendo lei regulamentando o que se entende por “função de magistério”, poderá haver a contagem especial do tempo de aposentadoria.

No caso versado, há uma particularidade na legislação do Município de Belo Horizonte que dá agasalho à pretensão da recorrente.

A readaptação assim está definida no Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte:

Art. 47. Readaptação é a atribuição de atividades especiais ao servidor, observada a exigência de atribuições compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, verificada em inspeção médica pelo órgão municipal competente, que deverá, para tanto, emitir laudo circunstanciado.

Parágrafo único. A atribuição de atividades especiais e a definição do local do seu desempenho serão de competência da Secretaria Municipal de Administração ou de autoridade que dela receba delegação, observada a correlação daquela com as atribuições do cargo efetivo.

Verifica-se, da leitura do dispositivo, que na readaptação deve ser observada correlação das atividades especiais a serem desenvolvidas com as atribuições do cargo efetivo. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido, em casos análogos, que a readaptação deve se dar em cargo da mesma linha horizontal e do mesmo padrão de vencimentos:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Readaptação. Aproveitamento. Pressupostos. - O instituto da readaptação funcional, previsto para o caso de incapacitação física do servidor público para exercício das funções do seu cargo, é equivalente ao aproveitamento e, portanto, deve ser efetuado em cargo da mesma linha horizontal e do mesmo padrão de vencimentos. (RMS 2102/PA, Rel. Min. Vicente Leal, 6º T, j. em 11.06.1996.)

Logo, verifica-se que a readaptação da ora apelante a colocou no cargo de auxiliar de biblioteca, que não se encontra na mesma linha horizontal do cargo de professor. Sendo assim, deve-se observar o disposto no art. 55, § 2º, da Lei Orgânica Municipal:

Art. 55. Os servidores dos órgãos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas sujeitar-se-ão a regime jurídico único e a planos de carreira a serem instituídos pelo Município.

[...]

§ 2º Ao servidor público que, por acidente ou doença, se tornar inapto para exercer as atribuições específicas de seu cargo, serão assegurados os direitos e vantagens a ele inerentes, até seu definitivo aproveitamento em outro cargo, de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, ou até a aposentadoria.

O referido parágrafo prevê expressamente que o servidor afastado por motivo de doença terá assegurado todos os direitos e vantagens inerentes ao cargo, até seu aproveitamento em cargo de atribuições afins.

Uma vez que a readaptação da apelante se deu para cargo de atribuições diversas, deve esta continuar a ter assegurados seus direitos, dentre os quais o regime especial de aposentadoria e o gozo de recessos, feriados, fins de semana e férias, como se estivesse no cargo de origem. Caso contrário, estar-se-ia estimulando a

readaptação ilegal de servidores, em detrimento destes últimos e de suas garantias.

Ademais, o Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte garante o cômputo integral do tempo de afastamento para tratamento de saúde, e a readaptação funcional é decorrente de problema de saúde.

Art. 173. São considerados como de efetivo exercício os afastamentos decorrentes de:

[...]

VII - licença:

[...]

b) para tratamento de saúde, observado o limite estabelecido no art. 143;

Cumprido ressaltar, ainda, que a recorrente alegou (f. 79) e o apelado não refutou (f. 91/93) que durante a readaptação exerceu atividades de coordenação pedagógica, confecção de material didático, aulas de reforço, oficinas de leitura e redação, aulas de literatura com material da biblioteca escolar, dentre outras atividades correlatas. Verifica-se, para além das razões já expostas, que a servidora não se encontra de todo afastada das funções de magistério.

Todavia, não vejo como acolher a pretensão de que seja o Município condenado ao pagamento em dobro dos valores dos períodos de recesso, férias, feriados e finais de semana laborados pela apelante. Não há prova de que a autora não gozou dos respectivos benefícios, existindo apenas a alegação da servidora de que foram deferidos em data diversa dos efetivos professores, de modo que o pedido culminaria em um enriquecimento ilícito da ora recorrente.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para condenar o apelado a cumprir como de efetivo exercício de magistério todos os direitos da autora, em especial quanto aos recessos, feriados, fins de semana e férias. Condeno o apelado, ainda, a averbar o tempo de serviço da servidora para fins de aposentadoria, respeitado o regime especial dos professores.

Ante a sucumbência mínima da autora, inverto os ônus.

Isento de custas.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA A VOGAL PARCIALMENTE.