ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

PARECER/MP/CONJUR/FNF/Nº 1260 - 3.14 / 2007

PROCESSO Nº: 03000.002384/2007-78

EMENTA: AUXÍLIO PRÉ-ESCOLAR. REDUÇÃO DE IDADE LIMITE PARA CONCESSÃO. ALTERAÇÃO DO PERÍODO PRÉ-ESCOLAR NO ART. 7º, XXV, E ART. 208, IV, DA CF/88. O BENEFÍCIO DEVE SE AMOLDAR ÀS NOVAS DIRETRIZES EDUCACIONAIS ACOLHIDAS PELA CONSTITUIÇÃO. AOS SEIS ANOS DEVE SER INICIADO O ENSINO FUNDAMENTAL, QUANDO DEIXA DE SER DEVIDO O AUXÍLIO PRÉ-ESCOLAR. O CASO CONCRETO SE COMPATIBILIZA COM AS HIPÓTESES PREVISTAS NO PARECER AGU GQ-161 E NA SÚMULA 249/TCU. PELA DISPENSA DA RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE.

1. Trata-se de solicitação de informações com relação à alteração do limite de idade para pagamento do auxílio pré-escolar de seis para cinco anos, formulada pela Deputada Federal Andreia Zito.

2. A mencionada parlamentar requereu pronunciamento acerca da necessidade de redução em um ano do período de concessão do auxílio pré-escolar para os dependentes de servidores públicos federais e, em caso afirmativo, se seria possível a isenção do indébito pago.

3. A Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e gestão se pronunciou sobre a matéria através do Despacho de fls. 3 a 7.

4. Segundo o entendimento da SRH/MP, a redução da idade pré-escolar, levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 53, seria auto-aplicável, o que ensejaria na imediata redução da idade máxima que o dependente do servidor deve possuir para que lhe seja concedido o também chamado auxílio creche. Quanto à devolução dos valores pagos indevidamente em virtude da citada redução de idade, a SRH/MP considerou que só poderia ser dispensada se presentes as seguintes condições: efetiva prestação de serviço; boa-fé no recebimento da vantagem ou vencimento; errônea interpretação da lei expressa em um ato formal e a mudança de orientação jurídica, também formalizada, conforme previsto no Parecer GQ-161/98.

5. Em seguida, vieram os autos para análise desta Consultoria Jurídica.

6. É o relatório.

7. Em consonância com a redação original do art. 7º, XXV, e do art. 208, IV, da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente[1] previu como dever do Estado assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, nos termos de seu art. 54, IV, *in verbis*:

[1] Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

> *"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
>
> *IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade"*.

8. A assistência pré-escolar destinada aos dependentes dos servidores públicos federais foi regulamentada pelo Decreto nº 977, de 10 de setembro de 1993.

9. Nos termos do art. 7º do Decreto nº 977/93, tal assistência poderia ser prestada de forma direta, em creches mantidas pela Administração, ou por meio indireto, através de benefício denominado auxílio pré-escolar, cujo valor é periodicamente fixado pela Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, *in verbis*:

> *"Art. 7° A assistência pré-escolar poderá ser prestada nas modalidades de assistência direta, através de creches próprias, e indireta, através de auxílio pré-escolar, que consiste em valor expresso em moeda referente ao mês em curso, que o servidor receberá do órgão ou entidade"*.

10. Ocorre que, através da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, a idade pré-escolar foi reduzida em um ano, conforme se depreende da atual redação do art. 7º, XXV, e do art. 208, IV, da Constituição Federal:

> *"Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas"*

> *"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade"*

11. Até o advento da Lei nº 11.114, de 16 de maio de 2005, o Ordenamento Jurídico pátrio era uníssono em estabelecer a idade pré-escolar como sendo aquela compreendida entre zero e seis anos de idade e que, aos sete, deveria ter início o ensino fundamental, com duração de oito anos.

12. Ocorre que, entendeu-se por estender a duração do ensino fundamental de oito para nove anos e, com isso, reduzir a idade pré-escolar. Desta forma, o sexto ano de vida, que anteriormente pertencia à idade pré-escolar, passou a ser o marco em que a criança deve ser iniciada no ensino fundamental.

13. Portanto, através da citada Lei nº 11.114/2005, a idade em que deve ser iniciada a educação fundamental foi reduzida, passando dos sete para os seis anos de idade, conforme previsão atual contida nos artigos 6º e 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação[2], *ipsis litteris*:

> *"Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental"*.
>
> *"Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:"*

[2] Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

14. Com o acréscimo de um ano ao ensino fundamental e a conseqüente diminuição da idade pré-escolar, o texto constitucional foi adaptado a esta nova diretriz educacional por força da Emenda nº 53/2006 que, conforme acima exposto, alterou a redação do inciso XXV do art. 7º e do inciso IV do art. 208 da Carta Magna.

15. Embora a própria Constituição Federal tenha sido modificada, para comportar este novo formato do sistema educacional, alguns dispositivos legais continuaram prevendo a regra antiga, como é o caso do art. 4º, IV, da própria Lei nº 9.496/96 e o art. 54, IV, da Lei nº 8.069/90, abaixo transcritos:

> *"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade"*.
>
> *"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
>
> *IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade"*.

16. Contudo, é certo que tais dispositivos não se sustentam diante da nova orientação constitucional de que a pré-escola deve alcançar criança apenas até os cinco anos de idade, inclusive.

17. Diante da nova redação do inciso XXV do art. 7º e do inciso IV do art. 208 da Carta Constitucional, dúvida não há que a idade pré-escolar atualmente se compreende entre os zero e os cinco anos de idade, inclusive, não obstante os dispositivos legais ainda não adaptados a esta nova realidade.

18. O Decreto nº 977/93 visa exatamente garantir o atendimento pré-escolar aos dependentes de servidores públicos federais, seja de modo direto, através da manutenção de creches próprias, seja indiretamente, por meio do auxílio pré-escolar ora em discussão.

19. Daí que, entendemos correta a orientação segundo a qual, após a publicação da Emenda Constitucional nº 53/2006, a assistência pré-escolar garantida pelo Decreto nº 977/93 deve se limitar aos dependentes de servidores públicos federais de até cinco anos de idade, inclusive.

20. A partir dos seis anos, as crianças já devem ingressar no ensino fundamental, conforme previsto no art. 87, § 3º, I, da Lei nº 9.394/96, *in verbis*:

> *"Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.*
>
> *§ 3o O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem:*
>
> *I – matricular todos os educandos a partir dos 6 (seis) anos de idade no ensino fundamental".*

21. Portanto, aos seis anos, os dependentes dos servidores já devem iniciar o ensino fundamental, a ser garantido pelo Distrito Federal, Estados, Municípios e, apenas supletivamente, pela União. Por esta razão, não há mais qualquer sentido em que seja concedido auxílio creche a dependentes de servidores federais que já tenham atingido aquela faixa etária.

22. Superada esta questão, cabe agora tratar da possibilidade de dispensa da reposição de valores pagos a título de auxílio pré-escolar a servidores cujos dependentes já haviam atingido os seis anos de idade.

23. Através do Despacho de fls. 3 *usque* 7, a SRH/MP entendeu pela impossibilidade da dispensa, com fundamento no Parecer AGU GQ nº 161, aprovado pela Presidência da República e publicado no Diário Oficial da União de 09 de setembro de 1998.

24. Segundo a Secretaria de Recursos Humanos desta Pasta, no caso aqui tratado, não estão presentes os requisitos necessários para que se dispense a restituição dos valores pagos indevidamente aos servidores.

25. De início, é importante fazer menção que o Parecer AGU GQ-161 deve obrigatoriamente ser obedecido pela Administração Federal, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, *in verbis*:

> *"Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.*
>
> *§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento"*

26. Entretanto, o referido Parecer não impede a dispensa da restituição de valores indevidamente pagos aos servidores públicos. Muito pelo contrário, prevê hipóteses que, se atendidas, autorizam tal dispensa.

27. Neste ponto, cabe transcrever o seguinte trecho do Parecer AGU GQ-161:

> *"34. Como se viu, a orientação até agora adotada por esta Instituição quanto ao não cabimento de restituição na hipótese de pagamento indevido a servidor que o recebeu de boa fé e em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, não está a merecer reparos. Deve ser mantida.*
>
> *35. A efetiva prestação de serviço, a boa-fé no recebimento da vantagem ou vencimento, a errônea interpretação da lei expressa em um ato formal e a mudança de orientação jurídica são requisitos indispensáveis para que o pagamento feito possa ser considerado válido e, à época, devido, não estando sujeito à restituição"*

28. *Data venia* do entendimento sustentado pela SRH/MP, entendemos que o caso em análise se amolda perfeitamente às hipóteses em que é autorizada a ausência devolução de quantias pagas indevidamente pela União.

29. Conforme acima exposto, em decorrência do advento da Emenda nº 53/2006, que adequou o texto constitucional às novas diretrizes educacionais do país, foi revista a orientação quanto à idade-teto para recebimento do auxílio pré-escolar. Contudo, é importante fazer ressalva que não houve qualquer alteração no art. 54, IV, da Lei n° 8.069/90 e, tampouco, no Decreto nº 977/93, que regulamenta o citado dispositivo legal em relação aos servidores federais.

30. A nosso ver, a continuidade do pagamento do benefício a servidores cujos dependentes já haviam atingido seis anos, após a publicação da Emenda nº 53/2006, caracteriza errônea interpretação, tanto da Lei nº 8.069/90, quando do Decreto nº 977/93.

31. Pelo que se depreende dos autos, a posterior constatação do erro acarretou na mudança da orientação quanto ao limite etário para que o pagamento do auxílio pré-escolar fosse considerado devido.

32. Neste ponto, é pertinente transcrever o seguinte trecho do Parecer AGU GQ-161:

> *"18. A posterior mudança de orientação, o equívoco verificado não invalida o pagamento feito, se o servidor se enquadrava na situação, se o recebeu de boa-fé. O equívoco verificado tem dois efeitos: a) estancar o pagamento que vinha sendo efetuado; b)negá-lo a quem, na mesma situação, não o tenha ainda recebido. Isto foi claramente demonstrado no Parecer GQ-114-97, da lavra do Dr. Geraldo Quintão"*.

33. Aqueles servidores que estavam trabalhando e, de acordo com a orientação até então vigente, estavam recebendo o auxílio creche em razão de possuírem dependentes com até seis anos de idade, presumivelmente estavam de boa-fé.

34. Diante destes argumentos, entendemos que, no caso sob análise, deve ser dispensada a restituição dos valores pagos a título de auxílio pré-escolar a servidores que tinham dependentes com seis anos de idade completos e que receberam o benefício após o advento da Emenda Constitucional nº 53/2006.

36. Quando o pagamento indevido decorre de errônea interpretação de lei e havendo boa-fé do servidor, deve ser dispensada a restituição, conforme entendimento já sedimentado no Tribunal de Contas da União por meio da Súmula nº 249/2007, abaixo transcrita:

> *"É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais".*[3]

37. Tal entendimento já foi adotado por esta Consultoria Jurídica por meio do Parecer nº 0756/2007, cuja conclusão foi a seguinte:

> *"27. Ante o exposto, concluímos que o caso em comento se amolda ao que prevê a Súmula nº 249 do Tribunal de Contas da União, no sentido de não ser devida a restituição de valores recebidos pelo servidor de boa-fé em virtude de erro escusável de interpretação da lei, motivo pelo qual somos pelo deferimento do pedido de exclusão do débito"*

38. Diante do que foi exposto, consideramos correta a orientação de que, após a publicação da Emenda Constitucional nº 53/2006, o auxílio pré-escolar, seja prestado de forma direta seja indireta, com base no Decreto nº 977/93, deve ser limitado a servidores que possuam dependentes entre zero e cinco anos de idade, inclusive.

[3] Ata 18/2007 DOU 11.05.2007

39. Além disso, opinamos que deve ser dispensada a restituição os valores pagos a título de auxílio pré-escolar, com base na orientação anteriormente adotada, a servidores cujos dependentes já tinham completado seis anos de idade, uma vez que o caso presente se amolda às hipóteses previstas no Parecer AGU GQ-161 e na Súmula nº 249, do Tribunal de Contas da União.

À consideração superior.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2007.

FELIPE NOGUEIRA FERNANDES
ADVOGADO DA UNIÃO

Aprovo. Ao Sr. Consultor Jurídico.
Em ____/____/2007.

DILES MARIA LUVISON KUHN
Coordenadora-Geral Jurídica de Recursos Humanos

Aprovo o Parecer. Devolvam os autos à Secretaria de Recursos Humanos.

Em ___/___/2007.

ANA PAULA PASSOS SEVERO
Cosultora Jurídica-Adjunta