

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

TEMA CENTRAL: CRITÉRIO LEGAL REMANESCENTE PARA O REAJUSTE DO PISO SALARIAL NACIONAL DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA PÚBLICA DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DE VÁCUO NORMATIVO DECORRENTE DA REVOGAÇÃO DA LEI Nº 11.494/2007

- Professores e Municípios como insumos essenciais à vida coletiva civilizada
- A profunda reforma constitucional decorrente da EC nº 108/2020: o novo Fundeb
- A Portaria MEC nº 67/2022 enquanto “Legislação-Álibi” (Marcelo Neves), no contexto do “Infralegalismo Autoritário” (Oscar Vilhena) que termina promovendo, em violação à Constituição, práticas de deslealdade federativa (Min. Gilmar Mendes)
- O uso de lei geral para evitar um vácuo normativo quando há a revogação da lei específica que regravava a matéria: a Lei nº 7.238/84 e o uso temporário e excepcional do INPC como índice oficial aplicável até a atuação do Congresso Nacional na elaboração de lei específica, consoante o art. 212-A, XII da Constituição Federal

Natureza do estudo: parecer jurídico

Consulente: Frente Nacional dos Prefeitos (FNP)

Parecerista: Prof. Dr. Saul Tourinho Leal

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

Parecer Jurídico

Sumário: 1. Quadro Factual-Jurídico Subjacente à Consulta e Quesitos; 2. Mais do que o Texto, o Contexto: a censura permanente do Supremo Tribunal Federal à *práxis* do Poder Executivo da União de regrar matérias por meios infralegais, sobrepondo-se ao Congresso Nacional e, assim, violando a Separação dos Poderes – “Infralegalismo Autoritário” (Oscar Vilhena) – Deslealdade Federativa (Min. Gilmar Mendes) – “Legislação-Álibi” (Marcelo Neves); 3. Breve Histórico do Compromisso Nacional de Valorização do Magistério; 4. Vácuo Normativo – O uso analógico de lei geral como critério hermenêutico idôneo a sanar omissões indesejadas no ordenamento (LINDB) – A forma juridicamente hígida de assegurar a merecida atualização do Piso dos Professores; 5. O Tratamento Hermenêutico dado ao Piso pelo STF: o uso, pelo ministro Gilmar Mendes, da técnica da sinalização, antevendo que a Suprema Corte teria um encontro marcado com os efeitos colaterais da deslealdade federativa praticada pela União Federal no que diz respeito ao Piso Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública; 6. A distinção feita pelo STF e, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo, quanto à forma não linear de cálculo e pagamento do Piso; 7. O compromisso dos prefeitos e prefeitas com o cumprimento da Lei de Responsabilidade e a necessidade de mitigar riscos de se incorrer em crime de responsabilidade; 8. Respostas aos Quesitos; e 9. FECHO.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

1. Quadro Factual-Jurídico Subjacente à Consulta e Quesitos

1.1. Professores e municípios. Essa é uma boa aliança. Quis a Constituição que o desenvolvimento do país fosse erguido a partir de um tipo de prestígio jamais conferido em toda a nossa história constitucional a esses dois protagonistas da vida coletiva civilizada.

1.2. É grande a deferência que a Constituição de 1988 dá aos professores. As alíneas “a” e “b” do inciso XVI do art. 37 dizem ser vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, havendo compatibilidade de horários, a de dois cargos de professor ou a de um cargo de professor com outro técnico ou científico. Professores emprestam saber e elevação do espírito para a comunidade, por isso a Constituição trouxe exceções dirigidas ao incremento dessa tão fundamental profissão, singularizando-a em proveito do bem comum.

1.3. Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em cinco anos para a aposentadoria no regime próprio de previdência (62 anos, se mulher; 65 anos, se homem), desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federado (art. 40, § 5º). O requisito de idade para a aposentadoria no caso do regime geral de previdência social será reduzido em cinco anos para o professor que consiga realizar tal comprovação (art. 201, § 8º). É uma discriminação positiva que valoriza o magistério.

1.4. A propósito, é mesmo honroso o magistério. A Constituição veda aos juízes exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, excetuando-se, contudo, uma de magistério (art. 95, parágrafo único, I). O mesmo vale para os Membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, II, “d”). Precisamos de juízes professores, de promotores professores.

1.5. Mas, se a Constituição foi tão atenta aos professores, destaque menor ela não deu aos municípios. Tanto que, logo no art. 1º, dispõe que a nossa República Federativa é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

1.6. A autonomia municipal dimana do art. 18, segundo o qual a organização político-administrativa da República compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, “todos autônomos”, nos termos da Constituição. Autonomia de verdade.¹

1.7. Há, inclusive, um capítulo dedicado aos municípios, o Capítulo IV (Dos Municípios), cujo art. 29 disciplina que esse ente rege-se-á por lei orgânica. O art. 30 traz as competências municipais, dentre elas, a de legislar sobre assuntos de interesse local (inciso I).

1.8. A Constituição de 1988 chegou ao ponto de dispor que União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para reorganizar as finanças da unidade da Federação que “deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei” (art. 34, V, “b”). Ou seja, a autonomia orçamentária municipal é uma garantia essencial da qual a Constituição não abre mão.

1.9. São eles, professores e municípios, os insumos antevistos pela Constituição para que possa o Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; para que garanta “o desenvolvimento nacional”; reúna condições de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; e para que promova o bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.²

1.10. Firmada essa premissa, vamos aos fatos subjacentes à presente consulta.

1.11. Dia 07/02/2022, na edição nº 26 do Diário Oficial da União³, o Gabinete do Ministro de Estado da Educação fez publicar a Portaria nº 67, de 4 de fevereiro de 2022. Eis:

¹ Anotações de Ivo Dantas e Gina Gouveia Pires de Castro: “Como vem sendo destacado, o município possui personalidade jurídica própria, tendo sido criado para o exercício de funções públicas, que são identificadas como sua principal característica, devendo ser realizadas no seu território delimitado, não havendo qualquer vínculo hierárquico entre o governo municipal, federal e estadual, já que todos têm decisões próprias, e que não cabe interferência por parte de nenhum dos entes, a não ser no caso de uma intervenção federal”, p. 97. *Os municípios e a federação brasileira: a importância desses no contexto constitucional brasileiro*. In Nascimento, Carlos Valder; DI Pietro, Maria Sylvia Zanella; Mendes, Gilmar Ferreira (Cord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 81-112.

² São os objetivos fundamentais da República previstos nos incisos do art. 3º da Constituição Federal.

³ Seção 1, p. 65.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

“Art. 1º Homologar o Parecer nº 2/2022/CHEFIA/GAB/SEB/SEB, de 31 de janeiro de 2022, da Secretaria de Educação Básica desta Pasta, que apresenta o piso salarial nacional dos profissionais do magistério da educação básica pública para o ano de 2022.”

1.12. A propaganda política prometia “Mais Brasil, menos Brasília”.⁴ A Portaria MEC nº 67/2022 derruba esse mito.⁵ De um lado, uma caneta posta sobre uma mesa do Ministério da Educação, em Brasília. Do outro, 5.568 prefeitos e prefeitas vinculados à Constituição e às leis, tendo feito um juramento de respeitá-las, vendo-se submetidos aos termos lacunosos da aludida Portaria, que os exorta a simplesmente obedecer. Federalismo não é isso.

1.13. O citado Parecer nº 2/2022/Chefia/GAB/SEB/SEB, relativo ao Processo nº 23000.002248/2022-24, que embasou a Portaria MEC nº 67/2022, tratou do seguinte assunto: “Piso Salarial Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública, para o ano de 2022”. Transcreve-se o seu relatório:

“1. Em outubro de 2021, a Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação consultou a Consultoria Jurídica a respeito dos impactos da Emenda Constitucional nº 108/2020 e da Lei nº 14.113/2020, sobre a Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008, especificamente sobre dois pontos: (1) atualização do Piso Salarial Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública e (2) complementação da União para compor o piso àqueles entes que não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

2. *Ipsis litteris*, foram apresentados os seguintes questionamentos:

(1) Se a Lei nº 11.738/2018 vincula a atualização do piso ao percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno (VAA-Min), referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494/2007, ora revogada, é possível manter a vinculação da atualização do piso ao percentual de

⁴ Foi o slogan eleitoral do atual governo. Disponível em: <https://exame.com/brasil/mais-brasil-menos-brasilia-bolsonaro-defende-novo-pacto-federativo/>.

⁵ Para Peter Häberle, “no Estado constitucional, o princípio do Estado de Direito em todas as suas formas consagra a ponte mais intensiva no eterno processo de busca da verdade; já o princípio da publicidade atua paralelamente”, p. 118. Ele prossegue: “O conceito da verdade, como um valor cultural para o Estado constitucional, sobretudo após as experiências com o modelo totalitário oposto, é indispensável”, p. 123. Em: *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

crescimento do valor anual mínimo por aluno (VAAF-Min), definido na Lei nº 14.113/2020, ou devemos utilizar outro parâmetro? Se sim, qual parâmetro?

(2) Qual o parâmetro, de forma e limite, a ser utilizado na complementação da União para compor o piso àqueles entes que não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado, uma vez que o art. 60, inciso VI, do ADCT, foi revogado?”

1.14. A resposta dada pela Conjur/MEC veio sob a forma do Parecer nº 00990/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU (2982772), o qual aponta expressamente, como fundamento central, que não é possível interpretar que a “lei específica” exigida pelo art. 212-A, XII da Constituição, seja a Lei nº 11.738/2008, pois “caso o constituinte reformador quisesse a manutenção dos critérios da Lei nº 11.738/2008, a Emenda Constitucional nº 108/2020, não fixaria a obrigação de uma nova lei para disciplinar o tema”.

1.15. Vale rememorar. A Constituição sofreu, recentemente, uma das suas mais profundas transformações. Deu-se pelo advento da EC nº 108, de 2020, que alterou nada menos do que sessenta dispositivos constitucionais.⁶ Dessa revolução nasceu o novo Fundeb.

1.16. O citado art. 212-A tem a seguinte e extensa redação:

“Art. 212-A. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 desta Constituição à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais, respeitadas as seguintes disposições:

I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a instituição, no âmbito de cada Estado e do

⁶ As modificações vão do art. 158, parágrafo único da Constituição: “As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;” (Redação dada EC nº 108/2020) até o art. 107 do ADCT: “Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: § 6º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo: I - transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do caput do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso XIV do caput do art. 21 e as complementações de que tratam os incisos IV e V do caput do art. 212-A, todos da Constituição Federal;”(Redação da EC nº 108/2020).

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de natureza contábil;

II - os fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do caput do art. 155, o inciso II do caput do art. 157, os incisos II, III e IV do caput do art. 158 e as alíneas "a" e "b" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 desta Constituição;

III - os recursos referidos no inciso II do caput deste artigo serão distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial matriculados nas respectivas redes, nos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 desta Constituição, observadas as ponderações referidas na alínea "a" do inciso X do caput e no § 2º deste artigo;

IV - a União complementarará os recursos dos fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo;

V - a complementação da União será equivalente a, no mínimo, 23% (vinte e três por cento) do total de recursos a que se refere o inciso II do caput deste artigo, distribuída da seguinte forma:

a) 10 (dez) pontos percentuais no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, sempre que o valor anual por aluno (VAAF), nos termos do inciso III do caput deste artigo, não alcançar o mínimo definido nacionalmente;

b) no mínimo, 10,5 (dez inteiros e cinco décimos) pontos percentuais em cada rede pública de ensino municipal, estadual ou distrital, sempre que o valor anual total por aluno (VAAT), referido no inciso VI do caput deste artigo, não alcançar o mínimo definido nacionalmente;

c) 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais nas redes públicas que, cumpridas condicionalidades de melhoria de gestão previstas em lei, alcançarem evolução de indicadores a serem definidos, de atendimento e melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades, nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica;

VI - o VAAT será calculado, na forma da lei de que trata o inciso X do caput deste artigo, com base nos recursos a que se refere o inciso II do caput deste artigo, acrescidos de outras receitas e de transferências vinculadas à educação, observado o disposto no § 1º e consideradas as matrículas nos termos do inciso III do caput deste artigo;

VII - os recursos de que tratam os incisos II e IV do caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e pelos Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 desta Constituição;

VIII - a vinculação de recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino estabelecida no art. 212 desta Constituição suportará, no máximo, 30% (trinta por cento) da

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

complementação da União, considerados para os fins deste inciso os valores previstos no inciso V do caput deste artigo;

IX - o disposto no caput do art. 160 desta Constituição aplica-se aos recursos referidos nos incisos II e IV do caput deste artigo, e seu descumprimento pela autoridade competente importará em crime de responsabilidade;

X - a lei disporá, observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput e no § 1º do art. 208 e as metas pertinentes do plano nacional de educação, nos termos previstos no art. 214 desta Constituição, sobre:

a) a organização dos fundos referidos no inciso I do caput deste artigo e a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas, modalidades, duração da jornada e tipos de estabelecimento de ensino, observados as respectivas especificidades e os insumos necessários para a garantia de sua qualidade;

b) a forma de cálculo do VAAF decorrente do inciso III do caput deste artigo e do VAAT referido no inciso VI do caput deste artigo;

c) a forma de cálculo para distribuição prevista na alínea "c" do inciso V do caput deste artigo;

d) a transparência, o monitoramento, a fiscalização e o controle interno, externo e social dos fundos referidos no inciso I do caput deste artigo, assegurada a criação, a autonomia, a manutenção e a consolidação de conselhos de acompanhamento e controle social, admitida sua integração aos conselhos de educação;

e) o conteúdo e a periodicidade da avaliação, por parte do órgão responsável, dos efeitos redistributivos, da melhoria dos indicadores educacionais e da ampliação do atendimento;

XI - proporção não inferior a 70% (setenta por cento) de cada fundo referido no inciso I do caput deste artigo, excluídos os recursos de que trata a alínea "c" do inciso V do caput deste artigo, será destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, observado, em relação aos recursos previstos na alínea "b" do inciso V do caput deste artigo, o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) para despesas de capital;

XII - lei específica disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública;

XIII - a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 desta Constituição para a complementação da União ao Fundeb, referida no inciso V do caput deste artigo, é vedada.

§ 1º O cálculo do VAAT, referido no inciso VI do caput deste artigo, deverá considerar, além dos recursos previstos no inciso II do caput deste artigo, pelo menos, as seguintes disponibilidades:

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

I - receitas de Estados, do Distrito Federal e de Municípios vinculadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino não integrantes dos fundos referidos no inciso I do caput deste artigo;

II - cotas estaduais e municipais da arrecadação do salário-educação de que trata o § 6º do art. 212 desta Constituição;

III - complementação da União transferida a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios nos termos da alínea "a" do inciso V do caput deste artigo.

§ 2º Além das ponderações previstas na alínea "a" do inciso X do caput deste artigo, a lei definirá outras relativas ao nível socioeconômico dos educandos e aos indicadores de disponibilidade de recursos vinculados à educação e de potencial de arrecadação tributária de cada ente federado, bem como seus prazos de implementação.

§ 3º Será destinada à educação infantil a proporção de 50% (cinquenta por cento) dos recursos globais a que se refere a alínea "b" do inciso V do caput deste artigo, nos termos da lei.”

1.17. O comando acima foi integralmente introduzido pela EC nº 108/2020. O inciso XII diz: “lei específica disporá sobre o piso salarial nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública”. É uma determinação de ação futura, ainda não implementada.

1.18. Diante da necessidade de regulamentar tão profunda alteração constitucional trazida pela EC nº 108/2020, e, em especial, o aludido inciso XII, sobreveio a Lei nº 14.113/2020, que revogou a Lei nº 11.494/2007, que era a lei que regulamentava o antigo Fundeb, oriundo da Emenda Constitucional nº 53, de 2006. A citada Lei nº 14.113/2020 revogou integralmente a Lei nº 11.494/2007, ressaltando apenas o seu art. 12, que institui, no âmbito do MEC, a *Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade*.

1.19. Acontece que o Congresso, ao trabalhar a Lei nº 14.113/2020, se assim o desejasse, teria as condições para reformular as disposições da Lei nº 11.738/2008, que é a chamada Lei do Piso⁷, adequando-a aos novos comandos da EC nº 108/2020. Não o fez, contudo.

1.20. Os artigos 4º e 5º da Lei nº 11.738/2008, condicionam a aplicação da norma a critérios agora substituídos pela EC nº 108/2020. Eis o inteiro teor dos comandos:

⁷ Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do ADCT, para instituir o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

“Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

§ 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos.

Art. 5º O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009.

Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.”

1.21. O Parecer Conjur/MEC anota que, “à semelhança da EC nº 53/2006, a criação de um novo Fundo, com características distintas do anterior, exige, no campo infraconstitucional, a criação de uma nova lei para regulamentá-lo e, posteriormente, uma outra nova lei para tratar especificamente da questão do piso salarial para os profissionais do magistério da educação básica pública”.

1.22. De fato, o condomínio legislativo harmônico que se formou a partir da EC nº 53/2006 foi o seguinte: a Lei nº 11.494/2007, regulamenta o Fundeb e a Lei nº 11.738/2008, institui o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

1.23. No caso da EC nº 108/2020, veio a Lei nº 14.113/2020 regulamentando o Fundeb e revogando a Lei nº 11.494/2007, o que gerou, sem dúvida, o esvaziamento ou pelo menos o grave comprometimento do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.738/2008, uma vez que sua redação, ao tratar do piso salarial nacional para o profissional do magistério público da educação básica, a ser atualizado, anualmente, em janeiro, assevera que essa atualização será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, mas nos exatos termos previstos pela Lei nº 11.494/2007, que, como dito e repetido, foi revogada.

1.24. Ora, não há indifferente jurídico numa lei, palavras vazias, desprovidas de sentido ou significado. Como proceder a tal determinação se, como se sabe, a Lei nº 11.494/2007, fruto da EC nº 53/2006, foi revogada pela Lei nº 14.113/2020, após a EC nº 108/2020?

1.25. Daí a conclusão do Parecer da Conjur/MEC ter sido a seguinte:

“Portanto, a Lei n.º 11.738, de 2008, dada as mudanças advindas com a entrada em vigor das disposições inseridas pela EC nº 108, de 2020, que impactam diretamente sobre o critério de reajuste do piso salarial para os profissionais do magistério da educação básica pública e a complementação da União para sua integralização (arts. 4º e 5º, parágrafo único), dependerá de atualização pelo Congresso Nacional para sua efetiva implementação nos exercícios subsequentes, consoante determinação do 212-A, inciso XII, da CF/88.”

1.26. Insatisfeita, a Secretaria de Educação Básica apresentou nova consulta, conforme a Nota Técnica nº 14/2022/CHEFIA/GAB/SEB/SEB (3106554):

“É possível uma interpretação no sentido de utilizar para 2022, de forma extensiva, o tratamento dado até então baseado na Lei 11.738/2008, diante da inexistência, até o momento, de normativo que a substitua?”

1.27. Como se nota, os documentos elaborados pela Consultoria Jurídica do MEC reputam como comprometida, nessa parte, a Lei nº 11.738/2008. Mesmo assim, fiados nessa lógica - conferir validade a uma lei revogada -, o Parecer conclui: “o Piso Salarial Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública, para o ano de 2022, é de R\$ 3.845,63 (três mil oitocentos e quarenta e cinco reais e sessenta e três centavos)”.

1.28. Os dois parágrafos seguintes não deixam qualquer dúvida quanto à revogação:

“18. Resta evidente que o legislador foi silente quanto à metodologia de atualização do valor do piso, o que afeta diretamente a política de valorização profissional do magistério da educação básica da rede pública, problema que deve ser solucionado porque tanto o direito

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

à educação, como à remuneração no âmbito do serviço público são considerados direitos fundamentais sociais (art. 6º, caput, c/c art. 39, §3º), e, em virtude da dicção expressa pelo art. 5º, §1º, da Constituição Federal, ‘As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.

19. Assim, a mora legislativa em vigor não é fator impeditivo para que o Ministério da Educação exerça a sua titularidade em relação à coordenação da política nacional que lhe é intrínseca, razão pela qual está em elaboração estudos quanto a indicadores para a atualização do piso salarial nacional dos profissionais do magistério da educação básica pública.”

1.29. Assim, qual o fundamento legal a autorizar o MEC a apresentar o valor do referido Piso como sendo o de R\$ 3.845,63? Não há. Está-se diante de um vácuo normativo, uma lacuna jurídica, que precisa ser preenchida nos termos da Constituição e do sistema jurídico.

1.30. Outros dois parágrafos do Parecer seguem indicando toda a sua verdade:

“21. A problemática da lacuna legislativa em vigor informada pela CONJUR/MEC requer a edição de lei, conforme determina o art. 212-A, inciso XII, da Constituição Federal, para quem ‘lei específica disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública’, mas, finalizar um processo legislativo requer tempo por causa do sistema de freios e contrapesos, controle recíproco de poder, que coloca o Poder Legislativo como protagonista no processo de discussão legislativa.

22. O contexto fático e normativo existente requer uma ação administrativa no sentido de solucionar o problema, em caráter excepcional, concorrente ao processo legislativo, cuja aprovação em sua totalidade demanda tempo considerável e, de certa maneira, causa insegurança jurídica em razão da imprevisibilidade em relação ao seu desfecho.”

1.31. O argumento transcrito acima, respeitosamente, não deveria prosperar. À luz da nossa Constituição, o Poder Legislativo jamais será supérfluo⁸, tampouco o princípio da

⁸ Eis John Stuart Mill: “O sistema representativo deveria ser constituído de forma a manter esse estado de coisas: não deveria permitir que nenhum dos vários interesses setoriais fosse tão poderoso a ponto de poder prevalecer contra a verdade, a justiça e os outros interesses setoriais combinados. Deve-se sempre preservar tal equilíbrio entre os interesses pessoais de modo que cada um deles, para ter êxito, precise atrair pelo menos uma ampla proporção daqueles que agem por motivos mais elevados e por visões mais abrangentes e de mais longo prazo”. *Considerações sobre o governo representativo*. Trad. Denise Bottmann. Porto Alegre: L&P, 2018, p. 134.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

legalidade constante do *caput* do art. 37 da Constituição será convertido numa promessa vazia. Não é possível, no Estado Constitucional, ignorar a essencialidade da separação de Poderes.⁹

1.32. Diante desses acontecimentos políticos e jurídicos, a Frente Nacional dos Prefeitos (FNP), necessitando oferecer uma orientação aos prefeitos e prefeitas do Brasil –, questiona:

I - Há um vácuo normativo, uma lacuna jurídica, no disciplinamento do cálculo para atualização anual do piso salarial nacional do profissional do magistério público da educação básica, previsto no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.738/2008?

II - Havendo, de fato, esse vácuo, compete ao Ministério da Educação supri-lo, por meio de uma Portaria, suplantando-se, ainda que excepcionalmente, ao Congresso Nacional e desconsiderando o princípio da legalidade formal (*caput* do art. 37)?

III – Havendo vácuo normativo e sendo inconstitucional a Portaria MEC nº 67/2022, haveria um critério juridicamente seguro capaz de proteger a legítima atualização do piso salarial nacional do profissional do magistério público da educação básica? Se sim, qual seria esse critério e o seu fundamento jurídico?

IV - Seja para os prefeitos e prefeitas que decidirem pagar o piso acima de índices oficiais – adotando, por exemplo, a sugestão da Portaria MEC nº 67/2022 – seja para os que comprovadamente não conseguirem, tal montante há de ser replicado de forma linear na carreira dos professores?

⁹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

2. Mais do que o Texto, o Contexto: a censura do Supremo Tribunal Federal à *práxis* do Poder Executivo da União de regradar matérias por meios infralegais, sobrepondo-se ao Congresso Nacional e, assim, violando a Separação dos Poderes – “Infralegalismo Autoritário” (Oscar Vilhena) – Deslealdade Federativa (Min. Gilmar Mendes) – “Legislação-Álibi” (Marcelo Neves)

2.1. É de fundamental importância apresentar o contexto no qual a Portaria MEC nº 67/2022 está sendo analisada, qual seja, a frequente censura do Supremo Tribunal Federal à postura antirrepublicana do Poder Executivo da União que, por atos infralegais, desmerece os graves deveres constitucionais impostos à República e, notadamente, a toda a federação.

2.2. Na hermenêutica – e esse parecer cuida disso –, o texto não basta. É preciso olhar o contexto para, a partir dele, entender o universo no qual o fenômeno jurídico ocorre.

2.3. O contexto da Portaria nº 67/2022 não é bom, é preciso admitir.

2.4. Por muito tempo, a Suprema Corte examinou a constitucionalidade de atos infralegais, tais como decretos presidenciais autônomos (art. 84, VI e XII da Constituição) ou decretos que tenham ultrapassaram o poder regulamentar do chefe do Poder Executivo, invadindo matéria reservada à lei (ADI nº 1.352, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4/10/95; ADI 1.553, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/5/2004); atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (ADI nº 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17/3/2006; ADC nº 12 MC, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 1º/9/2006) e do Conselho Nacional do Ministério Público (ADPF nº 483 MC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 3/10/2017); ou previsões regimentais de tribunais dotadas de caráter normativo e autônomo (ADI nº 3.544, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 7/8/2017; ADI nº 4.108 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 5/3/2009).

2.5. Acontece que, no atual Governo, a judicialização de atos infralegais perante o Supremo Tribunal Federal se tornou intensa, reclamando respostas quase diárias em defesa da Constituição cuja guarda precípua, como se sabe, compete ao Supremo (*caput* do art. 102).

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

2.6. O fenômeno foi estudado pelo professor Oscar Vilhena, da FGV Direito-SP, pelo coordenador do *Supremo em Pauta*, Rubens Glezer e pela mestre em Direito Ana Laura Barbosa, tendo ganhado um nome tão justo quanto original: *infralegalismo autoritário*.¹⁰

2.7. Um passeio na jurisprudência recente do STF explica as razões de ser da expressão.

2.8. Em 23/03/2020, o ministro Marco Aurélio determinou à União que reintegrasse as famílias excluídas do Programa Bolsa Família durante a pandemia da *Covid-19* (ACO nº 3359).

2.9. Em 01/04/2020, na ADPF nº 656 (DJe 31/08/2020), o ministro Ricardo Lewandowski suspendeu a eficácia dos itens 64 a 68 da Tabela 1 do art. 2º da Portaria nº 43/2020, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento/Secretaria de Defesa Agropecuária, que permitia a liberação de agrotóxicos sem análise de órgãos competentes.

2.10. Em 20/08/2020, o STF, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, julgando a ADPF nº 722 MC (DJe 22/10/2020), suspendeu “todo e qualquer ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública de produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, as escolhas pessoais e políticas, as práticas cívicas de cidadãos, servidores públicos federais, estaduais e municipais identificados como integrantes de movimento político antifascista, professores universitários e quaisquer outros que, atuando nos limites da legalidade, exerçam seus direitos de livremente expressar-se, reunir-se e associar-se”.

2.11. Em 14/12/2020, o ministro Edson Fachin suspendeu os efeitos da Resolução nº 126/2020 do Comitê Executivo de Gestão da Câmara do Comércio Exterior (Gecex), que zerou a alíquota de importação de revólveres e pistolas (ADPF nº 772).

2.12. Em 15/01/2021, o ministro Ricardo Lewandowski determinou a suspensão do despacho do Ministério da Educação, de 29 de dezembro de 2021, que proibiu a exigência de vacinação contra a *Covid-19* como condicionante ao retorno das atividades acadêmicas presenciais em instituições federais de ensino (ADPF nº 756).

¹⁰ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/infralegalismo-autoritario-de-bolsonaro-afeta-4-areas-chave-do-governo-entenda.shtml>

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

2.13. Em 29/03/2021, o STF declarou a inconstitucionalidade do Decreto Presidencial nº 9.908/2019, que autorizava o ministro da Educação a designar o diretor-geral interino dos Centros Federais de Educação Tecnológica, das Escolas Técnicas Federais e das Escolas Agrotécnicas Federais quando o cargo estivesse vago e não houver condições de provimento regular imediato (ADI nº 6543, Rel. Min. Cármen Lúcia).

2.14. Em 16/09/2021, o ministro Alexandre de Moraes suspendeu “a eficácia da Portaria 62-COLOG, de 17/4/2020, da Portaria Interministerial 1634/GM-MD, de 22/4/2020, e a Portaria 423/2020 do Ministério da Justiça”, que flexibilizavam a circulação de armas e munições no país”.¹¹

2.15. Em 12/11/2021, o ministro Luís Roberto Barroso suspendeu dispositivos da Portaria nº 620/2021, do Ministério do Trabalho e Previdência, que proíbem empresas de exigirem comprovante de vacinação na contratação ou na manutenção do emprego.¹²

2.16. Em 14/12/2021, por unanimidade, o STF declarou a inconstitucionalidade da Resolução nº 500/2020, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que havia revogado três resoluções do órgão que tratam de licenciamento de empreendimentos de irrigação, dos parâmetros de Áreas de Preservação Permanente (APPs) de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno, e dos parâmetros, definições e limites de APPs.¹³

2.17. Em 24/01/2022, o ministro Ricardo Lewandowski suspendeu “a eficácia dos arts. 4º, I, II, III e IV e 6º do Decreto 10.935/2022”, que “altera a legislação de proteção a cavernas, grutas, lapas e abismos e permite a exploração”.¹⁴

2.18. Em 01/02/2022, o ministro Luís Roberto Barroso suspendeu dois atos administrativos da Fundação Nacional do Índio (Funai) que desautorizam as atividades de proteção territorial pela autarquia em terras indígenas não homologadas (ADPF nº 709).

¹¹ ADPF nº 681, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Apensada: ADPF nº 683.

¹² ADPF nº 898, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Apensadas: ADPFs nºs 900, 907, 901 e 905. ADI nº 7022.

¹³ ADPFs nºs 747 e 749, Rel. Min. Rosa Weber.

¹⁴ ADPF nº 935, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Apensada: ADPF nº 937.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

2.19. Esse é o contexto no qual a Portaria MEC nº 67/2022 está mergulhada. Como dito, não é um bom contexto. De boa inspiração, nem o seu texto nem o contexto.

2.20. Todo o processo de tomada de decisão que conduziu a edição da referida Portaria MEC nº 67/2022, culminando com o anúncio do Piso Salarial Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública, para o ano de 2022, no valor de R\$ 3.845,63, demonstra uma visão incompatível com o federalismo traçado pela Constituição de 1988.

2.21. O federalismo não é hierárquico. Ele é dialógico, especialmente quanto ao Piso.

2.22. Houve, nesse processo, cooperação com os prefeitos e prefeitas por parte do MEC? Foi criada uma Câmara Setorial de interlocução com todas as partes afetadas? Que tipo de instrumento aglutinador foi construído para se chegar a uma solução coletiva?

2.23. Errou o MEC. O Fundeb nasceu para a cooperação. A EC nº 53/2006, que o instituiu inicialmente, alterou o parágrafo único do art. 23 da Constituição de modo a dispor que “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.” O Fundeb pede mãos dadas para a construção dos caminhos para a educação nacional, ele suplica um agir recíproco, uma conversa entre os entes federados.

2.24. A mesma EC nº 53/2006 formulou a seguinte redação para o inciso VI do art. 30 da Constituição: compete aos Municípios “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental”.

2.25. A lógica do diálogo não foi empregada apenas na EC nº 53/2006. A própria Lei do Piso (Lei nº 11.738/2008) dispõe, no art. 4º, § 2º, que “a União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos”.

2.26. Toda a arquitetura normativa que projetou o Fundeb, a partir da Constituição, apresenta uma mesa redonda, sem cabeceiras, onde todos os entes federados sentam-se em condições de igualdade para, unidos, construir soluções para os muitos desafios da

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

educação pública. Esse é o *leitmotiv* do federalismo brasileiro no que diz respeito à condução das múltiplas decisões relativas ao Fundeb e, especialmente, ao Piso dos Professores.

2.27. Nada disso foi considerado na elaboração da Portaria MEC nº 67/2022. Ato unilateral, imposto de cima para baixo, emanado num texto de um artigo, remetendo os 5.568 municípios brasileiros, pelos seus prefeitos e prefeitas, a um parecer de uma Consultoria Jurídica, para que soubessem, por terceiros, qual tinha sido a fórmula empregada para que, longe da luz do sol, nascesse o valor do Piso Salarial Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública, para o ano de 2022: R\$ 3.845,63. Qual o fundamento?

2.28. O comportamento do MEC nesse particular revela grande deslealdade federativa, cuja matriz hermenêutica pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal pela voz do ministro Gilmar Mendes, quando, no julgamento da ADI nº 6341, assim se expressou:

“Os órgãos constitucionais têm de atuar de forma leal, fiel, ao Texto Constitucional e devem, reciprocamente, lealdade federativa. O Presidente não pode atropelar competências federativas, assim como os estados e municípios não podem atropelar as competências da União. É preciso que sejamos construtivos. Os alemães cunharam a expressão *Bundestreue*, lealdade federativa. É preciso entender no sentido de um dever recíproco”.¹⁵

2.29. Na ACO nº 3329 (DJe 28/01/22), de relatoria da ministra Rosa Weber, eis o STF: “O contingenciamento dos recursos do FNSP, a par de contrário a texto expresso de Lei (art. 5º, §2º, da Lei 13.756/18), viola o princípio da *lealdade federativa*, o modelo de federalismo de cooperação e afronta o dever de segurança pública previsto no art. 144 da CF”.

2.30. Na ACO nº 3119 (DJe 30/06/2020), de relatoria do ministro Alexandre de Moraes:

“As relações entre entes da Federação, especialmente entre a União e Estado-Membro, devem ser regidas por vetores constitucionais, como lealdade federativa, solidariedade e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Nem mesmo nas relações estritamente privadas se tolera o ganho desproporcional, decorrente de motivos imprevisíveis”.

¹⁵ ADI nº 6341 MC-Ref (DJe 13/11/2020), Pleno, redator do acórdão: Min. Edson Fachin, p. 140 do acórdão.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

2.31. Recentemente, na ADPF nº 848 MC-Ref (DJe 21/10/2021), de relatoria da ministra Rosa Weber, o Pleno do Supremo foi categórico acerca do dever de lealdade federativa:

“O modelo federativo impõe a observância da ética da solidariedade e do dever de fidelidade com o pacto federativo. O espírito do federalismo orienta a atuação coordenada das pessoas estatais no sentido de fortalecer a autonomia de cada ente político e priorizar os interesses comuns a todos. Conflitos federativos não de ser solucionados tendo como norte a colaboração recíproca para a superação de impasses, o primado da confiança e da lealdade entre as unidades federadas e a preferência às soluções consensuais e amistosas em respeito aos postulados da subsidiariedade e da não intervenção.”

2.32. O contexto da Portaria MEC nº 67/2022 a condena. Tudo leva a crer que, ao expor os Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública a uma quimera, prometendo-lhes algo sem fundamento legal, o documento jurídico entrará para os anais da República como sendo dotado, na dicção do professor Marcelo Neves, de um caráter meramente simbólico, motivado por interesses eleitorais conhecidos, mas que, ao assim fazê-lo, desmerece e desprotege aqueles para quem o país deve muito: os professores.

2.33. Trata-se de prática estudada por Marcelo Neves, denominada “legislação simbólica”¹⁶, segundo a qual “o legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”. Lembrando-se de Kindermann, Neves invoca a expressão “legislação-álibi”, por meio da qual “o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos”.¹⁷

¹⁶ Marcelo Neves explica: “Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”, p. 30. E conclui: “Nada impede que haja legislação intencionalmente orientada para funcionar simbolicamente”, p. 31. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

¹⁷ *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 36/37.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

2.34. A Portaria MEC nº 67/2022, ao criar expectativas nos professores da educação pública sabidamente indevidas¹⁸, pois desprovidas de base legal, se revela sob a forma de uma *legislação-álibi*, a qual “decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos”.¹⁹ Não deveria ter sido assim.

3. Breve Histórico do Compromisso Nacional de Valorização do Magistério

3.1. Professores reconhecidos e municipalidade respeitada. É isso o que almeja a Constituição. É possível realizar essa tão escorregadia ambição combinando o justo reajuste do piso salarial nacional do magistério público da educação básica com o resguardo da autonomia municipal e a sua necessária sustentabilidade financeira. Há compatibilidade.

3.2. A Constituição não teme pisos salariais. Segundo o inciso V do art. 7º, por exemplo, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”.

3.3. O art. 198, § 5º diz que “Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial”.²⁰

¹⁸ Sobre o fenômeno contemporâneo da *Teatrocracia*, vale a nota: *Em el primero de los dos extremos encontramos un escenario completamente vacío de contenidos, como correspondiente a una política en la que todo se convierte en teatro, puro teatro y nada más que teatro. Muchos creen que esta es la situación en la que hoy verdaderamente nos encontramos. Y, en consecuencia, que la democracia, en realidad, no existe. Que no es más que una farsa.*, p. 77.

¹⁹ *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 39. Marcelo Neves pontifica: “Por fim, é importante salientar que a legislação-álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. “Quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará”. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à “descrença” no próprio sistema jurídico, “transtorna persistentemente a consciência jurídica”. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor das expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos”, pp. 40/41. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

²⁰ EC nº 63/2010.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

3.4. Para o art. 206, VIII, o ensino será ministrado com ênfase no “piso salarial nacional dos profissionais do magistério da educação básica pública, nos termos de lei federal”.

3.5. Quanto ao piso salarial previsto na Lei nº 11.738/2008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, num julgamento de placar apertado que encontrou grande dificuldade para ver o seu resultado proclamado, na ADI nº 4167 (DJe 24/08/2011), sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, reputou “constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global”.

3.6. O Supremo reconheceu a “competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador”.

3.7. De fato, o reajuste do piso salarial nacional do magistério da educação básica pública é uma política da Lei nº 13.005/2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE), e possui, como Meta 17, a de “valorizar os (as) profissionais do magistério das redes públicas de educação básica de forma a equiparar seu rendimento médio ao dos(as) demais profissionais com escolaridade equivalente, até o final do sexto ano de vigência deste PNE”.

3.8. Indo fundo nesse histórico, consta que advieram leis regulamentadoras da Emenda Constitucional nº 14/96, da Emenda Constitucional nº 53/2006 e da Emenda Constitucional nº 108/2020, que dispunham sobre os fundos redistributivos em matéria educacional.

3.9. A EC nº 14/96, alterou o art. 60 do ADCT com o Fundef (*Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério*). Regulamentou-o a Lei nº 9.424/96.

3.10. A EC nº 53/2006, em nova redação dada ao *caput* do art. 60 do ADCT, preceituava que o Fundeb seria destinado à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação. A lei regulamentadora, de nº 11.494, de 2007, revogou parcialmente a Lei nº 9.424/96 (Fundef). Ela estatuiu em seu art. 41 que “o poder público deverá fixar, em lei específica, até 31 de 3 agosto de 2007, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica”.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

3.11. A FNP trouxe ao exame deste parecerista uma Nota Econômica apontando didaticamente como se calcula o VAA Mínimo Nacional:

“I - Antigo Fundeb: O valor mínimo nacionalmente definido no Fundeb (valor anual por aluno – VAA) é assim calculado: primeiro é estipulado o montante da complementação da União. O valor mínimo atual é de 10% do total dos fundos — a União tem repassado nos últimos anos apenas o valor mínimo. Esse dinheiro é primeiramente destinado ao fundo de menor valor per capita até que esse valor se iguale ao de segundo menor valor; o restante da verba federal é, em seguida, destinado a esses dois fundos até que os valores se igualem ao terceiro menor fundo, e assim por diante – até o esgotamento dos recursos.

II - Novo Fundeb: A emenda constitucional estabelece um modelo híbrido de distribuição entre os fundos. Os primeiros 10 pontos percentuais do dinheiro da União serão distribuídos como no cálculo do antigo Fundeb. Outros 10,5 pontos percentuais da participação da União serão destinados às redes de ensino que não alcançarem um nível de investimento mínimo por aluno, considerando-se no cálculo desse valor mínimo não apenas os recursos do Fundeb (único critério existente hoje) mas a disponibilidade total de recursos vinculados à educação na respectiva rede. Os outros 2,5 pontos percentuais de participação da União (totalizando os 23% da complementação deste ente) serão distribuídos às redes públicas que melhorarem a gestão educacional e seus indicadores de atendimento escolar e aprendizagem, com redução das desigualdades. Totaliza-se 23%, que será a complementação da União ao fim da transição.”

3.12. A FNP esclarece que o reajuste do piso do magistério depende de diversos fatores, relacionados à conjuntura econômica ou não. É exemplo de fator conjuntural a “arrecadação dos tributos de compõem o Fundeb, como IR, IPI, ICMS, IPVA etc. => Quanto maior a variação na arrecadação, maior a variação no VAA mínimo, maior o reajuste no piso”.

3.13. Fatores não conjunturais são: (i) Complementação da União => Quanto maior o % da complementação, maior o VAA mínimo, maior o reajuste no piso; (ii) Número de matrículas => Quanto maior a variação no número de matrículas, menor é a variação no VAA mínimo, menor é o reajuste no piso; e (iii) Desigualdade (desvio padrão) do VAA das UFs => Quanto maior a diferença entre os VAAs das UFs, menor é o VAA mínimo, menor é o reajuste no piso.

3.14. O critério de atualização pelo valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano – tendo como fundamentos a EC nº 53/2006 e a Lei nº 11.494/2007 – foi alterado pelas novas disposições da EC nº 108/2020. Enquanto nova legislação que disponha especificamente sobre o novo critério de atualização do piso salarial não for editada, não há como permanecer, por meio de uma portaria sem qualquer base legal, os atuais critérios de atualização com base no Valor Anual por Aluno (VAAF), sucedâneo do Valor Anual mínimo por Aluno (VAA).

3.15. Esses são os fatos e, como anotou John Adams, “os fatos são coisas teimosas”.

4. Vácuo Normativo – O uso analógico de lei geral como critério hermenêutico idôneo a sanar omissões indesejadas no ordenamento (LINDB) – A forma juridicamente hígida de assegurar a merecida atualização do Piso dos Professores

4.1. A Portaria MEC nº 67/2022 mostrou que o *Mais Brasil, menos Brasília*, converteu-se num “discurso de domingo”, ou, como explicou o ministro Gilmar Mendes ao votar na ADI nº 4167 (p. 39), num *Sonntagsrecht*, assim explicado: “Falamos em favor da Federação aos domingos e, durante a semana, trabalhamos contra a Federação. Em geral, é assim”.

4.2. Não nos parece possível utilizar, para se calcular o reajuste do Piso Salarial Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública, um critério não previsto em lei, como é o caso do estipulado no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.738/2008, que faz uso da Lei nº 11.494/2007, expressamente revogada pela Lei nº 14.113/2020.

4.3. O STF, julgando a ADI nº 5179 (DJe 17/09/2020), registrou a “impossibilidade de o Poder Judiciário determinar reajuste com base em critério não previsto legalmente”.

4.4. A LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), no seu art. 4º, assim dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

4.5. A utilização, por analogia, de um texto legal aplicável à espécie como forma de prestigiar o Congresso Nacional em caso de vácuos normativos encontra guarida na

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

jurisprudência do STF que, julgando o Mandado de Injunção nº 708 (DJ 31/10/2008), de relatoria do ministro Gilmar Mendes, reconheceu uma omissão legislativa – no caso, a lei de greve do servidor público -, e, diante da situação, entendeu que seria o caso de julgar “no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)”.

4.6. A Primeira Turma do Suprema Corte, apreciando o RE nº 205.575 (DJ 05/11/99), de relatoria do ministro Ilmar Galvão, registrou: “Ao conceder a servidor que se aposentou antes do implemento do tempo alusivo à aquisição do direito às férias a indenização de férias proporcionais, o acórdão recorrido não afrontou o artigo 5º, II, da Constituição Federal, posto que se baseou na analogia, que constitui um dos instrumentos eficazes ao preenchimento da aparente lacuna do sistema jurídico (art. 4º da LICC)”.²¹

4.7. Diante da ausência de critério legal, como proceder? Parece-me que fazendo uso, diante da ausência da lei específica reclamada pelo art. 212-A, XII da Constituição, da lei geral disponível, que é a Lei nº 7.238/84, a qual, em seu art. 1º, diz: “O valor monetário dos salários será corrigido semestralmente, de acordo com Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, variando o fator de aplicação na forma desta Lei”.

4.8. A solução, excepcional e temporária, não impede que o Congresso Nacional, regulamentando a matéria, disponha de outra forma, criando qualquer que seja o critério, desde que compatível com a Constituição. Ela também se harmoniza com a comportamento exigido dos municípios quando tal revisão é realizada no período de 180 dias anteriores à eleição municipal, por exemplo, situação na qual o aumento deverá ser limitado ao índice inflacionário, em observância à regra do art. 73, VIII da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições).²²

4.9. Ademais, é sabido que o Executivo enviou ao Congresso, no dia 23/7/2018, o Projeto de Lei nº 3.776/2008, propondo o reajuste do valor do piso com base no INPC.

²¹ Precedentes: Recursos Extraordinários nºs 196.569 e 202.626 (Sessão de 09/09/98).

²² Segundo o citado inciso VIII do art. 73 da Lei nº 9.504/97, são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais “fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos”.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

4.10. Adotar, excepcional e temporariamente, o INPC, como índice oficial idôneo para a correção do Piso para os municípios que comprovadamente não conseguirem suportar o ônus da ilegalidade imposto pela Portaria MEC nº 67/2022, também se ampara no STF.

4.11. Quanto à possibilidade de, diante de um vácuo normativo excepcional, fazer uso dos índices oficiais disponíveis, o ministro Dias Toffoli, no RE nº 1.258.934 (Tema nº 1085, DJe 28/04/2020), registrou: “A inconstitucionalidade de majoração excessiva de taxa tributária fixada em ato infralegal a partir de delegação legislativa defeituosa não conduz à invalidade do tributo nem impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados em lei de acordo com percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária.”

4.12. Portanto, os prefeitos e prefeitas que, diante das restrições orçamentárias da Lei de Responsabilidade Fiscal e das implicações em eventual crime de responsabilidade, não puderem reajustar o Piso nos valores sugeridos pela Portaria MEC nº 67/2022, precisam, pelo menos, atualizar pelo INPC, sob pena de esvaziar a determinação do STF nos autos da ADI nº 4167, que reconheceu a constitucionalidade do Piso e que não pode ser ignorada.

4.13. É importante, fundamentadamente, informar o MEC da situação, tentando, assim, abrir um canal de interlocução para futura complementação, caso decida pagar o piso posteriormente, nos termos previstos no art. 4º da Lei nº 11.738/2008.²³

4.14. Havendo, por cautela, interesse em primeiramente judicializar a questão para tomar a decisão apenas se com o aval do Poder Judiciário, o caminho está aberto para fazê-lo.

4.15. Em resumo, havendo a revogação de uma lei específica regradora da fórmula a partir da qual saber-se-ia qual o valor exato do piso reajustado, é necessário, para evitar o prejuízo dos professores, que se recorra à lei geral que mais se aproxima da questão com condições

²³ A transcrição do dispositivo da Lei n. 11.738/2008: “Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado. § 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo. § 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos.”

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

de solucionar a controvérsia. Essa lei é a Lei nº 7.238/84, a qual, em seu art. 1º, diz que “o valor monetário dos salários será corrigido semestralmente, de acordo com o INPC, variando o fator de aplicação na forma desta Lei”.

4.16. A solução, temporária e excepcional, não impede o Congresso de agir, regulamentando, o quanto antes, o art. 212-A, XII da Constituição. Ela também precisa ser demonstrada à luz das dificuldades de se manter cumprindo a LRF ou a possibilidade de gerar efeitos colaterais danosos à Administração Pública municipal, de forma fundamentada.

4.17. Por fim, é importante tentar manter um canal de diálogo com o Ministério da Educação, não apenas para eventual complementação viabilizadora de uma mudança de postura futura, mas para cooperar com a União para a solução da controvérsia com o menor prejuízo possível aos professores, categoria já profundamente penalizada nesse processo.

5. O Tratamento Hermenêutico dado ao Piso pelo STF: o uso, pelo ministro Gilmar Mendes, da técnica da sinalização, antevendo que a Suprema Corte teria um encontro marcado com os efeitos colaterais da deslealdade federativa praticada pela União Federal no que diz respeito ao Piso Nacional dos Profissionais do Magistério

5.1. Não foi por falta de aviso. Quando do julgamento da ADI nº 4167, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, o ministro Gilmar Mendes, na página 49 do acórdão, anotou:

“Verifico que a lei foi extremamente econômica ao dizer da contraprestação da União. Limitou-se a dizer que a União deverá complementar, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, a receita dos entes que não têm a disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado”.

5.2. E prosseguiu: “O ente federativo deverá justificar a sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo. (...) Inexiste qualquer referência a obrigação, prazo, a tempo, a condições ou a procedimentos”.

5.3. A conclusão do ministro Gilmar Mendes, no voto na ADI nº 4167, foi a seguinte:

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

“Portanto, aqui já há espaço, inclusive, para uma discussão de inconstitucionalidade parcial da lei. Não vou falar da inconstitucionalidade da lei. Eu entendo que é possível, sim, que haja uma sistemática de modelo de federalismo cooperativo, mas cooperação envolve um juízo de mão dupla por definição. E isso está faltando nesta construção”.

5.4. “Vejam o quão grave é isso”, exclamou Sua Excelência, em seguida (p. 62, acórdão).

5.5. Na página 66, o ministro Gilmar Mendes volta a alertar o Supremo Tribunal Federal: “O ente federativo deverá justificar a sua necessidade e incapacidade enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos que comprove a necessidade da complementação de que se trata o caput desse artigo. Senhor Presidente, nenhuma palavra sobre obrigação, prazo, tempo, condições, procedimento”.

5.6. Sua Excelência segue: “A cada mês há uma folha para pagar. Apresentou-se a conta, como se vai fazer este repasse? Isso não está dito na lei. Como se o artigo 4º fosse apenas uma obra de retórica, com sérios problemas, o que pode levar, ao fim e ao cabo, a um congelamento do serviço de educação, no tamanho que ele hoje eventualmente se encontra.”

5.7. Na página 75 do acórdão, vem, então, novo destaque do ministro Gilmar Mendes:

“Nós estamos a discutir aqui esse detalhe: se piso significa vencimento, se piso significa remuneração que tem impacto. Mas isso deveria ter sido já objeto de um consenso no âmbito do próprio Congresso Nacional, por conta do impacto que isso tem sobre as contas públicas, e não provocar tanto dissenso e tanta divergência. E a mesma norma, o mesmo complexo normativo é tão sucinto em relação à responsabilidade da União.

Imaginem os senhores a sensibilidade que terá a burocracia do Ministério da Educação quando estiver advertido de que estão faltando recursos no longínquo Estado do Amapá para sustentar esse sistema sem nenhum prazo. E é disso que se cuida quando se fala do artigo 4º.”

5.8. O Supremo Tribunal Federal avisou o país de que a tempestade viria. Ela chegou.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

5.9. Recentemente, a Suprema Corte apreciou a ADI nº 4848 (DJe 05/05/2021), de relatoria do ministro Roberto Barroso, cujo objeto era o parágrafo único do art. 5º da Lei 11.738/2008²⁴, distinto, portanto, da ADI nº 4.167, em que foram questionados os art. 2º, §§ 1º e 4º; 3º, *caput*, II e III; e 8º, todos da Lei nº 11.738/2008, e decidiu-se no sentido da constitucionalidade do piso salarial nacional dos professores da rede pública de ensino.

5.10. Na ADI nº 4848, questionou-se a inconstitucionalidade da então forma de atualização do piso nacional. A tese fixada pelo STF foi a seguinte: “É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica”.

5.11. A Lei nº 11.494/2007 é tão intrinsecamente ligada à Lei nº 11.378/2008, que, no acórdão da ADI nº 4848, ela é invocada várias vezes, sempre que o STF precisa discorrer acerca dos critérios de atualização do piso. Abaixo, um exemplo:

“11. A Lei nº 11.494/2007, que regulamenta o FUNDEB, prevê a definição, nacionalmente, do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano (art. 4º da Lei). O Ministério da Educação (MEC), por meio de Portarias Interministeriais, dispõe sobre o valor anual mínimo. Da mesma forma, o MEC utiliza o crescimento do valor anual mínimo por aluno como base para o reajuste do piso dos professores, competindo a ele editar ato normativo relativo à atualização do piso nacional, como vem ocorrendo igualmente por meio de Portarias Interministeriais (conforme valores atualizados disponíveis no portal do MEC: <http://portal.mec.gov.br>).” (p. 18 do acórdão).

“15. A aplicação do piso nacional nas folhas de pessoal dos Estados, Municípios e do Distrito Federal é custeada pelo percentual mínimo da receita resultante de impostos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, previsto no art. 212 da Constituição. Ainda, nos termos do art. 60, I, do ADCT, parte dos recursos a que se refere o art. 212 compõe a fonte financeira do FUNDEB criado para cada Estado. O art. 60 prevê, como se extrai do inciso V, complementação da União para os recursos dos Fundos de

²⁴ Eis a redação: “Art. 5º. O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009. Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.”

cada Estado. Nessa linha, o art. 4º da Lei nº 11.494/2007 prevê normas de complementação da União sobre os recursos dos Fundos. (p. 19 do acórdão).”

5.12. A situação atual é outra. Com o advento da EC nº 108/2020 e da Lei nº 13.335/2020, a Lei nº 11.494/2007 foi expressamente revogada. Com isso, o parágrafo único do art. 5º perdeu por completo o seu sentido, uma vez que ele depende da vigência da referida lei.

6. A distinção feita pelo STF e, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo, quanto à forma não linear de cálculo e pagamento do Piso

6.1. Importa detalhar a forma de pagamento do piso, qualquer que seja o seu valor.

6.2. A então presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, suspendeu, na Suspensão de Segurança nº 5236, decisões que determinaram ao Estado do Pará a aplicação do piso salarial nacional ao vencimento-base dos professores da educação básica da rede de ensino pública.

6.3. Para a ministra Cármen Lúcia, no caso, o recebimento de gratificação permanente e uniforme pelos professores torna sua remuneração superior ao patamar nacional.

6.4. O governo do Pará sustentou que, além do vencimento-base, pagava aos professores estaduais a gratificação de escolaridade, vantagem permanente e uniforme para todos os integrantes da carreira, calculada em 80% sobre o vencimento-base. Assim, a retribuição mínima paga aos professores correspondia a R\$ 3.662,80, superando o piso salarial nacional.

6.5. A Ministra lembrou que, no julgamento da ADI nº 4167, o STF assentou que a norma nacional que fixou o piso salarial dos professores tem por base o vencimento e não a remuneração do servidor. Mas, segundo a ministra Cármen Lúcia, a situação descrita pelo Estado do Pará, referente ao pagamento dessa modalidade de gratificação, não foi objeto de análise naquele julgamento. O reajuste anual previsto no art. 5º da Lei nº 11.738/2008 “não parece impor a revisão do que é pago pelo Pará, uma vez que, no estado, o pagamento é superior ao piso nacional, considerada a conjugação do vencimento básico com a gratificação de escolaridade”, constou na decisão da Suprema Corte.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

6.6. Não foi apenas essa decisão. No julgamento da ADI nº 4167, o ministro Gilmar Mendes, na página 42 do acórdão, pontuou o seguinte:

“Quanto ao piso salarial – entendido como o menor patamar de salário de determinada categoria profissional ou de determinadas ocupações numa categoria profissional, fixado de forma proporcional à extensão e à complexidade do trabalho -, assim como ocorre em relação ao salário-mínimo, devem-se considerar todos os valores percebidos pelos profissionais, e não apenas o vencimento básico inicial da carreira.

Ademais, sabemos como se estruturam os vencimentos dos servidores – essa é uma tradição brasileira já alargada no tempo -, com as diversas gratificações. Se fizermos, aqui, o referencial ao vencimento básico, é claro que isso terá inevitável impacto sobre as finanças dos estados, com resultados que podemos até projetar na prática. Pode ser que, no limite, venha a acontecer o que já acontece em determinados setores: uma impossibilidade de expansão dos serviços de educação. É uma das consequências básicas: a paralisia do sistema por impossibilidade.”

6.7. A página 43 do acórdão traz a seguinte posição do ministro Gilmar Mendes:

“Para mim, fica evidente que, quando se cuidou de piso salarial, o referencial realmente era uma parcela global. Quer dizer ninguém, nesta República, enquanto profissional da educação, perceba uma remuneração abaixo deste quantum. E essa é a preocupação básica, do contrário isso pode propiciar distorções com afetação. Veja, há possibilidade de expansão e efetividade do próprio serviço de educação. De modo que já faço essa ressalva.”

6.8. Para além do STF, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão em julgamento repetitivo pela 1ª Seção, no Recurso Especial nº 1.426.210-RS, de relatoria do ministro Gurgel de Faria, apreciado em 23/11/2016,

6.9. Buscou-se saber se os artigos 2º, § § 1º e 6º da Lei nº 11.738/2008 autorizam a automática repercussão do piso salarial nacional dos profissionais do magistério público da educação básica sobre as classes e níveis mais elevados da carreira, bem assim sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações, sem a edição de lei estadual a respeito, inclusive para os professores que já auferem vencimentos básicos superiores ao piso.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

6.10. Eis trechos essenciais da ementa do acórdão transcritos logo abaixo:

“(...) PISO SALARIAL NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. (...) VENCIMENTO BÁSICO. REFLEXO SOBRE GRATIFICAÇÕES E DEMAIS VANTAGENS. INCIDÊNCIA SOBRE TODA A CARREIRA. TEMAS A SEREM DISCIPLINADOS NA LEGISLAÇÃO LOCAL. (...)

(...)

2. A Lei n. 11.738/2008, regulamentando um dos princípios de ensino no País, estabelecido no art. 206, VIII, da Constituição Federal e no art. 60, III, "e", do ADCT, estabeleceu o piso salarial profissional nacional para o magistério público da educação básica, sendo esse o valor mínimo a ser observado pela União, pelos Estados, o Distrito Federal e os Municípios quando da fixação do vencimento inicial das carreiras.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4167/DF, declarou que os dispositivos da Lei n. 11.738/2008 questionados estavam em conformidade com a Constituição Federal, registrando que a expressão "piso" não poderia ser interpretada como "remuneração global", mas como "vencimento básico inicial", **não compreendendo vantagens pecuniárias pagas a qualquer outro título**. Consignou, ainda, a Suprema Corte que o pagamento do referido piso como **vencimento básico inicial da carreira** passaria a ser aplicável a partir de 27/04/2011, data do julgamento do mérito da ação.

4. Não há que se falar em reflexo imediato sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações ou em reajuste geral para toda a carreira do magistério, visto que **não há nenhuma determinação na Lei Federal de incidência escalonada com aplicação dos mesmos índices utilizados para a classe inicial da carreira**.

5. Nos termos da Súmula 280 do STF, é defesa a análise de lei local em sede de recurso especial, de modo que, uma vez determinado pela Lei n. 11.738/2008 que os entes federados devem fixar o vencimento básico das carreiras no mesmo valor do piso salarial profissional, compete exclusivamente aos Tribunais de origem, mediante a análise das legislações locais, verificar a ocorrência de eventuais reflexos nas gratificações e demais vantagens, bem como na carreira do magistério.

6. Hipótese em que o Tribunal de Justiça estadual limitou-se a consignar que a determinação constante na Lei n. 11.738/2008 repercute nas vantagens, gratificações e no plano de carreira, olvidando-se de analisar especificamente a situação dos profissionais do magistério do Estado do Rio Grande do Sul.

(...)"

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

6.11. Eis a tese do Tema nº 911 fixada pelo STJ do referido julgamento repetitivo:

“A Lei n. 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, ordena que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais”.

6.12. De fato, a Lei em comento – como regra geral – não teria permitido a automática repercussão do piso nacional sobre as classes e níveis mais elevados da carreira do magistério e tampouco o reflexo imediato sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações.

6.13. Para o STJ, “partindo-se do entendimento já estabelecido pelo STF – de que o piso corresponde ao vencimento básico inicial –, pode-se afirmar que a Lei nº 11.738/2008 se limitou a estabelecer o piso salarial: valor mínimo a ser pago pela prestação do serviço de magistério, abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica”.

6.14. A conclusão é a de que “não há que se falar em reajuste geral para toda a carreira do magistério, não havendo nenhuma determinação de incidência escalonada com aplicação dos mesmos índices utilizados para a classe inicial da carreira”. Vem então o arremate:

“Nesse contexto, apenas aqueles profissionais que, a partir de 27/4/2011 (consoante o entendimento do STF), percebessem valores inferiores ao piso legalmente fixado seriam beneficiados com as disposições legais, não havendo qualquer repercussão para os demais professores que, naquela data, já auferiam vencimentos básicos superiores ao estabelecido na lei em comento.”²⁵

6.15. Não há que se falar em reflexo imediato sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações, uma vez que a Lei nº 11.738/2008 (art. 2º, § 1º) apenas determinou que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder

²⁵ Informativo STJ nº 0594 - 1º de fevereiro de 2017 - págs. 1 e 2.

ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico (posição do STF) em valor inferior, não havendo qualquer determinação de reescalonamento de toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações.

6.16. Ocorre que, se em determinada lei local que instituiu o plano de carreira do magistério naquela municipalidade, houver a previsão de que as classes da carreira serão remuneradas com base no vencimento básico, a adoção do piso nacional refletirá em toda a carreira. O mesmo ocorre com as demais vantagens e gratificações. Se na lei local existir a previsão de que a vantagem possui como base de cálculo o vencimento inicial, a referida vantagem sofrerá alteração com a adoção do piso salarial nacional.

7. O compromisso dos prefeitos e prefeitas com o cumprimento da LRF e a necessidade de mitigar riscos de se incorrer em crime de responsabilidade

7.1. Na ADI nº 4167, especialmente na página 61, o ministro Marco Aurélio anotou:

“O que haverá, o que ocorrerá – por isso eu disse: esperemos o amanhã – no tocante aos Municípios? Sem a previsão orçamentária exigida no artigo 169 da Constituição Federal, não sei de onde vão tirar dinheiro para satisfazer esse ônus que, a meu ver, implicou cumprir com o chapéu alheio. Esse ônus criado pela União, impondo-o goela abaixo – e o ônus está sendo placitado pela maioria dos integrantes do Supremo – aos Estados e Municípios.”

7.2. É conhecida a regra de ouro à qual os municípios estão vinculados, segundo a qual não se é possível extrapolar 95% do limite de despesa com pessoal, consoante os artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

7.3. O art. 169 da Constituição diz que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar, que é a Lei nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

7.4. Segundo o art. 18 da LRF, despesa total com pessoal é “o somatório dos gastos do ente da federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos,

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência”.

7.5. Abaixo, transcreve-se o comando central da questão presente na LRF:

“Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6o do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.”

7.6. Se a despesa total exceder a 95% dos limites de gastos com pessoal, a Administração fica proibida de conceder vantagens, aumentos, reajustes ou adequação de remuneração. Excetuam-se dessa regra, contudo, os casos de acréscimos remuneratórios decorrentes de sentença judicial ou determinação legal, bem como a revisão do art. 37, X da Constituição.

7.7. É preciso cautela na invocação inconsequente do inciso I do parágrafo único do art. 22 da LRF. Num Estado Fiscal, autoridade alguma tem carta branca para gastar. Mesmo porque, ainda que esse comando seja invocado, há um conjunto robusto de deveres, como

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

as medidas previstas no art. 23 da mesma lei²⁶, que se refere ao art. 169, §§ 3º e 4º da Constituição e ao próprio art. 22 da LRF anteriormente transcrito.

7.8. Eis as medidas de compensação previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição:

“Art. 169 (...)

(...)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

7.9. Ademais, a modificação dos vencimentos de servidores, como qualquer aumento, deverá ser objeto de planejamento detalhado, cuidadoso, inclusive com previsão na legislação orçamentária e realização de estudos de impacto exigidos pela LRF (artigos 15 a 17).

7.10. É preciso cuidado. O Decreto-Lei nº 201/67, diz, no art. 1º, V, que são crimes de responsabilidade dos Prefeitos, sujeitos ao julgamento do Judiciário, independentemente do

²⁶ Eis a redação: “Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição. § 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos. § 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. § 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá: I - receber transferências voluntárias; II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. § 4º As restrições do § 3º aplicam-se imediatamente se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou órgão referidos no art. 20.”

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

pronunciamento da Câmara dos Vereadores, “ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes”.

7.11. Não é razoável exigir de um prefeito ou prefeita que, sabendo não haver base legal para o pagamento do piso de R\$ 3.845,63, e, conhecendo as circunstâncias do município que inevitavelmente o levaria a violar a LFR, ainda assim, seja obrigado a pagar o Piso.

8. Respostas aos Quesitos

“Primeiro Quesito: Há vácuo normativo no disciplinamento do critério de correção do valor do Piso dos Professores previsto no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.738/2008?

Resposta: Sim. Com a EC nº 108/2020, veio a Lei nº 14.113/2020, regulamentando o Fundeb e revogando a Lei nº 11.494/2007, o que gerou o esvaziamento ou pelo menos o grave comprometimento do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.738/2008, uma vez que sua redação, ao tratar do piso salarial nacional para o profissional do magistério público da educação básica, a ser atualizado, anualmente, em janeiro, assevera que essa atualização será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, mas nos exatos termos da Lei nº 11.494/2007, que, como repetido, foi revogada.

Segundo Quesito: Havendo, de fato, esse vácuo legal, compete ao Ministério da Educação supri-lo, por meio de uma portaria?

Resposta: Não! À luz da nossa Constituição, o Poder Legislativo jamais será supérfluo, tampouco o princípio da legalidade constante do *caput* do art. 37 da Constituição será convertido numa promessa vazia. A Portaria é inconstitucional.

Terceiro Quesito: Constatado o vácuo normativo e a inconstitucionalidade da Portaria do MEC, há algum critério juridicamente seguro capaz de proteger o reajuste dos professores? Se sim, qual?

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

Resposta: Há! Diante da ausência de critério legal, o art. 4º da LINDB orienta interpretações que preservem o sistema jurídico. Diante da ausência da lei específica, a lei geral disponível - Lei nº 7.238/84 -, deve ser temporária e excepcionalmente utilizada, a qual, em seu art. 1º, assim disciplina a questão: “O valor monetário dos salários será corrigido semestralmente, de acordo com INPC, variando o fator de aplicação na forma desta Lei”. A solução se harmoniza com a comportamento exigido dos municípios quando tal revisão é realizada no período de 180 dias anteriores à eleição municipal, situação na qual o aumento deverá ser limitado ao índice inflacionário, em observância à regra do art. 73, VIII, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições).²⁷ Trata-se de solução precária, excepcional e temporária, tomada em proveito dos professores, que em nada tira do Congresso Nacional o seu dever de regular a matéria por meio de lei específica, nos termos do art. 212-A, XII da Constituição, tampouco impede os prefeitos e prefeitas que possam pagar um reajuste acima do piso – até mesmo o sugerido pela Portaria MEC n. 67/2022 – que o façam, em proveito dos professores do país.

Quarto Quesito: Seja para os prefeitos e prefeitos que decidirem pagar o piso acima de índices oficiais – adotando, por exemplo, a sugestão da Portaria MEC nº 67/2022 – seja para os que comprovadamente não conseguirem, tal montante há de ser replicado de forma linear na carreira dos professores?

Resposta: Não! Não há que se falar em reflexo imediato sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações, uma vez que a Lei nº 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, apenas determinou que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico (entendimento do STF) em valor inferior, não havendo qualquer determinação de reescalonamento de toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações.

²⁷ Segundo o citado inciso VIII do art. 73 da Lei nº 9.504/97, são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais “fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos”.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

9. FECHO

É o meu parecer jurídico, salvo melhor juízo.

Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2022.



Saul Tourinho Leal²⁸

²⁸ Sócio de Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia (OAB/DF 22.941). Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Ganhou a bolsa *Vice-Chancellor Fellowship* pela Universidade de Pretória para pós-doutorado. Na África do Sul, foi assessor estrangeiro na Corte Constitucional, tendo presidido o Comitê para Relações sul-africanas do Conselho Federal da OAB, que lhe outorgou o Troféu de Mérito da Advocacia Raymundo Faoro. Assessorou a vice-presidência da Suprema Corte de Israel. É professor de Direito Constitucional no IDP.