

Breve análise jurídica sobre dispositivos da Lei nº 11.738/08, que estabelece o piso nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

---

Frederico Augusto D'Avila Riani

Doutor em Direito pela PUC-SP e professor da faculdade de direito da UFJF

## Breve análise jurídica sobre dispositivos da Lei nº 11.738/08, que estabelece o piso nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

### 1) Apresentação do tema

Inicialmente, é imprescindível esclarecer que se pretende fazer uma apresentação técnico-jurídica do tema, para, ao final, nas conclusões, apresentar algumas considerações políticas. Essas considerações técnicas não pretendem desqualificar a bondade intrínseca do conteúdo da Lei do Piso, apenas apresentar o problema de um ponto de vista jurídico.

Com fundamento no vigente art. 206, VIII, da Constituição Federal, a Lei Federal nº 11.738/2008 instituiu o piso “salarial” nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Grande celeuma foi provocada com a entrada em vigor da referida lei, uma vez que governadores de Estados arguíram, no Supremo Tribunal Federal (STF), a constitucionalidade de dispositivos nela existentes, sob o argumento de que violavam a autonomia federativa dos Estados Membros.

Dos dispositivos que tiveram sua constitucionalidade questionada, apresentam-se os abaixo, por sua maior relevância na discussão jurídica travada:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor 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, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

[...]

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos (BRASIL, 2008).

Numa apertada síntese, pode-se dizer que o fundamento jurídico utilizado pelos chefes dos executivos estaduais é que há flagrante violação da autonomia político-administrativa dos Estados prevista constitucionalmente. Inconstitucionalidade esta consubstanciada na (i) indevida determinação, pela União, da jornada de trabalho dos servidores; (ii) indevida invasão, pela União, de competência das unidades federadas organizarem a carreira dos professores, ao se estabelecer a jornada máxima em sala de aula de 2/3 (dois terços) da carga horária total; (iii) indevida interferência da União na gestão orçamentária das unidades federadas, uma vez que há um significativo acréscimo nos

gastos com pessoal, tendo em vista a necessidade de contratação de mais profissionais para atender a essas exigências.

O fundamento jurídico que os Estados utilizam para justificar as irregularidades apontadas é o pacto federativo celebrado na Constituição Brasileira de 1988.

## 2) Federalismo brasileiro

Por federalismo entende-se a forma de estado caracterizada pela autonomia político-administrativa estabelecida constitucionalmente. Essa autonomia funda-se na existência de diversas competências constitucionais atribuídas a ente político formador do estado federal, que, no caso brasileiro, contempla a União, os estados membros (ou, simplesmente, os estados), os municípios e o Distrito Federal.

É claro que esses entes políticos não são detentores de soberania para se autodeterminarem. Os limites de atuação de cada um deles, inclusive da União, encontram-se definidos constitucionalmente. De maneira geral, distinguem-se as suas competências em materiais (administrativas) e legislativas.

Pode-se dizer que a Constituição atribuiu a todos os entes a responsabilidade legislativa sobre a educação: o art. 24, IX, atribuiu a competência à União, aos estados e ao Distrito Federal e o art. 30, II, dispôs que os municípios podem suplementar a legislação federal e estadual.

Questão importante é determinar qual lei (federal, estadual ou municipal) deverá prevalecer, caso haja conflito entre elas. Nesse caso, a própria Constituição estabeleceu o critério de solução do conflito: a União cria as normas gerais, enquanto os estados e os municípios dão densidade normativa, por meio de suas leis, às diretrizes e princípios estabelecidos pela lei federal (art. 24, §1º e 2º, c/c art. 30, II). Não poderá a “lei federal” descer a minúcias, invadindo a competências dos outros entes, nem estes legislarem em sentido contrário ao que determina a “lei federal”. Além disso, caberá a uma “lei federal” a elaboração de um plano nacional de educação (art. 214, CF).

Em matéria administrativa, segundo o art. 23, V, CF, todos os entes políticos têm a competência (atribuição) para proporcionar os meios de acesso à educação. No entanto, o art. 211 determina que eles deverão se organizar em um regime de colaboração de seus sistemas de ensino, devendo os municípios atuarem, prioritariamente, no Ensino Fundamental e na Educação Infantil e os estados e o Distrito Federal no Ensino Fundamental e Médio.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, acrescentou o inciso VIII ao art. 206, com a seguinte redação:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...];

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) – sublinhou-se (BRASIL, 2006).

### **3) A competência legislativa da União em matéria educacional**

Percebe-se, pois, que em matéria legislativa com repercussão nos Estados, Municípios e Distrito Federal, a União limitar-se-á a criar normas gerais, nos termos do art. 24, IX, combinado com o §1º deste mesmo dispositivo constitucional, e elaborará o plano nacional de educação, que também tem natureza de normas gerais, cabendo aos demais entes políticos a suplementação e a regulamentação das normas federais.

### **4) A (in) definição da expressão normas gerais contida na Constituição**

O fato de a Constituição ter conferido à União competência para a edição de normas gerais sobre a educação não a impede de criar normas específicas sobre a matéria, com a observação de que essas normas específicas terão um âmbito de validade restrito à própria União. Portanto, aplicar-se-ão a todos os entes políticos as normas gerais e somente à União aquelas constituídas de uma densidade normativa mais intensa.

Mas como se caracteriza uma norma geral ou norma de conteúdo geral? Em verdade, não há uma definição constitucional do que seja norma geral ou norma não geral. Aí reside a grande dificuldade de se estabelecer onde termina a competência da União e começa a dos demais entes políticos. Trata-se do que se costuma denominar por “conceito jurídico indeterminado”. Pode-se afirmar que há dispositivos que são, indubitavelmente, gerais; noutros casos, pode-se afirmar que são dispositivos claramente específicos; mas há situações várias que se encontram em zona cinzenta de dúvidas e incertezas.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167/DF (ADI que julgou a Lei do Piso), o Ministro Gilmar Mendes referiu-se ao professor Konrad Hesse, para quem um dos “critérios básicos para saber se está havendo ou não usurpação de competência é saber se subsiste alguma competência básica, substantiva, para a entidade federativa” (BRASIL, 2011, p.48). Ou seja, se no exercício da competência concorrente, que se limita a estabelecer normas gerais, a União esgotar o tema e não deixar margem para a regulamentação normativa aos demais entes políticos, não restará dúvida de que haverá usurpação de competência por parte do Legislativo Federal.

Definir o que é piso salarial da educação básica, o seu valor, a jornada de trabalho dos professores estaduais e municipais e a limitação a 2/3 da carga horária de trabalho para atividades diretas com os alunos (sala de aula), a todas as luzes, não deixa qualquer dúvida que não são disposições gerais, mas dotadas de alto grau de concretude, não se deixando aos outros entes políticos qualquer margem de possibilidade de regulamentação da matéria.

Entretanto, o problema é que a EC nº53/2006, como visto acima, estabeleceu, expressamente, como competência da União, a criação de lei estabelecendo um piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública. Dela, decorrem os seguintes problemas:

É constitucional, ou seja, foi criada validamente segundo a Constituição?

Em sendo constitucional, a lei federal dela decorrente se limitou a estabelecer o piso ou foi além?

## 5) Limitações jurídicas ao poder de reforma da Constituição

O poder jurídico de mudança do texto constitucional encontra limites na própria Constituição. Expressamente o art. 60, §4º, I, estabelece que não será objeto de deliberação, no processo legislativo de reforma constitucional, proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de estado. Assim, qualquer proposta de emenda à Constituição que tangencie a violação da forma federativa de estado está maculada pelo vício da inconstitucionalidade material. Como o inciso VIII, do art. 206, CF, não veio originariamente ao mundo jurídico com a promulgação da Constituição, pode-se questionar se ele é válido ou não.

Tudo indica que houve indevida intromissão, pelo poder de reforma da Constituição, na competência dos estados e municípios e na sua autonomia legislativa e administrativa, ao possibilitar à União legislar sobre matéria inicialmente, nos termos originais da Constituição, de competência dos outros entes políticos. Portanto, haveria inconstitucionalidade do dispositivo constitucional que autoriza a União a estabelecer o piso nacional.

Entretanto, na ADI nº 4.167, Carlos Ayres Britto, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, consignou em seu voto que a “questão da quebra do princípio federativo não prospera, *data venia*, porque o formato de nosso Estado federal já se fez no lastro da Constituição com essa obrigatória observância dos princípios, dentre os quais afigura o piso salarial profissional nacional dos professores...” (BRASIL, 2011, p.82. Negrito no original). Ora, com todo o respeito que o Ministro merece, não é pelo simples fato de o constituinte reformador (poder de reforma da Constituição) ter chamado o piso salarial de princípio, que como tal ele se qualificará. No atual constitucionalismo, diversos autores já se debruçaram sobre as folhas na tentativa

de distinguir regras constitucionais de princípios constitucionais. A todos os olhos, nada permite qualificar “piso salarial profissional” como um princípio, dada a alta concretude do dispositivo.

Só para esclarecer, a tentativa de qualificar o piso como um princípio constitucional se deve ao fato de que os estados-membros, no exercício da competência de se autoconstituir por meio de Constituições Estaduais, já nascerem limitados pelos princípios da Constituição Federal, como se pode facilmente deduzir do art. 25, que dispõe que “[o]s Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição** (BRASIL, 1988. **Grifos nossos**). Assim, poder-se-ia argumentar que, sendo o piso um princípio, o constituinte reformador poderia estabelecê-lo como limite aos demais entes políticos.

No entanto, esse raciocínio carece de densidade. Tanto que o legislador constituinte reformador, sempre que quisesse mudar algo na Constituição e tivesse dúvida sobre a constitucionalidade do que se pretende incluir, bastaria qualificá-lo por “princípio”. Portanto, pode-se afirmar, sem maiores reflexões, que o suporte de validade da competência da União para a criação da Lei do Piso carece de higidez jurídica.

## 6) A definição da jornada e a limitação de 2/3 da jornada em sala de aula

Concebendo-se que o art. 206, VIII, é constitucional, ainda resta responder à questão *b* acima colocada: a lei federal se limitou a estabelecer o piso ou foi além?

A Lei estabeleceu o piso remuneratório definindo que piso é o vencimento inicial das carreiras de magistério público da educação básica para uma jornada máxima de 40 horas semanais (art. 2º da Lei e seu §1º). É de se ver como adequada a vinculação do piso ao vencimento inicial das carreiras, haja vista que ele é a contrapartida pecuniária básica legalmente prevista para um determinado cargo público. Piso é a menor remuneração. Logo, deve corresponder ao vencimento inicial da carreira.

Quanto à vinculação do piso a uma certa jornada de trabalho, nada mais racional. É imperativo lógico que a lei defina um valor mínimo como retribuição para uma certa jornada de trabalho. Isso não impede que um determinado ente político estabeleça uma jornada menor, ou até mesmo maior, desde que o piso, para esses casos, seja aumentado proporcionalmente. Portanto, ilícito algum há na definição de que o piso se aplica a uma determinada carga horária de trabalho.

Diferente é a situação do §4º do art. 2º, que estabelece que “[n]a composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3

(dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos” (BRASIL, 2008). Trata-se de invasão da competência dos demais entes definirem a estruturação de sua carreira, uma vez que, apesar de sua “bondade”, em nada pertence a qualquer definição de “piso” que se queira construir.

## **7) Entendimento do STF sobre a matéria, explicitado na ADI 4.167**

Salvo manifestação do Ministro Marco Aurélio, não se levantou a discussão sobre a constitucionalidade, ou não, do disposto no art. 206, VIII, CF, incluído pela EC 53/06. Dessa forma, os raciocínios apresentados pelos diversos ministros tinham como premissa a validade constitucional daquele dispositivo. Ou seja, partindo-se da constitucionalidade do referido inciso VIII, não se pode, em definitivo, alegar a impossibilidade da União definir o piso salarial. É o que fez o Supremo Tribunal Federal. Na decisão da referida ADI, o STF concluiu por ser constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do Ensino Médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Esclarece-se que, do ponto de vista técnico-jurídico, vencimento e remuneração são termos distintos: o primeiro é a mais básica referência remuneratória para um cargo público; o segundo é a soma dos vencimentos com outras parcelas a que um determinado servidor público tem direito, como, por exemplo, gratificações.

Por maioria, foi consagrada a constitucionalidade da definição, pela referida Lei Federal, da “reserva do percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extra-classe” (BRASIL, 2011, p.2).

- 1) Considerações finais
  - a) As considerações apresentadas no decorrer deste texto são de caráter técnico-jurídico. Inclusive, o valor do piso definido pela Lei Federal é bisonho do ponto de vista fático, pois não consegue nem mesmo assegurar a satisfação das necessidades que um salário mínimo deveria fazê-lo, nos termos do art. 7º, IV.
  - b) Estas considerações, de ordem técnico-jurídica, nada têm a ver com o interesse dos governadores. Estes, simplesmente, pretendiam, usando o Direito, continuando a remunerar de forma aviltante os profissionais da educação. O que, por si, merece as sonoras críticas de todo o povo brasileiro.
  - c) Essa discussão sobre a constitucionalidade da lei do piso só vem acentuar o federalismo capenga existente no Brasil. Não se trata de federalismo cooperativo – que se pretende teoricamente –, mas de

extraordinária concentração de poderes no ente central. Aqui não é o espaço para se discutir o modelo federativo brasileiro. Pretende-se, simplesmente, caracterizar a alta centralização de competências e de recursos financeiros na União.

- d) Nada obstante se poder questionar a constitucionalidade da competência legislativa da União para definir o piso do magistério, fato é que o Supremo já decidiu pela validade constitucional da Lei. Portanto, nada mais cabe aos chefes de executivo a não ser cumprir integralmente o que ela dispõe.
- e) O não cumprimento da Lei, nesse momento, é flagrante desrespeito aos órgãos constituídos, notadamente ao Congresso Nacional e ao Supremo Tribunal Federal, e ao Estado de Direito.
- f) Por consequência, perdurando o descumprimento da lei do piso, esses chefes de executivo recalcitrantes poderão sofrer consequências jurídicas tais como: responder por crime de responsabilidade, com julgamento político no Legislativo; ter intervenção em sua unidade federada por descumprimento de lei federal ou decisão judicial, cumpridos os requisitos para tanto; responder a ações judiciais dos servidores ou seus representantes (sindicatos, p. ex.) para o imediato e efetivo cumprimento da Lei. Fato é que, nas duas primeiras possibilidades, há nítida interferência política, o que torna os instrumentos, de certa forma, frouxos, do ponto de vista da sua eficiência. Restará, sob a ótica jurídica, a possibilidade de propositura de ações judiciais pelos servidores interessados ou seus representantes para fazer valer a Lei, tanto no que diz respeito à remuneração, quanto à jornada de trabalho.
- g) Para concluir, não se pode deixar de enfatizar que o Direito não substitui os embates políticos. Identificar os chefes de executivo contrários à aplicação da Lei, discutir com eles, buscar soluções, mostrar a conduta desses gestores à sociedade, e, no limite, se outra alternativa não existir, levar à opinião pública as suas prioridades políticas são instrumentos que não podem ser descartados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº53, de 19 de dezembro de 1996. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008. Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

\_\_\_\_\_. ADI nº 4167 DF, de 27 de abril de 2011.