

A CONSTITUCIONALIDADE DA “LEI DO PISO SALARIAL” À LUZ DA ADIN Nº 4167.

A Lei Federal nº. 11.738, de 16 de julho de 2008, que instituiu o piso nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, mais conhecida como “Lei do Piso”, trouxe algumas inovações no mundo jurídico que acabou por repercutir no cotidiano de professores e dirigentes da educação pública.

Com fundamento no artigo 206, inciso VIII, da Constituição da República e no artigo 60, inciso III, alínea ‘e’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Lei do Piso tanto alimentou a expectativa de todo os integrantes do magistério quanto trouxe, à época, um desespero aos dirigentes públicos de educação básica.

Num primeiro momento, a Lei em questão fixou o piso salarial, do qual nenhum professor, com carga até 40 (quarenta) horas-aulas semanais, poderia receber abaixo.

Após, a Lei do Piso também trouxe disposições que, em tese, não tratavam do piso salarial dos profissionais do magistério, mas de jornada dos professores.

Nesta esteira, esta petição visa trazer elucidações sobre a disposição da referida Lei no que tange aos 2/3 (dois terços), máximos, da carga horária a serem exercidos em atividades com os educandos, prevista no artigo 2º, §4º, da Lei do Piso.

Na seguinte disposição expressa da Lei Federal Nº 11.738/08:

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 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.

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

§ 3º Os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no caput deste artigo.

§ 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.

§ 5º As disposições relativas ao piso salarial de que trata esta Lei serão aplicadas a todas as aposentadorias e pensões dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo art. 7º da Emenda Constitucional №. 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional №. 47, de 5 de julho de 2005. *(grifo nosso)*

Vale registrar, por oportuno, que a referida Lei Federal foi objeto de controle concentrado de constitucionalidade, a qual foi entendida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No dia 07/04/2011, o STF proferiu decisão na ADIN 4167, ajuizada contra a Lei nº 11.738/08, que traz as regras referentes ao piso nacional e jornada de trabalho dos professores da rede pública de ensino. Nesta ocasião, a Corte analisou, tão somente, a questão referente ao piso salarial (pela maioria dos votos, decidiu pela constitucionalidade da norma), não adentrando no mérito relacionado à jornada de trabalho, por falta de quorum para a votação.

Já na decisão proferida em 27/04/2011, o STF julgou, por completo, improcedente a ação, analisando, finalmente, ponto referente à jornada de trabalho. A norma objeto de questionamento é o art. 2º, § 4º.

O art. 2º define o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica em 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.

O §4º informa que 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.

Relembrando, os fundamentos trazidos pelos Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará, em relação ao dispositivo questionado foram dois: **a) incompetência para regulamentação da matéria, posto que a competência extraordinária não abrangeria tal tema, mas, apenas a fixação do piso salarial; b) consequente desobediência ao princípio da autonomia dos entes federados, pacto federativo e especialização das funções.**

O julgamento restou inicialmente empatado (cinco votos pela inconstitucionalidade e outros cinco pela constitucionalidade). Diante da situação, chegou-se ao consenso pela constitucionalidade, mas, sem a vinculação dos efeitos da decisão, no que pertine, justamente, à jornada de trabalho, portanto, a partir daí todo e qualquer trabalhador que queira ver julgados seus direitos quanto a aplicabilidade dos parâmetros da jornada deverá levar seu pleito para decisão junto ao Judiciário. Caminho que ora busca o Reclamante.

Esse efeito vinculante encontra previsão na Constituição Federal, em seu art. 102, 2º, segundo o qual as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Consequentemente, tem-se assim, a produção de dois efeitos, quando da decisão de in ou constitucionalidade pelo STF: **a) "erga omnes" e b) vinculante.** Esta é a regra geral, que pode ser excepcionada, por meio da modulação de efeitos, de acordo com o art. 27 da Lei nº Lei Nº. 9.868/99, ou seja, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

De acordo com o posicionamento firmado pelo STF, reconheceu-se a constitucionalidade da Lei Nº. 11.738/08 e, no que pertine ao tema jornada de trabalho, tal decisão não possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública (direta e indireta).

Contudo, tal decisão não foi necessariamente clara sob alguns aspectos práticos da Lei, ensejando interpretações diversas, e talvez tendenciosas, que passo analisar.

Em uma primeira análise trataremos a jornada de trabalho vista como disposição autônoma da Lei do Piso

Sem prejuízo de existirem outras interpretações possíveis, como passaremos a expor mais adiante, vale destacar que o entendimento que se tem extraído, por exemplo, em sede de análise perfunctória, é que fica garantido ao Profissional do Magistério o máximo de 2/3 (dois terços) da carga de trabalho com interação com os educandos, e 1/3 (um terço) sem alunos, independente do valor da remuneração que o Profissional do Magistério receba.

Em outras palavras, a equação - cujo resultado é a jornada de trabalho - deverá ser composta de horas-aula (2/3) e horas-atividade (1/3), seja qual for a jornada de trabalho, cabendo ao respectivo ente federado, inclusive ao Município, dispor sobre tal assunto, conforme suas necessidades.

Assim, sem adentrar no mérito da constitucionalidade, há que se destacar a possibilidade de se trabalhar com duas eventuais soluções, visando equacionar 2/3 (dois terços) da carga de interação com os educandos e 1/3 (um terço) sem a interação com os educandos: **(i) manutenção da Jornada de Trabalho total, diminuindo o tempo de interação com os educandos para alcançar os ditos 2/3 (dois terços); ou (ii) manter o tempo de interação com os educandos, dilatando o tempo das horas-atividade, com o respectivo aumento da Jornada de Trabalho total e a consequente remuneração pelo trabalho extraordinário.**

A diminuição do tempo de interação com os educandos, mantendo a Jornada de Trabalho do profissional, descortina consequência de alto ônus financeiro à Administração, uma vez que ao retirar um professor da sala de aula, outro profissional terá de ser contratado para que se mantenham incólumes os períodos letivos e o programa pedagógico, entretanto não pode permitir à administração

pública municipal a não remuneração pelo trabalho extraordinário acima do previsto em lei e em total prejuízo do hipossuficiente.

Dilatar as horas destinadas ao exercício pró-educando sem a interação direta com o aluno, denominadas de horas-atividade (HTPC, HTPL, etc), de modo que esta componha 1/3 do total da jornada de trabalho, com respectivo aumento da Jornada de Trabalho, se mostra como outra solução.

Para tanto, não se pode olvidar a questão da alteração do regime jurídico do servidor público a ser feita, tanto aos municípios que adotam o regime celetista quanto aos que são estatutários.

Para quem é regido pelo regime celetista, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, a alteração do contrato de trabalho deve respeitar dois requisitos para sua licitude: **(i) anuência do contratado, e (ii) que da alteração não haja prejuízo ao empregado.**

Da seguinte forma, segundo a Consolidação da Leis do Trabalho:

Art. 468 Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Neste sentido, quanto ao primeiro requisito, vale destacar que a alteração do contrato de trabalho como fruto de acordo coletivo é a forma mais segura para ambos os lados, uma vez que a categoria do Profissional do Magistério estará sendo bem representado por sua respectiva entidade sindical, refutando qualquer tese de hipossuficiência, e demais argumentos que poderiam atacar o termo de alteração contratual.

Contudo, ainda neste primeiro requisito, devemos consignar que o acordo coletivo não respalda atos onerosos da Administração Pública; devendo, desta feita, ser acompanhado de lei municipal. Acerca do segundo requisito, não se pode dizer que a referida alteração contratual traz, necessariamente, prejuízo ao Profissional do Magistério, uma vez que se objetiva valorizar e remunerar as horas voltadas ao magistério, mas que não são dadas junto aos alunos, mas em preparação de aulas, correção de avaliações e trabalhos escolares, dentre outras intermináveis atividades fora da sala de aula, que já são normalmente desempenhadas pelos profissionais.

No regime estatutário, em que a relação é regulamentada pelo Direito Administrativo, há que se atentar pelo prevailecimento do interesse público em questão; não se aplicando, deste modo, os princípios do direito do trabalho protetores do indivíduo em detrimento, muitas vezes, da coletividade.

Contudo, a interpretação ora externada pode conflitar com diversas regras e princípios aplicáveis ao direito, inclusive de ordem constitucional; assim, outro entendimento pode ser adotado para que a Lei do Piso possa ser mais bem aplicada.

- A análise segunda trata a jornada de trabalho como parâmetro à fixação do piso.

A interpretação que entende pela fixação de 2/3 (dois terços) máximos de interação com os educandos parece ser a única possível a ser extraída do texto

legal numa primeira leitura; contudo, uma análise mais apurada, atentando-se para interpretação constitucional do referido texto da Lei, revela-nos outra norma jurídica a ser aplicada: que a fixação de 2/3 (dois terços) máximos é meramente um parâmetro para o piso federal de que trata a Lei.

Os argumentos que revelam essa interpretação são tanto de natureza hermenêutica, quanto de constitucionalidade da norma, como passamos a expor a seguir, e, de fato, não pode ser melhor o entendimento do intérprete.

Primeiramente, sob o aspecto da interpretação dos textos legais, deve-se atentar para a elementar regra que os parágrafos e incisos devam ser interpretados em consonância com o caput, e não de forma isolada.

No caso ora em análise, a normativa que trata da jornada se apresenta como parágrafo quarto, ao passo que o artigo trata do piso, obrigando-nos a interpretar as normas ali dispostas de forma conjunta.

Verifica-se, deste modo, que o caput regrou o quantum do piso salarial, e os parágrafos trouxeram os parâmetros para fixação deste piso, dispondo: **(i) qual a jornada máxima semanal que se paga pelo piso [§1º - 40 horas semanais]; (ii) o que se entende por profissional do magistério público da educação básica para fins do piso [§2º]; (iii) que poderá haver demais jornadas, e serão, no mínimo, proporcionais à jornada de 40 horas semanais [§3º]; e (iv) que a referida jornada para fins do piso deverá ser de 2/3 (dois terços) máximos de interação com os educandos.**

Em outras palavras, a fixação de parâmetros feita pela lei federal não engessa a atividade administrativa, em especial de jornada de trabalho, mas, por outro lado, somente regulamenta que se quiser modificar o tempo de interação com o educando, deverá, proporcionalmente, modificar o piso do seu Profissional do Magistério, fato que jamais foi buscado pela Administração Municipal.

Outro argumento que se apresenta é o de natureza constitucional, que se firma pelo princípio federativo, ao qual garante a autonomia dos entes federados, com fundamento no artigo 1º da Constituição Federal.

Regulamentar a jornada de trabalho dos servidores, aos quais se incluem os profissionais do magistério, como defende alguns, é de competência legitimamente local, mas que na ausência de outra regulamentação aplicam-se as disposições contidas na Lei nº 11.738/08.

Ainda neste ponto, não há o que se falar acerca de hierarquia de lei federal sobre a lei municipal, uma vez que cada ente é competente sobre determinadas matérias, que são constitucionalmente definidas. E mais: a competência conferida à União é acerca de fixação do piso, e sobre diretrizes educacionais.

Argumentar que a competência da União em legislar sobre horário de trabalho está no artigo 22, XXIV, da Constituição Federal – que trata de diretrizes educacionais – não pode ser levada a efeito, pois a Lei em comento trata meramente do piso, com fundamento no artigo 60, III, 'e', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que previu lei específica para fixar piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público. Ou seja, a União não tem competência constitucional para tratar especificamente da jornada de trabalho – como não o fez – mas possui competência para tratar do piso e seus parâmetros de fixação – como visto na lei em questão. (grifo nosso)

Portanto, interpretar o texto do parágrafo conferindo-lhe disposição autônoma de regulação de jornada de trabalho não é a forma constitucionalmente correta de interpretação.

Assim, não restam outras interpretações a serem feitas senão a única constitucionalmente aceita, qual seja, que os 2/3 (dois terços) máximos é parâmetro para o piso salarial posto pela União, à época de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais).

Ademais, diversamente do que afirmam alguns, os dispositivos hostilizados cingiram-se a dispor sobre o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, dispondo, de forma específica, a respeito de sua jornada de trabalho.

A fixação de um determinado valor como piso salarial deve levar em conta, por óbvio, a prestação do serviço a ser remunerado. Com efeito, não se pode desconsiderar, em sua estipulação as diferentes jornadas de trabalho dos profissionais contemplados, sob pena de estabelecer-se idêntica remuneração mínima a professores sujeitos a cargas horárias díspares.

À vista de tal constatação, o legislador nacional fez incluir, no texto da Lei Nº 11.738/08, os dispositivos impugnados, com o único propósito de estabelecer parâmetros adequados para a fixação do piso salarial dos professores.

Como se nota, o §1º acima transcrito não dispõe sobre a jornada de trabalho dos docentes, nem lhes impõe o período de 40 (quarenta) horas semanais como carga horária máxima. A norma somente determina que, para os profissionais cuja jornada supere 40 (quarenta) horas semanais, o piso salarial não poderá ser aquele fixado pelo caput do artigo 2º da Lei Nº 11.738/08, ou seja, deverá ser maior que R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais.

De modo semelhante, o §4º do artigo 2º da Lei em questão está, intrinsecamente, vinculado à fixação do piso salarial tratado pelo diploma, não tendo alterado a carga horária dos docentes.

O Referido dispositivo, a exemplo anteriormente examinado, somente estabelece parâmetro para a fixação do valor estipulado como piso salarial. É dizer: o legislador entendeu que o valor de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais é adequado a configurar o piso salarial para os professores que, além de sujeitos a carga horária de 40 (quarenta) horas semanais, desempenhe atividades de interação com os educandos por, no máximo, 2/3 (dois terços) de sua jornada. ***Para aqueles que trabalhem mais de 40 (quarenta) horas por semana ou que interaja com os educandos por tempo superior a 2/3 (dois terços) da jornada, o piso salarial de R\$950,00 (novecentos e cinquenta reais) é insuficiente. Como é o caso em tela, pois o Reclamante labora toda a sua jornada semanal em atividades intra classe, ou seja, o município pode até alterar a jornada, mas deverá remunerá-la acima do piso nacional, pois a regra do contida na Lei Nº 11.738, § 4, vem sendo descumprida.***

Trata-se, portanto, de norma que integra os critérios de fixação do piso salarial dos professores, porquanto não impõe a alteração da carga horária do professor que exerça atividades de interação com os educandos por período superior a 2/3 (dois terços) de sua jornada, tampouco exige a contratação de novos profissionais. O diploma legal questionado determina, tão somente, que o piso salarial a ele referente seja superior ao destinado aos demais.

Portanto, a observância do limite de 2/3 (dois terços) contida no §4º do artigo 2º da Lei Nº 11.738/08 foi imposta para fins de conferir efetividade à fixação do piso salarial, "**id est**", o trabalhador poderá até trabalhar além dos limites fixados em lei, mas deverá fazê-lo em outras condições superiores ao piso nacional, o que certamente não vem ocorrendo.

Relativamente, ao §1º do art. 2º da Lei Federal, a constatação é mais evidente, e está a significar, contrario sensu, que o piso salarial será superior ao previsto no caput do artigo (R\$950,00) no caso em que a jornada de trabalho dos profissionais do magistério público ultrapassar quarenta horas semanais, o que, de certo modo, é confirmado pelo disposto no § 3º do mesmo artigo da lei.

O §4º do art. 2º há de ser interpretado de modo semelhante, de modo a resguardar a proporcionalidade entre o piso salarial e o limite da carga horária destinada ao desempenho exclusivo de atividades de interação com os educandos. **Desse modo, se o tempo dedicado pelo professor à atividade de interação superar dois terços de sua jornada de trabalho o piso salarial deverá ser majorado.** A interpretação do dispositivo em exame não pode ser outra, considerada, mormente a sua localização no texto legal, na condição de parágrafo que se vincula à norma contida no caput do artigo.

Em outras palavras, o que há na Lei Federal sobre jornada de trabalho está diretamente ligado ao piso salarial nacional, de forma que aquela não existiria sem este, e vice-versa, na medida em que não seria possível definir o piso, tal como exigido constitucionalmente, sem parâmetros que garantissem certa uniformidade de tratamento aos profissionais do magistério público em todo o território nacional.

Em razão dessas considerações, entendemos que a disciplina contida nos §§ 1º e 4º do art. 2º da Lei Federal decorre da própria Constituição da República. A interpretação sistemática da Constituição, com ênfase às normas que veiculam a exigência de fixação de piso salarial nacional para o magistério público, porque são as que mais se aproximam dos dispositivos questionados, há de prevalecer sobre a análise estanque, isolada, de dispositivos constitucionais escolhidos por conveniência argumentativa.

Entretanto, o entendimento de interpretar a disposição da jornada de trabalho como parâmetro do pagamento do piso salarial é mais bem fundada constitucionalmente. Afinal, a defesa que culminou pela constitucionalidade da Lei do Piso foi integralmente neste sentido, não tendo porquê de ser, agora, reinterpretada.

Por conclusão, entendemos que é dado a Administração Pública o direito de adequar parâmetros locais quanto ao contrato de trabalho, mas no que se refere ao piso salarial e à composição da jornada de trabalho não restará ao ente público à estrita observância do estatuído na Lei Nº 11.738 de 16/07/2008, sob pena de não o fazendo a administração pública ter que fixar valores superiores ao piso nacional.

- Do Direito a 1/3 da Jornada Para Atividade Extraclasse

Está contida no parágrafo 4º, do artigo 2º, da Lei que criou o Piso Nacional, Lei Federal Nº 11.738/2008:

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.

Através de ADIN, cinco governadores tentaram banir tal direito do ordenamento jurídico nacional. Necessitava de 06 votos, quórum qualificado, não conseguiram a Lei do Piso não teve nenhum dos seus itens julgado como inconstitucional. **LOGO EM PLENO VIGOR.** Direito também, já previsto e jamais questionado no artigo 67, V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

A Lei nº 9.394/96, art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos Profissionais do Magistério, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: I -V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

Observemos que o período reservado, dentro da jornada, que é de no máximo 40 horas, para:

A) **ESTUDO:** investir na formação contínua, graduação para quem tem nível médio, pós-graduação para quem é graduado, mestrado, doutorado. Sem falar nos cursos de curta duração que permitirão a carreira horizontal. Sem formação contínua o servidor estagnarà no tempo quanto à qualidade e produtividade do seu trabalho, O QUE COMPROMETERÁ A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO, QUE É DIREITO SOCIAL E HUMANO FUNDAMENTAL;

B) **PLANEJAMENTO:** Planejar as aulas, da melhor forma possível, o que é fundamental para eficácia do ensino e;

C) **AVALIAÇÃO:** Correção de provas, trabalhos, redações e etc. Não sendo justo que o professor trabalhe em casa, fora da jornada e sem ganhar, corrigindo centenas de provas, redações, etc..., o que, a nosso ver, corresponde a trabalho escravo.

A Lei do Piso definiu o período para atividade extraclasse correspondente a 1/3 da jornada, que foi mantido pelo Supremo Tribunal Federal, como acima transcrito e comentado. Não tendo tal direito sido banido do ordenamento jurídico, visto que os autores da ADIN 4167, não obtiveram 06 votos a favor de sua tese. **TENDO A LEI, PORTANTO, QUE SER CUMPRIDA,** sendo ato de improbidade administrativa e conduta tipificada como violação de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04/05/2000). **Portanto, direito inconteste, líquido e certo.**