

Prezados Prefeitos e Prefeitas,

O governo federal publicou, no dia 4 de fevereiro, a Portaria MEC [Ministério da Educação] 67/2022, onde indica o índice de reajuste do **piso nacional do magistério** em 33,24%. Caso atendido, o piso aumentaria de R\$ 2.886,24 para R\$ 3.845,34, medida que poder impactar os cofres municipais em mais de R\$ 30 bilhões apenas em 2022.

Contrariamente à Portaria, a própria Advocacia-Geral da União (AGU) já havia reconhecido que o critério de reajuste anual do piso do magistério foi revogado com a Lei 14.113/2020, que regulamentou o novo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), desatendida, dessa forma, a determinação do art. 212-A, inciso XII, da Constituição Federal, conforme já vinha alertando a Confederação Nacional de Municípios (CNM) ao governo e ao Congresso Nacional.

Diante dessas controversas, os gestores municipais têm sido alvo de intensas pressões para a adoção do chamado “novo piso do magistério”. Por outro lado, a CNM vem recebendo consultas diárias acerca da conduta a ser adotada pelos Municípios. Diante disso, no intuito de orientar as gestões locais sobre como proceder em relação ao reajuste, encaminho aos senhores e às senhoras o parecer anexo, assinado por reconhecidos advogados de Direito Financeiro/Tributário e Direito Administrativo consultados pela Confederação.

Resumidamente, o parecer jurídico disponibilizado conclui que, para a fixação de piso nacional para o magistério, é indispensável a edição de lei específica, novo marco regulatório. Ainda, como medida transitória, é sugerida a adoção do IPCA-E para atualização monetária do valor, praticado até a revogação da lei que lhe dava embasamento.

Desde já, ficam os gestores autorizados ao uso pleno do referido parecer, especialmente diante de infundadas exigências por parte das corporações profissionais e eventuais Entes públicos. Destaca-se que o material ficará também disponível no Espaço Exclusivo do Portal CNM.

Atenciosamente,

Paulo Ziulkoski
Presidente da CNM

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



PARECER CONSULTIVO

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REAJUSTE DO PISO NACIONAL DO MAGISTÉRIO POR MEIO DE PORTARIA MINISTERIAL

Consulente

Confederação Nacional de Municípios (CNM)

Consultados

Caliendo Advocacia

Curvelo Pasqualini Haerberlin Advogados Associados

De Porto Alegre/RS para Brasília/DF

15 de março de 2022

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



SÍNTESE

Atos administrativos editados por órgãos públicos federais (Parecer nº 00067/2022/CONJUR-MEC/CGU/AGU; Portaria Interministerial nº 10/2021; Parecer nº 2/2022/CHEFIA/GAB/SEB/SEB, Portaria MEC nº 67/2022) propõem a aplicação do índice de reajuste do valor mínimo nacional por aluno/ano (VAAF-MIN), de 33,24%, como índice de reajuste para o piso nacional do magistério, o qual passaria de R\$ 2.886,24 para R\$ 3.845,34. Esses atos sugerem a utilização da Lei nº 11.494/2007, já revogada, enquanto a lei específica exigida pelo art. art. 212-A, inciso XII, da CF (dispositivo introduzido pela EC nº 108/2020) não for editada. Essa sugestão, controvertida inclusive por atos anteriores da própria CONJUR, é inconstitucional e ilegal, além de gerar cenário de instabilidade jurídica, mormente entre os Municípios. Para expor essas antijuridicidades, primeiro perpassamos o quadro normativo do problema em questão. Ato contínuo, são expostos relevantes fundamentos que impedem o reajuste do piso salarial do magistério com base nos critérios anteriores ao novo marco regulatório do tema (a citada Emenda Constitucional e a Lei do Novo Fundeb). Esses fundamentos podem ser apresentados em dois grupos. No primeiro grupo, apresentam-se fundamentos que revelam a inconstitucionalidade da Portaria MEC nº 67/2022, quais sejam: (i) os limites de validade da Lei do Piso, com a edição da EC n. 108/2020, são questionáveis, uma vez que esta lei regulamenta o art. 60 do ADCT, que não mais subsiste na forma de sua redação anterior, além do que o novo texto constitucional remete a regulamentação do piso a uma lei futura e específica, sendo sólida a hipótese de que a Lei do Piso (sistema da EC nº 53/2006) não está recepcionada por esse novo sistema; (ii) ainda que se entenda válida a Lei do Piso, é inarredável que essa lei remete os critérios da atualização do piso à Lei do Antigo Fundeb, a qual, além de não ser uma lei nova e específica, encontra-se expressamente revogada, de modo que há um vácuo legislativo neste ponto; (iii) uma Portaria Interministerial, que possui a natureza de ato normativo de caráter administrativo, não pode suprir esse vácuo legislativo, sob pena de violação frontal ao princípio da legalidade e da hierarquia das normas; (iv) o direito não admite norma sem disposição, e a atualização pelo VAAF-MIN carece de disposição; (v) há interferência do Poder Executivo Federal no orçamento de outros poderes, em contrariedade à jurisprudência do STF; e (vi) o entendimento suscita externalidades econômicas e éticas negativas. No segundo grupo, apresentam-se fundamentos que tratam da base de cálculo do piso do magistério, quais sejam: (i) não há lei vigente que trate de forma clara e expressa sobre a base de cálculo do piso do magistério; (ii) a Lei nº 14.113/2020, ao revogar a Lei nº 11.494/2007, não reativou a Lei nº 9.424/96 de forma expressa, e o instituto da repristinação tácita vai de encontro ao art. 2, § 3º, da LINBD; e (iii) é necessária lei específica que trate do tema (lembra-se, no ponto, a tramitação do PL nº 2.075/2021, que sugere como correção do piso o INPC com base em análises econômicas). Ao final, conclui-se que: (i) é necessária uma nova regulamentação legal para a atualização do piso nacional do magistério, de caráter específico, com qualidade de lei em sentido estrito e alinhada ao novo marco regulatório; (ii) a utilização da atualização do piso conforme o marco regulatório anterior ofende o ordenamento jurídico, pois repristina, pela via hermenêutica, regra expressamente revogada – a rigor, sequer existente no mundo jurídico –, sendo inviável o reconhecimento de qualidade de “norma” (disposição ao qual se dá um significado capaz de coerção) sem a respectiva disposição, o que equivaleria conceder eficácia sem validade e validade sem existência; e (iii) na ausência da “lei específica”, em interpretação sistemática e de caráter transitório, realizada a partir de disposições existentes, válidas e eficazes, devem-se utilizar os parâmetros consolidados pelo STF em tema de repercussão geral (Tema 810, RE 870947) para os casos de atualização de créditos não tributários, adotando-se assim o IPCA-E como índice de atualização para o piso nacional do magistério até ulterior lei específica. Ainda, se realizam as seguintes recomendações: (i) ajuizamento de ADI para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos infralegais; (ii) ajuizamento de pedido cautelar nesta ADI para estabelecer o IPCA-E durante a sua tramitação, como medida transitória até a aprovação de lei específica sobre a atualização; e (iii) os Municípios devem impetrar mandado de segurança (ou outra ação) para se proteger contra atos administrativos que determinarem a aplicação do índice da Portaria ministerial.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



SUMÁRIO

1. RAZOES DA CONSULTA E CONSULTA	4
1.1. RAZÕES DA CONSULTA	4
1.2. CONSULTA	6
2. ANÁLISE	7
2.1. INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA MEC 67/2022	9
2.1.1. Ofensa ao princípio da legalidade e da hierarquia de normas	11
2.1.2. Outros fundamentos	17
2.2. DA BASE DE CÁLCULO NO REAJUSTE DO PISO DO MAGISTÉRIO	21
2.2.1. Da não reativação da Lei nº 9.424/1996 com a revogação da Lei nº 11.494/2007 e da não aplicação da repristinação	24
2.2.2. Da erosão da base de cálculo do piso do magistério	29
2.2.3. Da sugestão da base de cálculo do PL nº 2.075/2021	31
2.3. DA SOLUÇÃO TRANSITÓRIA: O CRITÉRIO DE REAJUSTE ATÉ A EDIÇÃO DA LEI ESPECÍFICA DE QUE TRATA A CF	32
3. RESPOSTA À CONSULTA E RECOMENDAÇÕES	33
3.1. RESPOSTA À CONSULTA	33
3.2. RECOMENDAÇÕES	34

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



1. RAZOES DA CONSULTA E CONSULTA

1.1. RAZÕES DA CONSULTA

1. No ano de 2020, o Brasil inaugurou um novo marco regulatório para o financiamento da sua educação básica, o qual foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 108/2020 e regulamentado pela Lei nº 14.113/2020 (*Lei do Novo Fundeb – LNF*).
2. No contexto desse novo marco regulatório, foi revogada a Lei nº 11.494/2007 (*Lei do Antigo Fundeb – LAF*) em sua quase totalidade. Dentre os pontos revogados, de relevância fundamental, está aquele do critério de atualização do piso nacional do magistério, uma vez que a Lei nº 11.738/2008 (*Lei do Piso*), ao tratar sobre a atualização do piso, faz menção expressa à lei revogada.
3. Com a revogação da ALF, surgiu no cenário jurídico desse novo marco regulatório uma dúvida, exposta da seguinte maneira em outubro de 2021 pela Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação, em questionamento feito à Consultoria Jurídica:

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

4. A Consultoria Jurídica elaborou, então, o Parecer nº 00990/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU (SEI 2982772), no âmbito do Processo Administrativo nº 23000.002248/2022-24, sustentando peremptoriamente que a Lei nº 11.738/2008 não poderia ser considerada a “lei específica” exigida pelo art. 212-A, inciso XII, da CF, dispositivo introduzido pela citada Emenda Constitucional nº 108/2020, bem como que a definição dos critérios de reajuste (assim como a forma de complementação da União) seria matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



5. Eis o teor da conclusão:

28. Nesse sentido, pelos fundamentos acima expostos, em resposta à consulta formulada pela Secretaria de Educação Básica - SEB, conclui esta Consultoria Jurídica que a definição acerca dos critérios de reajuste do piso salarial para os profissionais do magistério da educação básica pública e a forma pela qual se dará a complementação da União para integralizá-lo é matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, instância adequada para o tratamento da questão, na forma do disposto no art. 212-A, inciso XII, da CF/88.

29. Por oportuno, pontue-se que o tema objeto da consulta é de grande complexidade, não sendo incomum, em tais casos, opiniões e entendimentos divergentes das conclusões lançadas nesta manifestação, razão pela qual recomenda-se à SEB, em conjunto com a Secretaria Executiva desta Pasta, o acompanhamento da matéria no âmbito do Congresso Nacional, especialmente no tocante à atualização/revogação da Lei n.º 11.738, de 2008, ainda no ano de 2021.

6. Porém, insatisfeita com a resposta, a referida Secretaria de Educação Básica houve por formular nova Consulta a CONJUR/MEC, de teor não idêntico, mas seguramente similar e sobreposto pela resposta anterior. Dessa vez, por meio da Nota Técnica nº 14/2022/CHEFIA/GAB/SEB/SEB (SEI 3106554), assim questionou:

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?

7. Em que pese a resposta a essa pergunta, seguindo a linha de raciocínio anteriormente esposada, fosse naturalmente negativa, a CONJUR/MEC, no Parecer nº 00067/2022/CONJUR-MEC/CGU/AGU (SEI 3108623), manifestou-se pela *“viabilidade jurídica de uma interpretação no sentido de utilizar, para 2022, o tratamento dado até então baseado na Lei no 11.738/2008, diante da inexistência, até o momento, de normativo que a substitua”*.

8. Nesse interregno, foi editada a Portaria Interministerial nº 10, de 20 de dezembro de 2021, reajustando o valor mínimo nacional por aluno/ano (VAAF-MIN) em 33,24%.

9. Por fim, arrematando o imbróglio criado, quer pelo vácuo legislativo do novo marco regulatório acerca da atualização do piso nacional, quer pela instabilidade do entendimento da CONJUR/MEC sobre o tema nas duas opiniões que se contrapõem, o Secretário de Educação Básica formulou o Parecer nº 2/2022/CHEFIA/GAB/SEB/SEB (SEI 3110679), em 31.01.2022,

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



tratando do assunto “*piso salarial nacional dos profissionais do magistério da educação básica pública, para o ano de 2022*”. Neste, adotou a última perspectiva jurídica da CONJUR/MEC e encaminhou ao Ministro da Educação a sugestão de adoção, para o ano de 2022, do critério estabelecido na lei revogada, segundo o qual o piso do magistério, atualizado nesse percentual de 33,24%, passaria de R\$ 2.886,24 para o patamar de R\$ 3.845,34.

10. Recentemente foi anunciado pelo Governo Federal o referido reajuste de 33,24% para o piso do magistério por intermédio da Portaria MEC 67, datada de 04 de fevereiro de 2022.

11. Como critério para definição do percentual referido, foi utilizado como base de cálculo o estabelecido no artigo 5º, parágrafo único, da Lei do Piso, definindo que a atualização do piso será calculada utilizando o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno (VAA), remetendo para tal cálculo ao disposto na LAF (anteriormente a este, se utilizava o paragrafo 2º do art. 1º da Lei 9.424/96).

12. Ocorre, entretanto, que a Lei 11.494/2007, que revogou na integralidade a Lei nº 9.494/96, foi, como referido, expressamente revogada na sua quase totalidade pela Lei 14.113/2020, remanescendo apenas o artigo 12 daquela, pelo que há questionamentos sobre a eficácia legal do critério de reajuste utilizado na Portaria MEC 67/2022.

13. Nesse cenário, a Confederação Nacional de Municípios vem recebendo consultas diárias de Municípios a respeito do tema, mais particularmente sobre a implicação da edição desses atos administrativos (Portarias e Pareceres) no âmbito local. O teor dessas consultas, como regra e em síntese, é sobre a implicação do reajuste do valor mínimo nacional por aluno/ano (VAAF-MIN), realizado pela Portaria Interministerial nº 10/2021, na elevação do valor do piso salarial do magistério. Em outras palavras, os Municípios buscam entender se estão obrigados ao reajuste de 33,24%, sustentado pelos órgãos federais como uma espécie de “medida-tampão” até a edição de lei específica e com base na lei revogada.

1.2. CONSULTA

14. Após solicitação de opiniões legais sobre o tema, a Comissão Executiva da CNM, enxergando nocivo esse cenário de instabilidade, deliberou por realizar uma consulta conjunta

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



aos ora signatários, a ser respondida em um Parecer realizado a partir de dois diferentes campos de especialização (o Direito Financeiro/Tributário e o Direito Administrativo).

15. O cenário de insegurança acima tratado corresponde a dúvidas que podem ser sintetizadas nos seguintes pontos: (i) saber se o reajuste do piso nacional do magistério para a educação básica exige nova regulamentação legal, ou se os marcos constitucionais e legais atualmente existentes são suficientes; (ii) saber se, mesmo não sendo suficientes os atuais marcos, seria viável juridicamente utilizar, para 2022, o tratamento dado ao tema até a edição do novo marco regulatório, baseado na Lei do Piso e na LAF; e (iii) saber, no caso de inviabilidade, qual seria o critério que os Municípios devem utilizar para essa atualização.

16. Essas dúvidas suscitam, assim, resposta para as seguintes perguntas:

- (i) A Portaria MEC 67/2022 é constitucional?
- (ii) Qual a base de cálculo do piso do magistério?
- (iii) A Lei nº 9.424/96 foi revalidada com a revogação de Lei nº 11.494/2007 ou se pode falar em repristinação no caso?
- (iv) A Lei nº 14.113/2021 retirou a base de cálculo do piso?
- (v) Qual a base aplicável?
- (vi) Qual a solução a ser adotada até nova legislação?

17. Em atenção a essas questões que nos são dirigidas, fazemos as ponderações abaixo para, em seguida e com base nelas, responder.

2. ANÁLISE

18. Antes de responder às perguntas – e para as responder – é necessário demarcar o quadro normativo do problema em questão.

19. A Constituição Federal, desde sua redação original, estabeleceu, como princípio, o estabelecimento de um piso salarial nacional aos profissionais de ensino. Em sua redação original, no inciso V do art. 206; com a edição da EC nº 53/2006, no inciso VIII do art. 206.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



Coube a esta emenda, também, alterar o art. 60 do ADCT, para ali determinar (inciso III, alínea “e”) que lei específica dispusesse esse piso salarial nacional.

20. Exatamente regulamentando o art. 60 do ADCT, foi editada a Lei nº 11.738/2008 (*Lei do Piso*). No que interessa ao objeto da consulta, essa lei, em seu art. 5º, assim dispôs:

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.

21. Dessume-se dessa legislação, pois, que: (i) a atualização do piso é anual; (ii) deve ocorrer no mês de janeiro; (iii) sua base de cálculo é o percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno (VAAF-MIN), o qual é definido pela Lei nº 11.494/2007.

22. Ocorre que esse quadro normativo foi modificado, tanto no plano constitucional como no plano legal.

23. No plano constitucional, foi editada a EC nº 108/2020. Em que pese tenha deixado intacto aquele citado art. 206, VIII, essa emenda, dentre outras alterações, modificou as bases normativas do piso nacional. Ao menos por três motivos:

- (i) incluiu na CF o art. 212-A, a partir do qual é diagramado o “Novo Fundeb”;
- (ii) inseriu, nesse art. 212-A, o inciso XII, nos termos do qual “*lei específica disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública*”; e
- (iii) alterou por completo a redação do art. 60 do ADCT.

24. E, na esteira da modificação constitucional, no plano legal foi editada a Lei nº 14.113/2020 (*Lei do Novo Fundeb*), a qual, dentre outras disposições, em seu art. 53 revogou expressamente a citada Lei nº 11.494/2007 (*Lei do Antigo Fundeb*) – com exceção do seu art. 12 –, de modo que revogou, por consequência, a lei que definia, por remissão na *Lei do Piso*, a base de cálculo para a atualização do piso nacional salarial.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



2.1. INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA MEC 67/2022

25. A mera apresentação do quadro normativo do problema em questão deixa descortinar fundamentos que impedem tomar a Portaria Interministerial nº 10/2021 e a Portaria MEC nº 67/2022 como atos normativos válidos e eficazes para o reajuste do piso salarial do magistério.

26. Alguns desses fundamentos, aliás, já apareciam nas análises dos órgãos federais, em especial no Parecer nº 00990/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU (SEI 2982772), emitido no âmbito do Processo Administrativo nº 23000.002248/2022-24, no qual o órgão apresentou quatro indefectíveis razões para não se considerar a *Lei do Piso* como a “lei específica” exigida pelo recente art. 212-A, inciso XII, da CF/88 (e, portanto, inviabilizando o reajuste suscitado pelas referidas portarias, que adotam como base essa *Lei do Piso*). As razões apresentadas naquele parecer foram as seguintes:

- “a) caso o constituinte reformador quisesse a manutenção dos critérios da Lei nº 11.738, de 2008, a EC nº 108, de 2020, não fixaria a obrigação de uma nova lei para disciplinar o tema;
- b) de igual modo, quando da publicação da Lei nº 14.113, de 2020, que revogou quase totalmente a Lei nº 11.494, de 2007, o legislador, na mesma oportunidade, caso assim desejasse, reformularia as disposições da Lei nº 11.738, de 2008, adequando-a às novas disposições da EC nº 108, de 2020;
- c) os arts. 4º e 5º da Lei nº 11.738, de 2008, condicionam a aplicação da norma a critérios que deixaram de existir com a entrada em vigor da EC nº 108, de 2020; e
- d) à semelhança da EC nº 53, de 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.”

27. As palavras da Conjur, note-se, são resolutas no sentido de que: (i) a legislação atualmente existente não contempla critério de atualização válido; e (ii) é necessária a criação de uma nova lei para regulamentar especificamente o piso salarial para os profissionais do magistério. Logo, as Portarias não são ato normativos válidos e eficazes (tampouco suficientes) para a realização do reajuste.

28. A orientação posterior dos órgãos de consulta federais, no sentido de viabilizar uma interpretação jurídica para permitir o reajuste do piso por meio Portaria no ano de 2022, enquanto não houvesse a nova lei específica, é uma anomalia jurídica decretada por esses

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



próprios órgãos de consulta federais. O “puxadinho” jurídico criado – que desdiz a orientação anterior –, com a devida vênia, coloca em dúvida inclusive a desejável independência desses órgãos em relação ao Poder Executivo.

29. Nesse sentido, é necessário demarcar três pontos sobre o quadro normativo apresentado.

30. Primeiro, os próprios limites de validade da *Lei do Piso*, com a edição da EC n. 108/2020, são questionáveis. Isso porque esta lei visa (expressamente) a regulamentar o art. 60 do ADCT, e esse art. 60 não mais subsiste na forma de sua redação anterior, em relação a qual a lei fora criada. Ou seja, o ato normativo regulamentado é outro. Além disso, o novo texto constitucional remete, em seu art. 212-A, XII, a regulamentação do piso a uma **lei nova e específica**. Uma vez instituído um novo sistema de financiamento da educação, é sólida assim a hipótese de que a *Lei do Piso* (sistema da EC n° 53/2006) não está recepcionada por esse novo sistema (sistema da EC n° 108/2020 – Novo Fundeb).

31. Segundo, ainda que se entenda recepcionada a *Lei do Piso* perante o novo sistema constitucional, é inarredável que essa lei remete as bases da atualização do piso à *Lei do Antigo Fundeb*, a qual, além de não ser uma lei nova e específica, encontra-se expressamente revogada. Desse modo, há indubitável vácuo legislativo deixado pelo legislador ordinário nesse tema, o que foi reconhecido, repita-se, pelos próprios órgãos de consulta federais.

32. Terceiro, a natureza dos atos administrativos elaborados incompatibiliza-se com qualquer força normativa autônoma. Pareceres não possuem natureza normativa, sendo classificados como atos enunciativos (isso é, de mera opinião). Já Portarias – sejam elas Ministeriais ou Interministeriais – possuem natureza de ato normativo, porém de caráter infralegal (isso é, são atos administrativos, não legislativos). Assim, não possuem o condão de suprir o referido vácuo legislativo, sob pena de franca violação ao princípio da legalidade e da hierarquia de normas. Em outras palavras e sem rodeios: a Portaria MEC n° 67/2022 (fundamentada em pareceres e outras portarias), por isso, é inconstitucional.

33. Esse terceiro ponto, que trata da inconstitucionalidade da Portaria MEC em razão da ofensa aos princípios da legalidade e da hierarquia de normas é detalhado no item seguinte (2.1.1). Depois, são apresentados outros fundamentos de inconstitucionalidade (2.1.2).

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



2.1.1. Ofensa ao princípio da legalidade e da hierarquia de normas

34. Repise-se, ainda que sob pena de tautologia: a Portaria MEC nº 67/2022, assim como toda e qualquer Portaria, configura-se como ato administrativo, não se constituindo, portanto, em instrumento do processo legislativo a ser atribuído eficácia de lei.

35. No julgamento da ADI nº 4.848/DF, o STF decidiu pela constitucionalidade de Portaria do MEC determinar a atualização do piso do magistério, com a fixação da seguinte tese: “*É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica*”.

36. Essa decisão, porém, fundamentava-se na **premissa** da existência de uma lei federal, a qual servia de arrimo à Portaria. Desse modo, a Portaria fundamentava sua eficácia material e formal em lei prévia, no seguinte sentido:

“13. Esse pano de fundo deixa clara a ausência de violação aos princípios da separação dos Poderes e da legalidade, já que o piso salarial é previsto e tem os critérios de cálculo da atualização estabelecidos na Lei 11.738/2008, sendo fixado um valor mínimo que pode ser ampliado conforme a realidade de cada ente. Como destacado pela Procuradoria Geral da República, os atos normativos do Ministério da Educação, em verdade, apenas delimitam os parâmetros para adequação das legislações.”

37. No caso em tela, consoante explicitado acima, dada a revogação da Lei nº 11.738/2008, inexistente fundamento material e formal da Portaria. Não há ato legislativo válido e eficaz para dar arrimo à Portaria, a qual cambaleia no mundo jurídico sem qualquer sustentação.

38. A questão sobre a constitucionalidade da Portaria do MEC, portanto, importa na dúvida sobre a possibilidade de esta Portaria, de modo autônomo, prever a atualização do Piso do Magistério, ou se essa atualização ofende o princípio constitucional da legalidade.

39. Para responder a essa pergunta, é necessário considerar a existência de uma hierarquia das normas a ser respeitada, com o escalonamento dessas, em que a Constituição Federal está no topo, seguido pelas leis e atos administrativos. As Portarias, como atos administrativos, estão na base da estrutura hierárquica, se restringindo a explicar ou especificar dispositivo já disposto

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



em lei (exceção feita ao chamado “regulamento autônomo”), mas nunca contradizendo aquilo que estiver disposto nos escalões superiores.

40. Mostra-se adequado, para a resposta à presente consulta, elaborar melhor essa questão.

41. Hans Kelsen, quando concebeu a estrutura hierarquizada piramidal do Direito como a conhecemos, o fez para sustentar a validade das normas dentro da pirâmide e estabelecer que uma norma deixaria de ser válida quando incompatível com a leitura da norma em grau superior, mediata ou imediatamente. Essa incompatibilidade, todavia, não existe quando a norma de hierarquia inferior harmoniza-se com a de hierarquia posterior, não a contradizendo. A questão toda está em saber, pois, se o ato normativo inferior (no caso, a Portaria MEC) está ou não dentro da “moldura” estabelecida no ato normativo superior. Nas palavras de Kelsen:

[...] a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida norma de escalão inferior [...]

Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menos, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 388.

42. A própria questão do chamado “regulamento autônomo”, tema que chegou ao Direito brasileiro um tanto estigmatizado, deve ser entendida sob esse prisma: os atos normativos de execução, que aparecem em grau inferior de hierarquia, não servem para redizer aquilo que os atos normativos superiores dizem. Fosse isso, não guardariam qualquer utilidade. A ilegalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo de execução é conferida a partir da verificação sobre se o exercício do poder regulamentar foi ou não exercido de modo regular, isso é, na competência e em compatibilidade com a redação do ato superior. Perquire-se, pois, se ele preenche algo que está dentro da moldura do ato de escalão maior.

43. Estando fora da moldura da lei hierarquicamente superior, a Portaria mostra-se inválida, não propriamente e apenas por ser um “regulamento autônomo”, mas por ser incompatível com a moldura estabelecida pelos escalões superiores (Constituição e leis). Por outro lado, estando

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



dentro da moldura dos atos hierarquicamente superiores, a Portaria não fere necessariamente o princípio da reserva legal, por regular *intra* norma (não *extra*) a obrigação por ela já criada – frise-se, regulação nova de obrigação criada na lei –, como ensina Eros Roberto Grau:

Regulamentos autônomos ou independentes são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional, importam exercício de função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência: envolvem, quando necessário, inclusive, a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 253.

44. A questão elementar aqui, portanto, passa pela identificação da moldura dos atos hierarquicamente superiores, o que importa verificar as situações de competência e compatibilidade para a edição de atos inferiores. E, nesse exercício, salta aos olhos o disposto no art. 212-A, inciso XII, da Constituição Federal, com redação dada pela citada Emenda Complementar nº 108/2020, a qual estabeleceu o novo marco regulatório do sistema de financiamento da educação:

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: (...)

XII - **lei específica** disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública; (...). (grifou-se)

45. De acordo com o comando constitucional (ato hierarquicamente superior), é necessária uma lei específica para dispor sobre o piso salarial profissional nacional. Ora, isso subtrai tanto a competência como a compatibilidade da Portaria do MEC (ato hierarquicamente inferior). Subtrai a competência porque a Constituição determina que a regulamentação ocorra por meio de lei em sentido estrito, de competência do Poder Legislativo. Subtrai a compatibilidade porque lei e Portaria possuem naturezas distintas, não se podendo tomar como “lei” aquilo que é trazido no mundo jurídico como “portaria”.

46. Uma vez inexistente a lei específica, como adrede referido, a Portaria não pode criar direitos ou obrigações novos, uma vez que estaria regulamentando diretamente um dispositivo constitucional contra a redação expressa do dispositivo constitucional. Não há, aqui, espaço

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



para o chamado “regulamento autônomo”, uma vez que não há obrigações densusíveis de uma lei se essa lei ainda não existe. Veja-se: aqui sequer se chegou ao plano da validade do ato. Como se sabe, na trilogia existência-validade-eficácia, a existência é pressuposta a validade. No caso, como simplesmente não existe lei, não há de se cogitar sua validade.

47. Desse modo, a Portaria MEC não tem o condão de atribuir direitos ou obrigações, em respeito à hierarquia das normas e em conformidade com o princípio da legalidade, pelo qual as obrigações devem ser oriundas de lei.

48. Cabe aqui colacionar trecho dos ensinamentos do jurista e professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.
(DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros, p. 337)

49. Pelo exposto, portanto, a Portaria deve estar vinculada à legislação pertinente, em conformidade com a hierarquia das normas e o princípio da legalidade, o que não ocorre no caso sob análise. Vale explorar mais esse ponto, ainda que sob pena de tautologia.

50. A Portaria do MEC, que estabelece o reajuste do piso do magistério, conforme já referido, é desprovida de amparo legal, haja vista que foi revogada a Lei nº 11.494/2007, a qual dispunha sobre a base de cálculo a ser utilizada.

51. Ora, a Portaria, ao estabelecer o percentual de reajuste, está fazendo reviver dispositivos de uma legislação expressamente revogada, extrapolando os limites do poder regulamentar em clara afronta à hierarquia das normas e ao princípio da legalidade.

52. Nesse sentido a jurisprudência do STF:

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR-PAT. IMPOSTO DE RENDA. INCENTIVO FISCAL. LEI Nº 6.321/76. LIMITAÇÃO. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 326/77 E INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 143/86. OFENSA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA HIERARQUIA DAS LEIS.

1. **A Portaria Interministerial nº 326/77 e a Instrução Normativa nº 143/86, ao fixarem custos máximos para as refeições individuais como condição ao gozo do incentivo fiscal previsto na Lei nº 6.321/76, violaram o princípio da legalidade e da hierarquia das leis, porque extrapolaram os limites do poder regulamentar.** Precedentes. 2. Recurso especial não provido.

(REsp 990313/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.02.2008, DJ 06.03.2008 – grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. INCENTIVO FISCAL. LEI Nº 6.321/76. LIMITAÇÃO. PORTARIA Nº 326/77 E INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 143/86. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº 282 E 356/STF.

I - As limitações impostas pela Portaria nº 326/77 e pela Instrução Normativa nº 143/86, fixando custos máximos para cada refeição individual oferecida pelo PAT, são **ilegais, porquanto estabelecem restrições que não foram previstas na Lei nº 6.321/76, nem no Decreto nº 78.676/76 que a regulamentou, violando, com isso, o princípio da hierarquia das leis.**

II - A matéria inserta no art. 6º do Decreto-lei nº 1.598/77, apontado como violado, não foi objeto de debate no v. acórdão hostilizado e sequer foram opostos embargos de declaração para suprir a omissão e ventilar a questão federal. Incidem, portanto, na espécie, os enunciados n.º 282 e 356, do STF.

III - Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 157990/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.03.2004, DJ 17.05.2004 p. 108 – grifou-se)

TRIBUTÁRIO. TARIFA PORTUÁRIA. TABELA N. TERMINAL PRIVATIVO. DECRETO-LEI Nº 83/66. LEI Nº 8.630/93.

1. O artigo 76 da Lei nº 8.630/93 revogou expressamente o Decreto-Lei nº 83/66, que autorizava a cobrança da tarifa portuária relativa à Tabela N. Com isso, **em respeito ao princípio da hierarquia das leis, não há como admitir que uma simples portaria (129/93) possa prorrogar a vigência de tarifas estabelecidas por decreto-lei revogado.** (...)

(REsp 101.038/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.08.2004, DJ 06.09.2004 – grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL AUTÔNOMO. DEMONSTRAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IPI. PRAZO DE RECOLHIMENTO. ALTERAÇÃO POR PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

(...) 2. **“É pacífica e remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que norma de hierarquia inferior (portaria) não tem o condão de alterar/modificar disposições contidas em lei (in casu, prazo de recolhimento de IPI) sem que haja expressa autorização legal.”** (REsp, nº 386.420/PR, Relator Ministro José Delgado). 3. Agravo Regimental desprovido.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



(AgRg no REsp 512182/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09.09.2003, DJ 29.09.2003 p. 168 – grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. REGIME ESPECIAL DE EXPORTAÇÃO. RESTRIÇÃO DE BENEFÍCIO DE NÃO INCIDÊNCIA ASSEGURADO POR LEI COMPLEMENTAR. PORTARIA N.º 075 - SEFAZ-MT. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS.

1. O benefício fiscal da não incidência de ICMS sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados ou serviços, é assegurado pela Lei Complementar 87/96, que não impõe qualquer restrição ao seu gozo. **2. Destarte, as exigências impostas pelas Portarias 026/96 e 75/00, da Secretaria de Fazenda do Estado do Mato Grosso, encontram-se eivadas de ilegalidade, porquanto os aludidos diplomas infra legais exorbitam sua função meramente regulamentar, impondo ao contribuinte a necessidade de garantia hipotecária ou fiança bancária para a concessão do referido benefício, restringindo direito subjetivo assegurado pelos arts. 3º, II, e 32, I, da Lei Complementar 87/96 e afrontando, conseqüentemente, o princípio da hierarquia das leis.** 3. Precedentes: REsp 595.796/MT, DJ 01.02.2006; Res 788.964/MT, DJ 10.04.2006; REsp 418.957/MT, DJ de 26.8.2002; RMS 15.194/MT, DJ de 29.3.2004. 4. Recurso especial provido.

(REsp 853.040/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01.04.2008, DJ 02.06.2008 – grifou-se)

53. Na medida em que a Portaria do MEC tem uma função regulamentar plenamente vinculada, com a função tão somente de explicitar o valor do piso, e se verifica que essa vinculação diz respeito a critérios de atualização relativos à Lei nº 11.494/2007, com seus dispositivos pertinentes revogados, a referida Portaria está vinculada a uma disposição sem validade (como se disse, até mesmo sem existência), perdendo a Portaria, portanto, sua eficácia.

54. Frise-se, não há mais previsão legal para determinação da base de cálculo do reajuste do piso em função da revogação da Lei do Antigo Fundeb.

55. Há, assim, claro abuso de poder regulamentar por parte do Governo Federal, invadindo a competência do Poder Legislativo ao tentar impor determinações sem base legal, segundo critérios sem validade e em desrespeito ao processo legislativo necessário, resultando em vício de inconstitucionalidade formal.

56. Sendo assim, entendemos que a Portaria do MEC, ao não possuir vinculação com legislação vigente, revive dispositivos expressamente revogados, e está, desse modo, desprovida de amparo legal, devendo ser desconsiderada em virtude da sua ilegalidade e inconstitucionalidade, em afronta aos princípios da legalidade e hierarquia das normas.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



2.1.2. Outros fundamentos

57. Além dos citados fundamentos de afronta à legalidade e à hierarquia das normas, que ostentam a inconstitucionalidade mais chapada da Portaria MEC 67/2022, é indisputável também a existência de outros fundamentos em desfavor da eficácia da Portaria, os quais implicam, de alguma forma, também sua inconstitucionalidade. Expõem-se, aqui, três desses fundamentos, cada um bastante em si para a declaração de constitucionalidade:

- (i) Impossibilidade de criação de norma sem disposição;
- (ii) Interferência do Poder Executivo Federal no orçamento de outros poderes, em contrariedade à jurisprudência do STF; e
- (iii) Externalidades econômicas (e éticas) geradas com o “canetaço ministerial”.

58. Em relação ao primeiro fundamento, é preciso atentar ao fato de que a hermenêutica jurídica contemporânea conceitua norma como uma disposição que recebe um significado (GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-43). Isso possui, logicamente, uma dupla consequência: (i) ausente o texto normativo, não se pode falar em norma; e (ii) ausente a interpretação do texto normativo, não se pode falar em norma.

59. Um texto normativo, em sua forma característica, apresenta-se como uma diretiva na forma de proposição (comando), que pode ser visto tanto estática como dinamicamente. Sua visão estática é aquela que reconhece os contornos *in abstracto* do texto. Já sua visão dinâmica permite dar a esses contornos uma aplicação, uma consequência *in concreto*. É apenas nessa visão dinâmica que surge a norma, como produto da interpretação da disposição normativa. Daí porque Peter Häberle, há muito, proclamou: “*Não há norma jurídica, apenas norma jurídica interpretada.*” (in *Zeit und Verfassung*. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich (org.). *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 1976, p. 312. No original: “*Es gibt kein Rechtsnormen, nur interpretierte Rechtstnormen.*”)

60. Trazendo essa lição para o caso concreto, verifica-se a impossibilidade de se estabelecer, como norma, o reajuste do piso do magistério com base na legislação precedente

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



(*Lei do Piso* combinada com a *Lei do Antigo Fundeb*), uma vez que essa legislação foi revogada pelo novo marco regulatório (em especial, a revogação expressa realizada pela *Lei do Novo Fundeb*). Tendo sido revogada, dentre outras disposições, a lei que definia, por remissão na *Lei do Piso*, a base de cálculo para a atualização do piso nacional salarial (como se verá no próximo item do parecer com mais acuidade), a rigor, não há texto normativo e, pois, não há texto normativo a ser interpretado. Isso é: não há norma.

61. Poder-se-ia questionar, nessa esteira, acerca da possibilidade de se utilizar as próprias portarias como “disposição normativa”. Isso representaria, porém, um equívoco crasso em termos de teoria geral do direito. Explica-se.

62. Herbert Hart, filósofo do Direito inglês do século passado, sustentava, na esteira de John Austin, o fato de que a característica mais marcante do direito, em todos os tempos e lugares, consistia no fato de que, com ele, há certos tipos de condutas que deixam de ser opcionais, mas passam a ser obrigatórias. Ao dizer isso, foi instado a responder algumas críticas, no sentido de que nem todas as normas jurídicas possuíam o condão de obrigar alguém a alguma coisa.

63. Para responder à crítica, Hart (in *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995) imortalizou uma divisão até hoje adotada em Teoria do Direito: a divisão entre normas primárias e normas secundárias. As normas primárias são aquelas que regulam a conduta humana (finalidade última do direito); as secundárias, são aquelas cujo fim imediato é a regulação de outras normas, aparecendo, normalmente, como procedimentais ou como normas de definição. As primeiras, pois, obrigam alguém a alguma coisa; as segundas, definem procedimentos ou conceitos para que outras possam obrigar.

64. Nessa esteira, é possível concluir que a definição do valor médio anual por aluno do ensino médio, que é realizado por meio de Portarias, é uma autêntica norma secundária. Ela não possui, em si, o poder de obrigar o poder público. Sua função é aquela de estabelecer um determinado parâmetro. Esse parâmetro, enquanto vigia a Lei do Antigo Fundeb, servia para a definição do reajuste do piso nacional. Com a revogação dessa lei, e ausente a lei específica estabelecida pela Constituição federal, a norma secundária da Portaria não possui consequência para uma norma primária, ante o vácuo legislativo atual para essa norma primária.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



65. Em relação ao segundo fundamento, é importante salientar que a questão do reajuste do piso salarial do magistério não é matéria nova no STF, consoante se pode depreender do já citado julgamento da ADI nº 4848, em cuja ementa o Tribunal Excelso assim determinou:

4. A Lei nº 11.738/2008 prevê complementação pela União de recursos aos entes federativos que não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir os valores referentes ao piso nacional. Compatibilidade com os princípios orçamentários da Constituição e ausência de ingerência federal indevida nas finanças dos Estados.

66. Para o correto entendimento do dispositivo dessa complexa matéria constitucional e orçamentária, é necessário se entender esse ponto com clareza. Afinal, qual o conteúdo desse item 04 e qual a sua eficácia perante o disposto no julgamento da ADI nº 4848?

67. A leitura do disposto demonstra claramente um comando para a União complementar valores aos entes federativos, em relação a diferença necessária para o fiel cumprimento do pagamento atualizado do Piso Nacional dos Professores. Trata-se de exigência constitucional, fundada nos princípios do federalismo cooperativo, da sustentabilidade financeira, da autonomia financeira municipal e da programação de gastos.

68. Quanto a sua eficácia, nota-se um comando com dúplice função.

69. De um lado, exige positiva e imperativamente que a União preveja e complemente com disponibilidade financeira os entes federados, a fim de fiel cumprir os ditames constitucionais.

70. Desse modo, a União deve demonstrar o impacto econômico-financeiro para cada um dos entes federados, assim como a disponibilidade necessária para o fiel cumprimento da decisão do STF. Trata-se de exigência inafastável, que demanda estudos concretos, claros e inequívocos, das necessárias disponibilidades financeiras para o cumprimento dessas exigências orçamentárias.

71. De outro lado, devem existir mecanismos concretos e não meramente formais de transferências reais de valores, periódicos, sustentáveis e sustentados, para a correta manutenção da programação orçamentária e financeira.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



72. A ausência de previsão de complementação e mecanismos concretos de transferência de recursos implica em omissão constitucional que fere de morte a exigência de cumprimento nacional do Piso do Magistério, nos termos propostos pelo próprio Governo Federal, e impede o correto cumprimento do comando da ADI nº 4848.

73. Desse modo, até que demonstrada a previsão orçamentária federal e de seu mecanismo concreto de transferência, torna-se impossível de cumprir a exigência da Corte Suprema, por omissão federal. Trata-se de um ponto sobre o qual devem-se manifestar a AGU e o MEC, o que deve ser realizado antes da implementação de qualquer novo gasto, sob pena de prejuízo municipal e, fundamentalmente, de interferência do Poder Executivo Federal no orçamento de outros poderes, em contrariedade à jurisprudência do STF.

74. Por fim, em relação ao terceiro argumento, há que se pensar nas externalidades econômicas (e mesmo éticas) geradas com o “canetaço ministerial” da Portaria MEC nº 67/2022. Isso significa que essa Portaria deve ser refletida desde uma *ética de resultados*, mas também desde uma *ética de princípios*. E, em ambas as reflexões, percebe-se que elas se alinham no sentido da inconstitucionalidade.

75. Muito ranço há quando se fala em “interpretação econômica do direito”. Todavia, ao se realizar uma avaliação criteriosa desse tema (vide: CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008), percebe-se que o raciocínio consequencialista, embora não possa ser autônomo, é sim necessário para as interpretações jurídicas. Esse exercício, de pensar as consequências – inclusive econômicas –, desloca-se no eixo da importância da realidade para a interpretação jurídica, estando atualmente inclusive disposto na legislação, mais precisamente no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que prescreve: “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*”

76. Em outras palavras, uma interpretação jurídica de caráter decisório deve ser realizada à vista das suas consequências práticas. Não pode o intérprete estar alienado da realidade,

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



tampouco acreditar em uma máxima tal qual “*Fiat iustitia, pereat mundus*”, porquanto sem mundo, não há sequer sentido em se falar na justiça.

77. Voltando esse raciocínio para o caso concreto, percebe-se que, a pretexto de melhor remunerar uma das carreiras estatais (o que é, em si, um intuito louvável) –, o reajuste proposto na Portaria MEC nº 67/2022 (de 33,24%) introduziria aumento desproporcional à inflação, o qual tende a afetar irreparavelmente a saúde financeira dos cofres públicos.

78. Observa-se, nesse sentido, que de acordo com a equipe técnica da CNM, no período 2009 a 2020 o INPC acumulado foi de 80,9%, o salário-mínimo foi reajustado em 124,7%, a receita do Fundeb cresceu 134,8% e o piso magistério nacional do magistério foi reajustado em 203,7%! Em decorrência, no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) 2019, em 5.041 Municípios, a média dos recursos do Fundeb para remuneração do magistério foi de 75%. Em alguns Municípios esse percentual chega a mais de 100%!

79. Nesse momento, percebe-se que o raciocínio consequencialista (ética de resultados), não é apenas consequencialista. Ele possui importantes externalidades éticas (ética de princípios). Dentre essas citam-se duas:

- (i) a saúde financeira dos cofres públicos é imprescindível não apenas para o pagamento dos próprios professores e de outros servidores, mas também à efetivação de políticas públicas em torno de direitos fundamentais, inclusive o da própria educação, a qual não se sustenta apenas no pilar da valorização dos profissionais da educação por meio de aumentos remuneratórios;
- (ii) um reajuste de 33,24% para uma das carreiras estatais gera disparidade significativa com as demais carreiras estatais (muitas das quais possuem inclusive o vencimento congelado há anos, diante da necessidade de adequações orçamentárias às leis de responsabilidade fiscal), ferindo a isonomia.

80. Esses outros fundamentos aqui trazidos, como referido, também conferem à Portaria do MEC o status de inconstitucionalidade.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



2.2. DA BASE DE CÁLCULO NO REAJUSTE DO PISO DO MAGISTÉRIO

81. Em um primeiro momento cabe, em apartada síntese, discorrer sobre os avanços legislativos mais recentes no sentido de promover políticas públicas de valorização dos profissionais do magistério.

82. A Lei 9.424/96 foi a primeira lei que veio com a proposição de criar um fundo para a valorização do magistério. Em sua ementa, lia-se: “*Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.*” Nesta, assim como nas demais leis que estão sendo abordadas, ficaram estabelecidas formatações de composição do recurso que seria destinado à valorização, bem como a implementação de planos de carreira.

83. Em 2006, a EC nº 53/2006 consignou, por meio do artigo 60 do ADCT, que o Fundeb seria destinado à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, assim como estabeleceu, na alínea “e” do inciso III do mesmo artigo, prazo para fixação, por lei específica, do piso salarial profissional nacional para o magistério.

84. Após a referida Emenda Constitucional, foi criada a Lei nº 11.494/2007, lei que revogou o Fundef e instituiu o Antigo Fundeb, com o objetivo de regulamentar este Fundo, que reiterava em seu artigo 41 a necessidade de fixação, por lei específica, do “*piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica*”.

85. Nessa toada, foi promulgada a Lei nº 11.738/2008 (*Lei do Piso*) com o objetivo de instituir e regulamentar o piso salarial do magistério, em conformidade com o estabelecido na alínea “e” do inciso III do artigo 60 do ADCT vigente na ocasião da edição daquela lei.

86. Mais recentemente, foi aprovada a EC nº 108/2020, que deu nova redação ao artigo 60 do ADCT, suprimindo o disposto na alínea “e” do inciso III deste artigo, bem como incluindo o art. 212-A na CF. Esse dispositivo estabeleceu a destinação de recursos dispostos no art. 212

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



da CF para a manutenção e desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais. Ainda no art. 212-A, inciso XII, consignou a disposição antes citada, nos termos do que suprimido no artigo 60 do ADCT, para estabelecer que “*lei específica disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública*”.

87. Na sequência das alterações promovidas pela EC nº 108/2020, editou-se legislação regulamentando o Novo Fundeb (Lei nº 14.113/2020), a qual revogou parcialmente a Lei do Antigo Fundeb (Lei nº 11.494/2007), permanecendo vigente, também como já referido, mas para completar essa linha de raciocínio, apenas o artigo 12 desta.

88. Apresentado esse breve histórico, cabe entender os reflexos dessas alterações legislativas especificamente com relação ao reajuste do piso do magistério.

89. A Lei nº 11.738/2008, que trata do piso salarial do magistério, em seu artigo 5º, estabelece que o piso salarial do magistério público será reajustado anualmente, assim como o parágrafo único dispõe que a atualização será calculada utilizando como base o percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno (VAA) conforme disposição da Lei 11.494/2007. Vale citar mais uma vez o texto, que será objeto da análise deste item:

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.**

90. É neste ponto que são gerados os seguintes questionamentos:

- a. A Lei nº 9.424/96 foi revalidada com a revogação de Lei nº 11.494/2007?
- b. Há repristinação no caso?
- c. A Lei nº 14.113/2020 retirou a base de cálculo do piso?
- d. Qual a base aplicável?

91. Passamos a analisar cada um dos questionamentos.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



2.2.1. Da não reativação da Lei nº 9.424/1996 com a revogação da Lei nº 11.494/2007 e da não aplicação da repristinação

92. Veja-se que a questão da base de cálculo para o piso do magistério diz respeito à revogação da Lei nº 9.424/96 e da Lei nº 11.494/2007.

93. Ocorre que, embora a Lei nº 11.738/2008 não tenha sido revogada, a Lei nº 11.494/2007 (que faz remissão para definição da base de cálculo a ser utilizada na atualização do piso salarial do magistério público) foi parcialmente revogada, conforme já referido, incluindo-se nessa revogação os dispositivos que estabeleciam o valor anual mínimo por aluno (VAA).

94. Nesse sentido, portanto, **restou revogada a lei que estabelecia a base de cálculo para atualização do piso nacional salarial do magistério**, surgindo aqui o vácuo legislativo detalhado algumas vezes neste parecer.

95. Essa situação acarreta uma **primeira premissa de análise**: a Lei 11.494/2007, que estabelecia a base do piso do magistério, foi revogada.

96. Inclusive esse é o posicionamento do próprio Ministério da Educação, conforme disposto em Nota de Esclarecimento publicada em 14 de janeiro de 2022:

O Ministério da Educação (MEC), em referência à atualização do piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica para 2022, questionou o órgão setorial da Advocacia-Geral da União acerca dos efeitos do novo marco regulatório do financiamento da educação básica, oriundo da promulgação da Emenda Constitucional nº 108/2020 e da nova Lei do FUNDEB (Lei 14.113/2020), na Lei do Piso (Lei 11.738/2008).

Conforme o entendimento jurídico, **o critério previsto na Lei 11.738/2008 faz menção a dispositivos constitucionais e a índice de reajuste não mais condizente com a mudança realizada pela EC nº 108/2020, que cria o novo FUNDEB com características distintas da formatação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006. Entende-se que é necessária a regulamentação da matéria por intermédio de uma lei específica, na forma do disposto no art. 212-A, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.**

(Fonte: <https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/nota-de-esclarecimento/nota-de-esclarecimento-piso-salarial-para-os-profissionais-do-magisterio-publico-da-educacao-basica>)

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



97. A partir dessa premissa e em busca de uma base utilizável, alguns juristas passaram a pensar que a Lei nº 9.424/96 teria sido reativada pela revogação da Lei 11.494/2007, pela aplicação do princípio da repristinação.

98. Ocorre que a repristinação, consoante o parágrafo 3º do art. 2 da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, não ocorre de forma automática ou tácita, mas de forma expressa. Veja-se:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º **Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.** (grifou-se)

99. Nessa linha, não seria possível a aplicação da Lei nº 9.424/96 senão estiver expressamente referido na lei revogadora da Lei do Antigo Fundeb que está a reativá-la.

100. Não é este o caso. A Lei nº 14.113/20 não faz essa reativação expressa; logo, é inconcebível a aplicação da repristinação para se buscar uma base de cálculo na Lei nº 9.424/96.

101. Por fim, como complemento a estas afirmações, traz se os “prints” do site do Planalto, o qual tem por hábito manter as leis revogadas, mas tarjá-las, salientando assim as suas inaplicabilidades:

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.424, DE 24 DE DEZEMBRO DE 1996.

[Regulamento](#)
[Mensagem de veto](#)
[Texto compilado](#)

Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 1º de janeiro de 1998. ~~(Vide Medida Provisória nº 339, de 2006); (Revogado pela Lei nº 11.494, de 2007)~~

§ 1º O Fundo referido neste artigo será composto por 15% (quinze por cento) dos recursos: ~~— (Vide Medida Provisória nº 339, de 2006); (Revogado pela Lei nº 11.494, de 2007)~~

I — da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação — ICMS, devida ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios conforme dispõe o art. 155, inciso II, combinado com o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal; ~~(Vide Medida Provisória nº 339, de 2006); (Revogado pela Lei nº 11.494, de 2007)~~

II — do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal — FPE e dos Municípios — FPM, previstos no art. 159, incisos a e b, da Constituição Federal, e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996; ~~(Vide Medida Provisória nº 339, de 2006); (Revogado pela Lei nº 11.494, de 2007)~~

III — da parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI devida aos Estados e ao Distrito Federal, na forma do art. 9º, inciso II, da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989. ~~(Vide Medida Provisória nº 339, de 2006); (Revogado pela Lei nº 11.494, de 2007)~~

§ 2º Inclui-se na base de cálculo do valor a que se refere o inciso I do parágrafo anterior o montante de recursos transferidos, em moeda, pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios a título de compensação financeira pela perda de receitas decorrentes da desoneração das exportações, nos termos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, bem como de outras compensações da mesma natureza que vierem a ser instituídas. ~~(Vide Medida Provisória nº 339, de 2006); (Revogado pela Lei nº 11.494, de 2007)~~

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.494, DE 20 DE JUNHO DE 2007.

[Mensagem de veto](#)

[Súmula](#)

[Conversão da MPv nº 339, 2006](#)

[Regulamento](#)

[Revogada pela Lei nº 14.113, de 2020, ressaltando o art. 12\).](#)

[Súmula](#)

[Texto para impressão](#)

Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

~~Art. 1º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil, nos termos do [art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT](#).~~

~~Parágrafo único. A instituição dos Fundos previstos no caput deste artigo e a aplicação de seus recursos não isentam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios da obrigatoriedade da aplicação na manutenção e no desenvolvimento do ensino, na forma prevista no [art. 212 da Constituição Federal](#) e no inciso VI do caput e parágrafo único do [art. 10](#) e no [inciso I do caput do art. 1º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996](#), de:~~

~~I - pelo menos 5% (cinco por cento) do montante dos impostos e transferências que compõem a cesta de recursos do Fundeb, que se referem os incisos I a IX do caput e o § 1º do art. 3º desta Lei, de modo que os recursos previstos no art. 3º desta Lei destinados aos referidos neste inciso garantam a aplicação de mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) desses impostos e transferências em favor da manutenção e desenvolvimento do ensino;~~

102. Ainda, para repisar essa questão, observamos que o uso mais corriqueiro da repristinação no ordenamento jurídico brasileiro tem sido nos casos de inconstitucionalidade da norma e não em sua revogação simples. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI REVOGADORA. EFICÁCIA EX TUNC. INAPTIDÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL PARA PRODUZIR QUAISQUER EFEITOS. INOCORRÊNCIA DE REVOGAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE LEI.

1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*.

2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



3. A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula ex tunc, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente.

4. No caso dos autos, foi declarado inconstitucional o art. 25, § 2º, da Lei 8.870/94, que determinava a revogação do art. 22, I, da Lei 8.212/90, alterando a base de incidência da contribuição da folha de pagamentos para o faturamento. Não tendo essa lei, porém, face ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, jamais sido apta a realizar o comando que continha, vigeu e vige, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inciso I, da Lei 8.212/90, que determina que as empresas de atividade rural recolham a contribuição sobre a folha de salários.

5. Embargos de divergência parcialmente conhecidos, e nesta parte, não providos.

(REsp 445455 / BA EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2004/0073436-0, Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 09/11/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 05/12/2005 p. 20 RDDT vol. 125 p. 136 RSTJ vol. 200 p. 37)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. EXISTÊNCIA DE MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211/STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. REPRISTINAÇÃO DA NORMA REVOGADA PELA LEI VICIADA. CÁLCULO DA EXAÇÃO NOS MOLDES DA LEI REVOGADA. EFEITO LÓGICO DECORRENTE DA REPRISTINAÇÃO. EXEGESE DO RESP 1.136.210/PR, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C DO CPC). SÚMULA 83/STJ.

1. Impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. Aplica-se o princípio da vedação da repristinação, disposto no art. 2º, § 3º, da LINDB, aos casos de revogação de leis, e não aos casos em que ocorre a declaração de inconstitucionalidade, pois uma lei inconstitucional é lei inexistente, não tendo o poder de revogar lei anterior.

3. A repristinação da lei anterior impõe o cálculo da exação nos moldes da lei revogada, sendo devida a restituição tão somente da diferença existente entre a sistemática instituída pela lei inconstitucional e a prevista na lei repristinação, caso haja.

Exegese que se infere do entendimento firmado no REsp 1.136.210/PR, da relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Incidência da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1517667 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2015/0043449-3 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 28/04/2015 Data da Publicação/Fonte DJe 06/05/2015)

103. Nesse cenário, a inventiva interpretação da Conjur, que sugere a utilização, para 2022, da atualização do piso conforme o marco regulatório anterior (baseado na Lei nº 11.738/2008 e na Lei nº 11.494/2007) ofende o ordenamento jurídico, pois repristina, pela via hermenêutica, regra expressamente revogada – a rigor, sequer existente no mundo jurídico –, sendo inviável o reconhecimento de qualidade de “norma” (disposição ao qual se dá um significado capaz de

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



coerção) sem a respectiva disposição, o que equivaleria conceder eficácia sem validade e validade sem existência.

104. Neste sentido, compreendemos que não há reativação da base de cálculo descrita na lei 9.424/96 de forma automática e não expressa com a revogação da lei 11.494/2007.

2.2.2. Da erosão da base de cálculo do piso do magistério

105. Veja-se que o Governo Federal, apesar do consignado acima, no ímpeto de prestigiar a classe do magistério, que deve ser reconhecida e deve ter seus proventos dignos, calhou por propor o reajuste por meio de Portaria utilizando justamente a base de cálculo para atualização do piso do magistério conforme dispositivos de lei já revogados. Ou seja e à vista de todo o exposto até aqui: tal reajuste não possui amparo legal pela impossibilidade de tais dispositivos tornarem a vigorar para fins da atualização do piso salarial.

106. O que sucede, no caso, é que o critério de atualização do piso foi excluído do sistema legislativo em função da revogação parcial da Lei nº 11.494/2007 restando, conforme já referido, um vácuo legislativo por falta de base legal.

107. Ressalta-se que a revogação da Lei nº 11.494/2007 foi expressa, conforme disposição do artigo 53 da Lei 14.113/2020:

Art. 53. Fica revogada, a partir de 1º de janeiro de 2021, a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, ressalvado o caput do art. 12 e mantidos seus efeitos financeiros no que se refere à execução dos Fundos relativa ao exercício de 2020.

108. Tal revogação inclusive pode ser inferida da simples consulta à legislação no site do Governo Federal na internet, em que os dispositivos da Lei 11.494/2007, com exceção do *caput* do artigo 12, encontram-se tachados:

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

[LEI Nº 11.494, DE 20 DE JUNHO DE 2007.](#)

[Mensagem de veto](#)

[Vigência](#)

[Conversão da MPv nº 339, 2006](#)

[Regulamento](#)

[\(Revogada pela Lei nº 14.113, de 2020, ressaltando o art. 12\)](#) [Vigência](#)

[Texto para impressão](#)

Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil, nos termos do [art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT](#).

Parágrafo único. A instituição dos Fundos previstos no caput deste artigo e a aplicação de seus recursos não isentam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios da obrigatoriedade de aplicação na manutenção e no desenvolvimento do ensino, na forma prevista no [art. 212 da Constituição Federal](#) e no inciso VI do caput e parágrafo único do [art. 10](#) e no [inciso I do caput do art. 11 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996](#), de:

I - pelo menos 5% (cinco por cento) do montante dos impostos e transferências que compõem a cesta de recursos do Fundeb, a que se referem os incisos I a IX do caput e o § 1.º do art. 3.º desta Lei; de modo que os recursos previstos no art. 3.º desta Lei somados aos referidos neste inciso garantam a aplicação do mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) desses impostos e transferências em favor da manutenção e desenvolvimento do ensino;

II - pelo menos 26% (vinte e cinco por cento) dos demais impostos e transferências;

109. Nesse sentido, a revogação e consequente eliminação normativa referida foi resultado de um ato do legislador, válido e deliberado, não existindo, ainda, qualquer determinação legal para que tal normativa mantenha-se eficaz para certas circunstâncias ou por determinado tempo. Tampouco há lei nova determinando de forma expressa que a lei anteriormente revogada deve retornar a produzir efeitos.

110. Posicionamento diverso, pela validade da utilização de base de cálculo consubstanciada em legislação não mais em vigor, afronta sobremaneira o princípio da legalidade, conforme o disposto no inciso II do artigo 5º da CF estabelecendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

111. É necessária uma nova regulamentação legal para a atualização do piso nacional do magistério – de caráter específico, com qualidade de lei em sentido estrito, alinhada ao novo marco regulatório introduzido pela Emenda Constitucional nº 108/2020, e preferencialmente construída de modo dialogado com as demais esferas da federação –, devendo esta regulamentação, associada a Lei nº 14.113/2020, preencher o vácuo legislativo deixado pela revogação da Lei nº 11.494/2007 dispondo sobre os parâmetros específicos da atualização.

112. Dessa forma, identificado um vácuo legislativo na questão, resta prejudicada a Portaria que pretende impor o reajuste do piso salarial do magistério, haja vista tal medida extrapola os seus limites como norma infra legal.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



2.2.3. Da sugestão da base de cálculo do PL nº 2.075/2021

113. A questão aqui tratada é objeto do Projeto de Lei nº 2.075/2021, que visa a regulamentar “o inciso XII do caput do artigo 212-A da CF/88 para instituir o piso salarial profissional nacional para os professores do magistério público da educação básico.”

114. Entre as disposições do PL está justamente a alteração da base de cálculo da atualização do piso salarial profissional nacional do magistério, que não mais seria relacionado ao Valor Anual Mínimo por Aluno, passando a utilizar o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, conforme dispõe em seus artigos 2º e 4º:

Art. 2º Em 1º de maio de 2022, o valor do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$2.886,24 (dois mil e oitocentos e oitenta e seis reais e vinte e quatro centavos) mensais, **reajustado pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC no ano de 2021.**

Art. 4º A partir de 2023, o piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de maio, pela **variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC nos doze meses do exercício financeiro anterior à data do reajuste.**

115. Inclusive, como justificativa do Projeto, expõe-se que a Lei nº 11.738/2008 está desatualizada em função das alterações promovidas pela EC nº 108/2020, a qual dispõe sobre o novo Fundeb assim como prevê, pela redação já citada do artigo 212-A da CF/88, que “*lei específica disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública*”.

116. Na justificativa para o PL, salienta-se também que a Lei 11.738/2008 está desatualizada justamente quanto à referência ao valor anual mínimo por aluno para definição do critério de atualização anual do piso do magistério, uma vez que no novo Fundeb estão previstos valores anuais mínimos diversos daquele.

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



117. Nesse sentido, percebe-se que o movimento legislativo, esfera competente para tratar da questão através de lei específica, é no sentido exatamente oposto ao adotado de forma irregular pelo MEC por meio das Portarias Interministerial e Ministerial.

118. O PL define, como base de cálculo para o reajuste do piso do magistério, o INPC, e não mais o valor anual mínimo por aluno estabelecido na revogada Lei 11.494/2007. Essa a sugestão de *lege ferenda* a ser dada a matéria, em linha com o PL já em tramitação.

2.3. DA SOLUÇÃO TRANSITÓRIA: O CRITÉRIO DE REAJUSTE ATÉ A EDIÇÃO DA LEI ESPECÍFICA DE QUE TRATA A CF

119. Embora haja um PL em tramitação com a sugestão de uma nova base de cálculo para o reajuste do piso nacional do magistério, esta solução não se mostra possível, inclusive para não se incorrer em contradição. Ora, assim como uma lei revogada não pode servir de base de cálculo para o reajuste, uma lei ainda não sancionada e vigente também não pode servir de base de cálculo para o reajuste. A eficácia de uma lei revogada e de um projeto de lei, afinal, é a mesma: nenhuma.

120. Nesse cenário, de ausência da “lei específica” exigida pelo art. 212-A, inciso XII, da CF, introduzido pela citada Emenda Constitucional nº 108/2020, deve-se buscar, em interpretação sistemática, a partir de disposições existentes, válidas e eficazes – em solução de caráter transitório –, algum parâmetro de atualização.

121. À vista de alguns caminhos possíveis, o caminho que entendemos mais seguro e natural ao intérprete mostra-se a utilização dos parâmetros consolidados pelo STF para as condenações da Fazenda Pública. Explica-se.

122. Havia algumas indefinições sobre a correção monetária e os juros moratórios nos casos de condenação da Fazenda Pública, mais precisamente em relação ao índice a ser fixado, em razão do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425.

123. Essas indefinições vieram a ser dissipadas com o julgamento, pelo STF, do RE 870.947, no qual viram-se formuladas as seguintes teses, em sede do Tema n. 810 de repercussão geral:

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



1) O art. 1o-F da Lei no 9.494/97, com a redação dada pela Lei no 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5o, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1o-F da Lei no 9.494/97 com a redação dada pela Lei no 11.960/09; e

2) O art. 1o-F da Lei no 9.494/97, com a redação dada pela Lei no 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5o, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017.

124. Daquele cenário de indefinições, pode-se dizer, assim, que se passou a um cenário de algumas certezas sobre o tema da correção, ao menos em relação ao seguinte ponto: a adoção do IPCA-E como índice de correção monetária, tanto para créditos anteriores como posteriores à constituição de precatório.

125. Desse modo, considerando a indicação do Tema de repercussão geral para os casos de atualização de créditos não tributários, sugere-se, em caráter temporário, a adoção do IPCA-E como índice de atualização para o piso nacional do magistério até ulterior lei específica.

3. RESPOSTA À CONSULTA E RECOMENDAÇÕES

3.1. RESPOSTA À CONSULTA

126. Em face das ponderações expostas acima, opinamos no seguinte sentido:

- (i) *Quanto à questionamento sobre a constitucionalidade da Portaria MEC nº 67/2022, compreendemos que ela é inconstitucional, uma vez que: (i) a Portaria não possui qualquer vinculação legal, o que se faz necessário; (ii) ao não possuir vinculação com legislação vigente, a Portaria revive dispositivos expressamente revogados, e está, desse modo, desprovida de amparo legal, afrontando os princípios da legalidade e hierarquia das normas; e (iii) a*

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



Portaria cria norma sem disposição, além de ofender interpretações de caráter consequencialista e, mesmo, éticas;

- (ii) Quanto ao questionamento sobre a retirada base de cálculo do piso do magistério pela Lei nº 14.113/2020, compreendemos que de fato não há, atualmente, lei vigente que trate de forma clara e expressa sobre a base de cálculo do piso do magistério.*
- (iii) Quanto ao questionamento da reativação da Lei nº 9.424/96 pela revogação da Lei 11.494/2007 e se há repristinação no caso, compreendemos que a Lei nº 14113/2020, ao revogar a Lei nº 11.494/2007, deveria ter reativado a Lei nº 9.424/96 de forma expressa, uma vez que o instituto da repristinação tácita vai de encontro ao art. 2, § 3º, da LINBD;*
- (iv) Quanto ao questionamento sobre a base aplicável, compreendemos que deve ser editada lei específica que trate do tema, sendo que temos em tramitação o PL nº 2.075/2021, criado por iniciativa da CNM, que sugere como correção do piso o INPC com base em análises econômicas;*
- (v) Quanto ao questionamento sobre a solução temporária de reajuste, até a edição da “lei específica” exigida pelo art. 212-A, inciso XII, da CF, compreendemos que o caminho mais seguro e natural ao intérprete mostra-se a utilização dos parâmetros consolidados pelo STF em tema de repercussão geral (Tema 810, RE 870947) para os casos de atualização de créditos não tributários, adotando-se assim o IPCA-E como índice de atualização para o piso nacional do magistério até ulterior lei específica.*

3.2. RECOMENDAÇÕES

127. Em face das ponderações expostas acima, opinamos no seguinte sentido:

- (i) ajuizamento de ADI para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos infralegais, em especial a Portaria MEC nº 67/2022 (isso deve ser realizado por algum dos legitimados inscritos no rol do art. 103 da CF, considerando que o STF considerou que a CNM, no ordenamento jurídico atual, não possuiria esta legitimidade);*

CONSULENTE:



CONSULTADOS:



- (ii) *ajuizamento de pedido cautelar nesta ADI para estabelecer o IPCA-E durante a sua tramitação, como medida transitória até a aprovação de lei específica sobre a atualização; e, em não sendo ajuizada a ADI ou havendo a necessidade de defesa dos seus interesses,*
- (iii) *os Municípios devem impetrar mandado de segurança (ou ajuizar outra ação judicial de conteúdos declaratório e mandamental) para se proteger contra atos administrativos que eventualmente determinarem a aplicação do índice da Portaria ministerial.*

Almejando termos enfrentado as questões suscitadas do modo mais judicioso e prudente, é o que nos parece.

Paulo Caliendo^{1*}

Mártin Haerberlin^{2}**

^{1*} Doutor em Direito (PUCSP) e em Filosofia (PUCRS). Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito Tributário (Universidade de Munique) e MBA em Finanças Empresariais (FGV). Graduado em Direito (UFRGS). Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Advogado inscrito na OAB/RS nº 33.940, na OAB/DF nº 52.763 e na OAB/SC nº 49.777. E-mail: caliendio@caliendoadvocacia.com.br. Link para currículo completo: <http://lattes.cnpq.br/9047483160060734>.

^{2**} Doutor em Direito (PUCRS). Mestre em Direito do Estado (PUCRS). Graduado em Direito (PUCRS). Estudos de pós-doutorado na Faculdade de Economia (UFRGS) e Pesquisador Visitante no Instituto Max-Planck. Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter. Advogado inscrito na OAB/RS nº 61.698 e na OAB/DF nº 66.423. E-mail: mphaeberlin@gmail.com. Link para currículo completo: <http://lattes.cnpq.br/5190995351722855>.