

A VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO E A INEFICÁCIA TÉCNICA DA LEI 11.738 DE 16 DE JULHO DE 2008

Há muito vem se discutindo a implementação da Lei 11.738/08, com o fito de dar plena vigência ao dispositivo Constitucional inserto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 60, III, "e"). Referida implementação vem causando dissabores em face da ineficácia técnica que permeia a aludida lei.

É notório e sabido que os administradores públicos estão vinculados aos princípios que regem a administração pública, a saber, o famoso "LIMPE", ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos estes insculpido nos ditames do art. 37, "caput", da Constituição Federal.

Ocorre que, os atos tendentes ao cumprimento de comando normativo devem estar em consonância com todo o ordenamento jurídico e, como bem sabemos, em nosso País há um emaranhado de leis que acabada por engessar o administrador que deve optar prudentemente pela aplicação de comandos normativos que se contrapõem, sempre respeitando sua hegemonia.

Nesse sentido, correto afirmar que a eficácia técnica da Lei 11.738/08, a qual institui o piso nacional do Magistério, fica comprometida. Senão entenda.

A sobredita lei foi criada em ano eleitoral, precisamente em 16 de julho de 2008, quando o processo eleitoral já havia se iniciado. O comando veiculado no art. 3º, I, da Lei 11.738/08, sofreu veto jurídico naquele momento, pois o citado inciso veiculava a implementação já para o ano de 2008, de 1/3 do valor diferencial entre o piso e a remuneração auferida, retroativo a 1º de janeiro de 2008.

Na bem aplicada hermenêutica, as razões de veto tiveram as seguintes razões, segue:

Razões do Veto

"O art. 3º determina a vigência do piso salarial a contar do ano de 2008 e prevê, em seu inciso I, que a primeira parcela seja integralizada, de forma retroativa, tendo como marco inicial a data de 1º de janeiro de 2008. Estabelece, portanto, a obrigação de pagar ainda neste exercício financeiro a diferença a que farão jus os profissionais do magistério.

Os Estados e Municípios, por meio de suas entidades representativas, manifestaram-se no sentido de que tal comando impõe aos entes federados uma obrigação que não pode ser cumprida, contrariando, assim, o interesse público. Isso porque se determinassem a realização do aumento, ainda em 2008, estariam contrariando frontalmente o disposto no art. 169 da Constituição Federal, que impõe que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração na Administração Pública deve contar com previsão específica na respectiva lei orçamentária, o que seguramente não ocorreu.

No caso particular dos municípios, a situação é ainda mais grave, haja vista que a realização de eleições municipais neste ano os submete a restrições específicas da legislação eleitoral e da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em seu art. 21, parágrafo único, proíbe expressamente o aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato.” (grifos nosso).

Não poderíamos deixar de trazer a baila, até mesmo para deixar claro ao leitor, o que preceitua a Carta da República em seu art. 169, *in verbis*:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A **concessão de qualquer vantagem** ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, **só poderão ser feitas:** [\(Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - exoneração dos servidores não estáveis. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

Não menos importante é trazer a lume o que preconiza o art. 21, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), vejamos:

Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: (grifos nossos).

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no [inciso XIII do art. 37](#) e no [§ 1º do art. 169 da Constituição](#);

II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. (grifos no original).

Nesse caminhar, quando do envio para aprovação ou veto da comentada lei de valorização do magistério, além do veto acima mencionado, o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União, houveram por bem vetar também o art. 7º, da Lei 11.738/08, o qual impunha ao administrador público ato de improbidade administrativa a inobservância da lei em comento, com os seguintes argumentos:

"Art. 7º Constitui ato de improbidade administrativa a inobservância dos dispositivos contidos nesta Lei, sujeito às penalidades previstas pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992."

Razões do Veto

"O art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, relaciona os atos de improbidade atentatórios aos princípios da Administração Pública. Consistem em ações ou omissões capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Portanto, a conduta de violação da lei já está consubstanciada na Lei de Improbidade Administrativa.

Saliente-se que a mera inobservância de dispositivo legal não é capaz de configurar o ato de improbidade, restando indispensável a comprovação da deslealdade ou da desonestidade para com a administração. **O escopo da lei é punir o administrador desonesto, e não o inábil ou o que não possua os meios materiais de cumprir as determinações legais, notadamente as de ordem financeira.** O mero erro legal do agente, sem desonestidade ou má-fé, não configura ato de improbidade.

Assim, apenas por expressa determinação legal, inserida no art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, é que se admite a penalização por conduta culposa. Destarte, entende-se que art. 7º do projeto não pode ser sancionado, pois a interpretação do dispositivo fora do sistema traçado pela Lei de Improbidade pode ensejar a penalização equivocada de condutas não dolosas." (grifos nossos).

Indigitados artigos são necessários para o que se passa a aduzir, pois, inegavelmente, estamos diante de ineficácia técnica da Lei 11.738/08. Todavia, o presente artigo tem por fito elucidar aspectos legais e matérias da execução da citada lei e, despretensiosamente, haja lei ou não, a valorização dos profissionais do magistério é, sem dúvidas, merecida.

Pois bem, na esteira de todo o exposto, faz-se salutar descrever que a lei para atender as finalidades para qual foi editada, deverá atender ao rigor específico do processo legislativo.

Desta feita, atendidos os requisitos de validade para sua edição, há que se velar ainda pela sua harmonia com o ordenamento jurídico vigente. É nesse ponto que atacamos a ineficácia técnica da lei de valorização do Magistério.

O ilustre mestre Paulo de Barros Carvalho, bem acentuou o requisito da eficácia técnica da norma para que possa-se dar a ela plena vigência, anotando:

Sob a rubrica de eficácia técnica vemos a condição que a regra de direito ostenta, no sentido de descrever acontecimentos que, uma vez ocorridos no plano real-social, tenham o condão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos de ordem material que impediam tal propagação.^[1]

Primou, portanto, por asseverar que, para o regular exercício de vigência da norma, há que remover obstáculos de ordem material que impeçam a propagação da norma, ou seja, não basta que a norma exista no ordenamento jurídico, deverá haver também condições econômicas e matérias para sua execução.

Nesse diapasão, é elementar deixar evidente que a execução da norma tem por competência a observância dos preceitos constitucionais, qual seja, lastro e previsão orçamentária.

O legislador ordinário, quando da edição da famigerada lei de valorização do Magistério, acabou por ser omissa quanto à forma de execução com previsíveis repasses federais para tanto.

Assim, forçoso argüir que o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União quando opinaram pelo veto jurídico ao art. 7º, da Lei 11.738/08, acima transcrito, já preverão que o Governo Federal não faria os repasses necessários para a fiel execução da lei em comento.

Municípios pequeninos, sequer, conseguem cumprir com o pagamento do piso salarial previsto pela lei de valorização do magistério, por conseqüência lógica das barreiras Constitucionais orçamentárias e da Lei de Responsabilidade Fiscal, já citados os dispositivos respectivos anteriormente.

Para não nos afastarmos do intuito final do presente artigo, convém citar o que conclui Paulo de Barros Carvalho acerca da ineficácia técnica, registrando:

[...] Diremos ausente a eficácia técnica de u'a norma (ineficácia técnico-sintática) quando o preceito normativo não puder juridicizar o evento, inibindo-se o desencadeamento de seus efeitos, tudo (a) pela falta de outras regras de igual ou inferior hierarquia, consoante sua

escala hierárquica, ou, (b) pelo contrário, na hipótese de existir no ordenamento outra norma inibidora de sua incidência. A ineficácia técnica será de caráter semântico quando dificuldades de ordem material impeçam, interativamente, a configuração em linguagem competente assim do evento previsto, quando dos efeitos para ele estipulados. Em ambos os casos, ineficácia técnico-sintática ou técnico-semântica, as normas jurídicas são vigentes, os sucessos do mundo social nelas se realizam, porém incorrerá o fenômeno da juridicização do acontecimento, bem como a propagação dos efeitos que lhe são peculiares. (grifos nossos). [2]

Incorre que, estamos diante de ineficácia técnico-semântica da norma, uma vez que as circunstâncias que circundam o cumprimento da Lei 11.738/08, é de impossibilidade material para a plena vigência da lei.

Ora, poderíamos até dizer que trata-se de ineficácia técnico-sintática, por limitação imposta pelo art. 169 da CF/1988, cumulado com os ditames do art. 21, da LRF, todavia, assim não é, haja vista que havendo lastro orçamentário e previsão em lei específica o cumprimento poderá ser desencadeado normal e legalmente.

Entretanto, não é o que ocorre. Quase que na totalidade dos municípios brasileiros, a execução da lei de valorização do Magistério encontra barreiras materiais, quais sejam, a falta de repasse do Governo Federal para fiel execução da comentada lei.

Os administradores públicos dos municípios, por sua vez, em detrimento do orçamento decorrente de arrecadação de tributos e repasses de verbas "carimbadas" (verbas específicas para determinadas áreas) e da legislação que orienta a execução das atividades públicas limitando gastos e impondo regras rígidas, acabam por negar vigência plena a lei de valorização dos Profissionais do Magistério.

Em nosso pensamento, s.m.j., não estamos diante de descumprimento de lei, mas sim da imposição do princípio da legalidade e da hermenêutica jurídica que impõe ao administrador público a submissão as imposições legais de interpretação conforme a Constituição Federal.

Portanto e finalmente, não há que se falar em descumprimento de lei, mas sim em observância a premissa maior imposta pela ordem Constitucional vigente em nosso País.

DR. THIAGO DE CARVALHO ZINGARELLI
Advogado na ZINGARELLI & LOURENÇO ADVOGADOS