

## VOTO

**A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora):**

### **Contexto decisório**

1 . Conforme exposto no relatório, o problema jurídico posto para deliberação versa sobre a validade constitucional da inclusão de despesas com contribuições complementares destinadas a cobrir déficit financeiro de regime próprio de previdência (RPPS) de servidores aposentados e pensionistas originários da área da educação como despesa com manutenção e desenvolvimento de ensino (art. 21, §§ 4º e 5º, da Resolução 238/2012 do TCE/ES e art. 17, §§ 2º e 4º, da Resolução 195/2004 do TCE/ES), em face dos parâmetros normativos de controle dos arts. 22, XXIV, 24, IX, §§ 2º e 4º, 167, IV, e 212 da Constituição Federal e do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Vale dizer, se os §§ 4º e 5º do art. 21 da Resolução TC 238/2012 padecem de inconstitucionalidade formal e material por violação dos arts. 22, XXIV, 24, IX, §§ 2º e 4º, 167, IV, e 212, *caput*, todos da Constituição Federal, bem como do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT.

2 . Segundo a interpretação defendida pela autora, os novos mecanismos de fiscalização, instituídos pelos §§ 4º e 5º do art. 21 da Resolução TC 238/2012 do TCE-ES, permitiram que o valor destinado à cobertura do déficit financeiro do regime próprio de previdência social (RPPS), utilizado para complementar o pagamento de aposentadorias e pensões de servidores públicos originários da educação, permanecesse contabilizado como despesa com manutenção e desenvolvimento do ensino de forma indevida.

De acordo com a narrativa inicial, o procedimento de fiscalização, em verdade, facilitou o atingimento do percentual mínimo constitucional de 25% em despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino e a consequente aprovação das prestações de contas anuais pelo Tribunal de Contas estadual, órgão responsável pela edição da Resolução (*Parecer Prévio TC 50/2015, anexo VIII, da manifestação juntada pelo Ministério Público de Contas*). Essa facilitação viabilizada pelo conjunto normativo e procedimental comprometeu o projeto constitucional desenhado para a tutela da educação e, por conseguinte, para a sociedade capixaba.

3 . A autora, em um segundo momento, requereu o aditamento à inicial, com o objetivo de impugnar o complexo normativo da matéria, a fim de se evitarem os efeitos repristinatórios do ato normativo na situação de procedência da ação. Prosseguindo, portanto, impugnou a Resolução 195 do TCE/ES, de 20 de abril de 2004 – posteriormente revogada pela edição da Resolução 238/2012 –, que, ao dispor sobre as despesas com inativos e pensionistas da área de educação, definiu, no art. 17, §§ 2º e 4º, que a contribuição previdenciária incidente sobre remunerações de servidores vinculados ao ensino poderia ser considerada como de manutenção e desenvolvimento educacional.

Conforme assinala: “ *Essas normas da Resolução 195/2014, do TCE/ES, conteriam, em princípio, as mesmas inconstitucionalidades apontadas na petição inicial desta ação direta. O Supremo Tribunal Federal entende ser possível, em parecer da Procuradoria-Geral da República, aditar a petição inicial para incluir na pretensão declaratória normas que façam parte do mesmo complexo normativo. Nesse sentido, o decidido nas ADIs 2.982-QO/CE e 3.660/MS, ambas da relatoria do Min. GILMAR MENDES, DJ de 12.11.2004 e DJe de 9.5.2008*”.

4 . Importante registrar, por ser relevante para a contextualização do problema jurídico-constitucional e suas implicações para o adequado financiamento da educação pública, enquanto direito fundamental e elemento estruturante na edificação de um Estado constitucional, a observação trazida pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, em sua manifestação na qualidade de *amicus curiae* : “ *Consoante levantamento realizado pelo MPC-ES, entre janeiro de 2009 e abril de 2017, o montante de recursos públicos que deixaram de ser aplicados na educação do Estado do Espírito Santo com fundamento nas resoluções emanadas pelo órgão guardião das finanças públicas alcança a vultosa quantia de aproximadamente 3,98 bilhões de reais, o que equivale a praticamente um terço da receita total do Estado do Espírito Santo estimada para o ano de 2017*” .

O Ministério Público de Contas elucida, forte na análise que justificou o pedido de desaprovação das contas prestadas pelo Governador do Estado do Espírito Santo no ano de 2014, registrada no Parecer PPJC 3684/201525 (documento juntado), o procedimento e as normas que possibilitaram a alegada subtração do recurso da manutenção e desenvolvimento do ensino,

com fundamento na Resolução 238/2012. Para tanto, esclareceu questões de fato necessárias à compreensão da aplicação e dos reflexos orçamentários, financeiros e contábeis desta.

### **Da admissibilidade da ação constitucional**

5 . Reconheço a cognoscibilidade do pedido de declaração de inconstitucionalidade deduzido na presente ação direta contra o art. 21, §§ 4º e 5º, da Resolução 238/2012 e o art. 17, §§ 2º e 4º, da Resolução 195/2004 do TCE/ES, por se tratar de ato normativo que, destinado a expressar imperatividade e coerção estatais, reúne as características da abstração, da generalidade, da autonomia e da impessoalidade. É, por isso, perfeitamente impugnável pela via processual objetiva eleita, nos termos dos arts. 102, I, “a”, e 103, § 3º, da Constituição da República e 3º, I, da Lei nº 9.868/1999, bem como na esteira de reiterados precedentes formados por esse Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da admissão do processo de fiscalização normativa *in abstracto* de constitucionalidade quando o ato normativo objeto da impugnação reveste-se de coeficiente de normatividade suficientemente apto a qualificá-lo como ato normativo de caráter primário ou autônomo.

Nessa linha, os precedentes formados nos seguintes julgamentos: ADI 5543, Relator Ministro Edson Fachin, DJ 21.52020, ADI 4874, Relatora Ministra Rosa Weber, DJ 01.02.2019, ADI 3.731-MC/PI, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 29.8.2007, ADI 4.105, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 17.6.2010, ADI 2.439/MS, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13.11.2002, ADI 2.308-MC/DF, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 05.10.2001.

Atendidos, ainda, os pressupostos formais de admissibilidade, **conheço** da ação direta e passo ao exame do **mérito**.

### **Do aditamento à petição inicial**

6. Em manifestação, a Procuradoria-Geral da República, na condição de autora, requereu aditamento à inicial para incluir no complexo normativo impugnado o art. 17, §§ 2º e 4º, da Resolução nº 195, de 20 de abril de 2004, sob o fundamento de que a aludida disposição também disciplinava a matéria referente a despesas com inativos e pensionistas na área de educação, guardando relação de identidade normativa com a questão da

contribuição previdenciária incidente sobre remunerações de servidores vinculados ao ensino e seu enquadramento para fins de manutenção e desenvolvimento educacional.

Transcrevo abaixo o teor do dispositivo invocado, comparando-o com aquele questionado na inicial:

### **Resolução 238/2012**

#### **Art. 21, §§4º e 5ª Resolução n. 195/2004**

**Art. 17, §§ 2º, 4º Art. 21** . Os recursos disponíveis nas contas citadas nos arts. 8º , 9º , 11, 12, 15 e 16 desta Resolução, deverão ser aplicados diretamente na manutenção e no desenvolvimento do ensino, conforme especificado no art. 70, respeitadas as vedações impostas pelo art. 71, ambos da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

**§4º** As despesas com contribuição complementar destinadas a cobrir déficit financeiro do RPPS, estabelecidas pela lei complementar estadual 282/2004, no tocante a inativos e pensionistas originários da educação, custeados com os recursos de que trata o caput do artigo 21, serão considerados como de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos desta Resolução.

**§ 5º** Aplica-se a exceção prevista no parágrafo anterior também no âmbito dos municípios que disponham de regime próprio de previdência social, caso haja déficit financeiro no sistema e expressa previsão em lei (parágrafo acrescentado pela Resolução nº 260/2013 – DOE 22.5.2013).

**Art. 17.** Os recursos disponíveis nas contas citadas nos arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10 e 11, desta resolução, deverão ser aplicados na manutenção e no desenvolvimento do ensino, conforme especificado no art. 70, respeitadas as vedações impostas pelo art. 71, ambos da Lei federal 9.394/96, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional. [...]

**§2º** As despesas com pessoal inativo, originário da educação, custeados com os recursos de que trata o caput deste artigo, respeitadas as hipóteses previstas e lei e excetuadas expressamente aquelas despesas custeadas pelos

respectivos regimes próprios de previdência social, serão consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos desta resolução. [...]

**§4º** As despesas com as contribuições previdenciárias dos entes estatais, incidentes sobre as remunerações dos servidores vinculados ao ensino, se custeadas com os recursos das contas bancárias de que trata o caput deste artigo serão considerados como de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos desta resolução.

O pedido de aditamento à inicial em parecer da Procuradoria-Geral da República é admissível, conforme jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a saber:

EMENTA: Questão de ordem. 2. Extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. 3. Inconstitucionalidade por arrastamento. 4. Explicitação no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade alcança os seguintes dispositivos: no art. 5º, a expressão "acrescida e calculada juntamente com a Taxa Judiciária e quotas para a Associação Cearense dos Magistrados, para a Associação Cearense do Ministério Público e para a Caixa de Assistência dos Advogados"; o art. 22; no art. 25, a expressão "outra para o recolhimento dos valores destinados aos órgãos de classe especificados no Art. 5o desta Lei"; e o art 28 da Lei nº 12.381, de 9 de dezembro de 1994, do Estado do Ceará. (ADI 2.982-QO, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 12.11.2004)

Considerado o aditamento à inicial, ainda que em momento posterior às manifestações e informações juntadas no processo, **conheço** do pedido formulado, porquanto trata de dispositivo normativo de conteúdo análogo ao impugnado na inicial, cuja causa de pedir é convergente, fato que afasta qualquer prejuízo ao contraditório e ao devido processo constitucional.

#### **Da inconstitucionalidade formal e material: argumento por precedente**

7. A Constituição Federal, no desenho do sistema de repartição de competência, definiu competir à União privativamente legislar sobre matéria de diretrizes e bases da educação nacional, conforme o texto prescrito na regra do art. 22, XXIV. Em cumprimento ao comando normativo constitucional, assim como em adimplemento ao dever

fundamental de proteção adequada do direito à educação, a União editou a Lei nº 9.394/1996, cujo objeto circunscreve-se às linhas edificantes do sistema nacional de educação, denominada como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

No contexto normativo da política nacional de educação, a Lei 9.394/1996 regulamentou especificamente a questão das despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino nos arts. 70 e 71. A disciplina normativa explicitou um rol das despesas incluídas e excluídas nessa categoria, de modo a estabelecer um autêntico critério de pertinência temática entre as despesas e suas finalidades direcionadas às atividades educacionais primárias. Embasado nessa premissa, no desenho legislativo, com relação às despesas que não se identificam e relacionam com promoção e implementação dos objetivos básicos das instituições educacionais, fora excluída a categoria de fato aposentadorias e pensões de servidores públicos originários da educação, ainda que a título de complementação.

Da leitura dos arts. 70 e 71, infere-se a exclusão de despesas com pessoal docente e demais trabalhadores da educação quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e ao desenvolvimento do ensino (art. 71, VI). E, por outro lado, inclui como despesa a remuneração e o aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação (art. 70, I).

Frente a esse cenário normativo, o art. 21, §§ 4º e 5º, da Resolução 238/2012 do TCE/ES, ao regulamentar a inclusão do pagamento de aposentadorias e pensões de servidores públicos originários da educação como despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, em sentido contrário ao texto da legislação federal, usurpou a competência privativa da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, motivo que justifica o vício da inconstitucionalidade formal.

Nessa linha interpretativa, identifico e aplico os precedentes formados nos julgamentos da ADI 3.669, da ADI 4.720, da ADI 2.501 e da ADI 1.399.

**8 . Não obstante a inconstitucionalidade formal, igualmente está configurada a inconstitucionalidade material.** As disposições normativas impugnadas, ao vincular receitas derivadas de impostos ao pagamento de despesas com proventos e aposentadorias, violam diretamente os arts. 167, IV, e 212, *caput*, da Constituição Federal.

**9 .** Como fundamentou a Ministra Cármen Lúcia, no voto condutor do julgamento da ACO 2.799 (decisão à unanimidade deste Plenário), sobre a

vinculação de recursos à educação, a partir de análise da história constitucional e da localização temporal da Lei nº 7.348/1985, objeto da argumentação do Tribunal de Contas/ES, nas informações prestadas: “ *O pagamento de inativos, ainda que eventualmente possa ser considerado gasto com educação, não pode ser contabilizado para fins do percentual de investimento exigido pelo art. 212 da Constituição da República, pois os inativos, por estarem afastados de suas atividades, não contribuem para a manutenção nem para o desenvolvimento do ensino* ”.

Abaixo reproduzo a ementa do acórdão, que relaciona as razões de decidir compartilhadas pelo Plenário, acerca da interpretação do texto constitucional do art. 212 no sentido da impossibilidade de se incluir o pagamento de proventos de inativos no conceito de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. GASTOS DOS ESTADOS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE ENSINO. INCLUSÃO DE DESPESAS COM INATIVOS NO PERCENTUAL EXIGIDO PELO ART. 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. No art. 212 da Constituição da República se exige que os Estados apliquem, no mínimo, vinte e cinco por cento (25%) de sua receita resultante de impostos em manutenção e desenvolvimento do ensino.

2. Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional se considera, para efeitos de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, a remuneração paga aos profissionais da educação que não estejam em desvio de função ou exercendo atividade que não contribua diretamente para o ensino.

3. Impossibilidade de se incluir o pagamento de proventos de inativos no conceito de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, sob pena de descumprimento do art. 212 da Constituição da República.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ACO 2.799 Agr, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Dje 23/04/2020)

**10.** Na mesma linha, as decisões monocráticas proferidas na ACO 3.131/SC (Relator Ministro Roberto Barroso, DJ 31.7.2018) e na ADI 6.049 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 31.1.2019), cujas controvérsias constitucionais versaram questão semelhante.

**11.** Para perfectibilizar o conjunto decisório desta Suprema Corte acerca da interpretação dos limites da competência dos entes federados na

regulamentação da categoria de fato das despesas relacionadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, a teor dos arts. 70 e 71 da Lei Federal nº 9.394/1996, aplico o precedente formado em julgamento recente na ADI 5.719, Rel. Min. Edson Fachin (sessão plenária virtual de 7 a 17 de agosto de 2020, com publicação oficial do acórdão em 09.9.2020).

Primeiro, a fim de demonstrar a semelhança entre os casos e justificar a aplicação do precedente, explico a premissa fática deste: análise da validade da Lei nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo, arts. 26 e 27, que, ao dispor “ *sobre a criação da São Paulo Previdência (SPPREV), entidade gestora do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS) e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo (RPPM)* ”, permitiu ao Estado contabilizar as despesas de natureza previdenciária nos pisos mínimos de aplicação dos recursos obrigatórios em saúde e educação.

Ainda, coloco em evidência a argumentação defendida pela autora da referida ADI 5719, a mesma desta ação, a qual afirma a convergência entre as ações: “ *esta ação visa a suspender lei que permite a inclusão de pagamento de benefícios previdenciários a inativos – tanto sob a forma de custeio direto por meio de pensões ou aposentadorias quanto por cobertura de déficit financeiro do RPPS e do RPPM – nas despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, em razão de sua inconstitucionalidade formal e material.* ”

Após deliberação das abordagens argumentativas, o Plenário, por decisão unânime, declarou “ *a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 27 da Lei Complementar nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo, para que os valores de complementação ao déficit previdenciário não sejam computados para efeitos de cumprimento das vinculações mínimas constitucionais à educação, nos termos do voto do Relator*” .

Restaram definidas sete razões de decidir no referido precedente, quais sejam: (i) competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional; (ii) definição por legislação federal das despesas que podem ser computadas para fins de desenvolvimento e manutenção do ensino; (iii) conceituação pela Lei nº 9.394/1996 de manutenção e desenvolvimento do ensino, a densificar o conceito exposto no art. 212 da Carta Magna; (iv) ausência de espaço legislativo discricionário a ser exercido pelos Estados na regulação da matéria; (v) inconstitucionalidade formal da lei estadual; (vi) não inclusão de gastos com servidores inativos entre as exceções do art. 167; e (vii) o percentual de vinculação de receita

previsto no art. 212 da CRFB representa o mínimo exigido em investimentos na educação.

Transcrevo a ementa do julgado, por traduzir as interpretações jurídicas definidas, que ora compartilho como integrantes da justificação deste voto:

1. A Constituição prevê o dever de aplicação de percentual mínimo para investimentos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

2. A definição de quais despesas podem ou não ser consideradas como manutenção e desenvolvimento de ensino é definida em regra geral de competência da União, qual seja, os artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de nº 9.394/1996. Disposição diversa de lei local significa afronta aos arts. 22, XXIV, e 24, IX da CRFB.

3. O cômputo de despesas com encargos previdenciários de servidores inativos ou do déficit de seu regime próprio de previdência como manutenção e desenvolvimento de ensino importa em violação a destinação mínima de recursos exigida pelo art. 212 da CRFB, bem como à cláusula de não vinculação de impostos do art. 167, IV da CRFB.

4. Ação julgada parcialmente procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade integral do art. 26, I da Lei Complementar nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo e (ii) declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 27 da Lei Complementar nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo, para que os valores de complementação ao déficit previdenciário não sejam computados para efeitos de vinculação ao investimento mínimo constitucional em educação.

**12** . Considerada a justificação desenvolvida, entendo existentes os vícios formal e material de inconstitucionalidade do art. 21, §§ 4º e 5º, da Resolução 238/2012 do TCE/ES e, por arrastamento, do art. 17, §§ 2º e 4º, da Resolução 195/2004 do TCE/ES.

### **Conclusão**

**13** . Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 21, §§ 4º e 5º, da Resolução 238/2012 do TCE/ES e, por arrastamento, do art. 17, §§ 2º e 4º, da Resolução 195/2004 do TCE/ES.

**É como voto.**

*Plenário Virtual - minuta de voto - 25/09/2020 00:00*