



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.691/ES**

**RELATORA:** MINISTRA ROSA WEBER

**REQUERENTE:** PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**INTERESSADO:** TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**PETIÇÃO AJCONST/PGR Nº 392932/2020**

Excelentíssima Senhora Ministra Rosa Weber,

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento no art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, vem apresentar **RESPOSTA AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** opostos pelo Governador e pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (peça 51 do processo eletrônico), pelas razões de fato e de direito que se seguem.

### 1. DO ACÓRDÃO EMBARGADO

O Supremo Tribunal Federal, em ambiente virtual e por unanimidade de votos, julgou procedente ação proposta pelo Procurador-Geral da República 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, nos termos do voto da Relatora*”. O acórdão ficou assim ementado:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

EMENTA CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO E EDUCACIONAL. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (ART. 22, XIV). RESOLUÇÕES Nº 238/2012 E Nº 195/2004 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO. INCLUSÃO DE ENCARGOS COM INATIVOS DA ÁREA DE EDUCAÇÃO E DE DÉFICIT FINANCEIRO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA DAS DESPESAS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE ENSINO NA LEI Nº 9.394/1996 (ARTS. 70 E 71). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VINCULAÇÃO DE RECEITA DE IMPOSTOS PARA CUSTEIO DE DESPESA NÃO RELACIONADA ÀS EXCEÇÕES ADMITIDAS NO ART. 212, CAPUT, DA CF E NO ART. 60 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRECEDENTES JUDICIAIS. AÇÃO PROCEDENTE.

1. No contexto normativo da política nacional de educação, a Lei nº 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 as suas finalidades direcionadas às atividades educacionais primárias. No desenho legislativo, com relação às despesas que não se identificam e relacionam com a promoção e a 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.

2. 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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*como despesa a remuneração e o aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação (art. 70, I).*

*3. 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.*

*4. Inclusão de encargos relativos a inativos da educação (inclusive déficit do regime próprio de previdência) nas despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino viola a destinação específica dos arts. 212, caput, da CF e 60 do ADCT, além de transgredir a cláusula de não vinculação de impostos do art. 167, IV, da Constituição Federal. Precedentes.*

*5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.*

## **2. DAS RAZÕES DOS EMBARGANTES**

Sustentam os embargantes a ocorrência de omissão no acórdão, no que diz respeito à informação por eles prestada na petição 77387/2020, protocolada em 21.9.2020, acerca da revogação dos dispositivos impugnados por força da Instrução Normativa 64, de 18.9.2020, editada pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

Argumentam que a alteração ou revogação da norma que é objeto de controle enseja a prejudicialidade da ação direta, devendo o feito ser extinto sem julgamento de mérito.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Salientam que, em tais circunstâncias, a jurisprudência da Corte somente excepciona a extinção do feito sem julgamento do mérito quando a revogação do ato impugnado é realizada com o nítido objetivo frustrar a jurisdição constitucional, o que afirmam não ser o caso de que se cogita, uma vez que a revogação promovida na hipótese deveu-se ao advento da EC 108/2020.

Pugnam, ao final, pelo acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes, para que seja reconhecida a perda de objeto, extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

**3. DA REJEIÇÃO DOS EMBARGOS**

Os embargantes requerem que seja sanada suposta omissão para que, reconhecida a revogação do ato normativo alvo desta ação, seja ela julgada extinta sem resolução de mérito, por perda superveniente de objeto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que obsta o prosseguimento da ação direta, por prejudicialidade, modificação substancial da norma impugnada por legislação superveniente.

No entanto, há de se aferir também se a revogação de diplomas legislativos alvo de ação direta não se presta justamente a subtrair o ato normativo do devido controle de constitucionalidade, em prejuízo ao exercício



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

da jurisdição constitucional. A preocupação volta-se a assegurar a autoridade do Supremo Tribunal Federal, bem como a supremacia da própria Constituição e já foi manifestada em precedentes desta Corte:

*CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DA AÇÃO DIRETA. COMUNICAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DO MÉRITO. DESPROVIMENTO.*

*1. Há jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a revogação da norma cuja constitucionalidade é questionada por meio de ação direta enseja a perda superveniente do objeto da ação. Nesse sentido: ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 20.05.1994; ADI 1442, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 29.04.2005; ADI 4620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje, 01.08.2012.*

*2. Excepcionam-se desse entendimento os casos em que há indícios de fraude à jurisdição da Corte, como, a título de ilustração, quando a norma é revogada com o propósito de evitar a declaração da sua inconstitucionalidade. Nessa linha: ADI 3306, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje, 07.06.2011.*

*3. Excepcionam-se, ainda, as ações diretas que tenham por objeto leis de eficácia temporária, quando: (i) houve impugnação em tempo adequado, (ii) a ação foi incluída em pauta e (iii) seu julgamento foi iniciado antes do exaurimento da eficácia. Nesse sentido: ADI 5287, Rel. Min. Luiz Fux, Dje, 12.09.2016; ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje, 17.05.2011; ADI 3.146/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ, 19.12.2006.*

*4. Com maior razão, a prejudicialidade da ação direta também deve ser afastada nas ações cujo mérito já foi decidido, em especial se a revogação da lei só veio a ser arguida posteriormente, em sede de embargos de declaração. Nessa última hipótese, é preciso não apenas impossibilitar a fraude à jurisdição da Corte e minimizar os ônus decorrentes da demora na prestação da tutela jurisdicional, mas*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*igualmente preservar o trabalho já efetuado pelo Tribunal, bem como evitar que a constatação da efetiva violação à ordem constitucional se torne inócua.*

*5. Embargos de declaração desprovidos.*

*(ADI 951-ED, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 20.6.2017.)*

*AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. FIXAÇÃO DO PISO SALARIAL. SUPRESSÃO DA EXPRESSÃO ORA IMPUGNADA POR LEI POSTERIOR. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE.*

*1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a intercorrência de revogação da norma impugnada gera a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, em decorrência da perda superveniente do objeto. Precedentes.*

*2. Exceção à referida diretriz jurisprudencial diante dos casos de eventual fraude processual, ou seja, quando a revogação dos atos normativos visa burlar a jurisdição constitucional da Corte, ocasião em que o julgamento final da ação não fica prejudicado. Hipótese não verificada no presente caso concreto.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(ADI 4.939-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 9.9.2019.)*

*Grifo nosso.*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL QUE DISPÕEM SOBRE O REAJUSTE DA REMUNERAÇÃO DE SEUS SERVIDORES. RESERVA DE LEI. I. PRELIMINAR. REVOGAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA. FRAUDE PROCESSUAL. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO.*

*Superveniência de Lei distrital que convalidaria as resoluções atacadas. Sucessivas leis distritais que tentaram revogar os atos*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*normativos impugnados. Posterior edição da Lei distrital nº 4.342, de 22 de junho de 2009, a qual instituiu novo Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores e revogou tacitamente as Resoluções 197/03, 201/03, 202/03 e 204/03, por ter regulado inteiramente a matéria por elas tratadas, e expressamente as Resoluções nos 202/03 e 204/03. Fatos que não caracterizaram o prejuízo da ação. **Quadro fático que sugere a intenção de burlar a jurisdição constitucional da Corte. Configurada a fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados.** Precedente: ADI nº 3.232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 3.10.2008.*

[...]

*III. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.*  
(ADI 3.306/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 7.6.2011.)

Nesta ação, o indício que conduz à conclusão de que se estaria diante de exceção à regra geral da prejudicialidade é que se procedeu à revogação do diploma normativo objeto da ação direta em 18.9.2020, **dois dias após a inclusão do processo em pauta** (Pauta 128/2020, DJe divulgado em 16.9.2020), ou seja, quando já madura a questão e pronta para apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento iniciou-se em 25.9.2020, quatro dias após noticiada no autos a revogação do ato normativo atacado, em 21.9.2020, tendo a Corte de pronto enfrentado o mérito e declarado a inconstitucionalidade da norma atacada em definitivo.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A edição do diploma revogador deu-se com o alegado fundamento de atender ao que dispôs a Emenda Constitucional 108/2020 no sentido de vedar que despesas com pagamento de aposentadorias e pensões de servidores da educação sejam consideradas como “*de manutenção e desenvolvimento do ensino*” para efeito do art. 212 da Constituição Federal.

Perceba-se que a reforma no texto constitucional fez com que ficasse expressa a proibição que já se podia extrair da interpretação sistemática de outros dispositivos constitucionais e conduzia à inconstitucionalidade formal e material dos parágrafos 4º e 5º do art. 21 da Resolução TC 238, de 15.5.2012, tal como deduzido na inicial e como reconhecido no julgamento desta ação.

O que se verifica, portanto, é que a inconstitucionalidade apontada na petição inicial foi expressamente afirmada pela EC 108/2020, o que torna até recomendável a revogação de leis e de atos normativos com ela contrastantes, de maneira a evitar questionamento sobre a produção de efeitos futuros, mas não torna insubsistente o interesse de agir quanto a declaração de inconstitucionalidade, mesmo diante de alteração do parâmetro de controle (ADI 2.087/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 8.5.2018; ADI 4.696/AC, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 14.9.2017; ADI 4.698/MA, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 11.9.2018).

Veja-se, a propósito, a ementa do seguinte julgado:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*Ação direta de inconstitucionalidade. AMB. Lei 12.398/98 – Paraná. Decreto estadual 721/99. Edição da EC 41/03. Substancial alteração do pagamento de controle. Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC 20/98. Precedentes.*

1. Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação.

2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas. (...).

(ADI 2.15/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 15.12.2010.)

Declarar a prejudicialidade da ação em razão da revogação de norma dias antes de sua apreciação em controle abstrato de constitucionalidade significaria confirmar os atos administrativos praticados com fundamento nela durante todo o período de sua vigência e agasalhar os efeitos perniciosos produzidos por anos, em prejuízo das determinações constitucionais aplicáveis à matéria.

Não se cogita sequer que a reversão do provimento traria benefício em termos de economia processual ou prestigiaria o princípio da eficiência, uma vez que, ultimado o julgamento, já foram dispendidos recursos e tempo do Tribunal.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Conforme notou o Min. Roberto Barroso no julgamento da suprarreferida ADI 951 ED:

*(...) tendo havido enfrentamento do mérito da ação direta, sequer se teria o benefício de poupar os recursos e o tempo do STF para julgamento dos casos de maior utilidade e necessidade. Ao contrário, no presente caso, ter-se-ia uma situação absolutamente paradoxal pela qual, após todo o processamento da ação, concluído o exercício da jurisdição e demonstrada a efetiva violação constitucional, a decisão da Corte não produziria efeito algum, por mera tecnicidade e com base em alegações de índole puramente formal.*

As peculiaridades do processo permitem afastar a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prejudicialidade da ação, considerados **a inclusão do processo em pauta antes da revogação do ato normativo impugnado e o interesse em que, instruído o feito e ultimado o julgamento, sejam afastados os efeitos pretéritos do diploma reconhecidamente inquinado de inconstitucionalidade.** Em casos análogos, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa possibilidade:

*Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei nº 14.506, de 16 de novembro de 2009, do Estado do Ceará. Fixação de limites de despesa com a folha de pagamento dos servidores estaduais do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público estadual. Conhecimento parcial. Inconstitucionalidade.*

*1. Singularidades do caso afastam, excepcionalmente, a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prejudicialidade da ação, visto que houve impugnação em tempo adequado e a sua inclusão em pauta antes do esaurimento da eficácia da lei temporária impugnada,*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*existindo a possibilidade de haver efeitos em curso (art. 7º da Lei 14.506/2009).  
(...).  
(ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17.5.2011.)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. TRANCAMENTO DE PAUTA. ART. 62, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de prejudicialidade: dispositivo de norma cuja eficácia foi limitada até 31.12.2005. Inclusão em pauta do processo antes do exaurimento da eficácia da norma temporária impugnada. Julgamento posterior ao exaurimento. Circunstâncias do caso afastam a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prejudicialidade da ação, visto que o requerente impugnou a norma em tempo adequado. Conhecimento da ação. (...)."  
(ADI 3146, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 19.12.2006.)*

Evidenciada a tentativa de obstar o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em omissão a ser sanada pela via dos embargos de declaração.

#### **4. CONCLUSÃO**

Em face do exposto, o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA requer o desprovemento dos embargos de declaração.

Brasília, data da assinatura digital.

**Augusto Aras**  
Procurador-Geral da República  
*Assinado digitalmente*