

Proc. TC 005.283/2019-1
REPRESENTAÇÃO

PARECER

Trata-se de representação autuada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag), com vistas a avaliar a conformidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade (BEP) na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, instituído pela Medida Provisória 765/2016, posteriormente convertida na Lei 13.464/2017, e dos Honorários Advocatícios de Sucumbência a servidores públicos, regulamentados pela Lei 13.327/2016, diante dos requisitos exigidos na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e, ainda, no artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Cabe fazer breve histórico acerca do processo. Inicialmente, o Relator *a quo* proferiu despacho (peça 5) em que conheceu da representação, facultando ao Ministério da Economia e à Secretaria da Receita Federal que no prazo de 24 horas se manifestassem a respeito dos indícios de irregularidades apontados na peça inicial. O despacho também autorizou a Semag a realizar inspeção no Ministério da Economia e na Secretaria da Receita Federal, conforme escopo que viesse a definir, para apurar os indícios de irregularidades identificados relativos aos pagamentos do BEP.

Realizadas as oitivas dos órgãos responsáveis e a análise das respostas encaminhadas, a Semag identificou diversas irregularidades na formatação do BEP, resumidas no voto condutor da deliberação recorrida, nos seguintes termos (peça 105, p. 3):

- a) Inexistência da Base de Cálculo e de Índices de Eficiência Institucionais previstos em lei formal;
- b) Exclusão dos Bônus de Eficiência e Produtividade da base de cálculo de contribuição previdenciária;
- c) Despesas criadas com a instituição dos Bônus de Eficiência e Produtividade;
- d) Vinculação de espécie remuneratória a índices e indicadores;
- e) Potencial conflito de interesses entre o público e o privado.

O TCU, preocupado com a gravidade dos fatos relatados e com o possível reflexo nas contas do Presidente da República relativas ao exercício de 2019, proferiu, por meio do Acórdão 1.841/2019-Plenário (peça 87), relatado pelo Ministro Bruno Dantas, a seguinte deliberação:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação acerca do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria Fiscal do Trabalho, consoante os dispositivos da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) e demais normativos; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico

9.1. com fundamento no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei Complementar 101/2000, alertar à Casa Civil e ao Ministério da Economia de que eventual não implementação das medidas compensatórias exigidas pela legislação orçamentária, em especial os arts. 14, 16 e 17 da Lei Complementar 101/2000, pode acarretar a incidência do disposto nos arts. 14, § 2º, e 15 dessa norma, ensejando a necessidade de suspensão de benefícios e pagamentos.

Em face desse acórdão, a Advocacia-Geral da União (AGU) opôs embargos de declaração (peça 98), apontando omissões e contradições no julgado, os quais foram enfrentados juntamente com o mérito da representação, dando origem ao Acórdão 1.921/2019-Plenário (peça 102). Por meio da referida deliberação a Corte expediu as seguintes determinações e recomendações aos órgãos responsáveis, além de conhecer e rejeitar os embargos interpostos:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34, da Lei 8.443/1992, conhecer e rejeitar os embargos de declaração interpostos pela União Federal por meio da Advocacia-Geral da União (peça 98);

9.3. determinar ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, bem como nas alíneas “c” e “d”, do inciso I, do art. 3º, e no inciso II do art. 31, todos da Lei 13.844/2019, no inciso X do art. 37, § 1º, do art. 169, e art. 113, do ADCT, todos da CF/1988, e arts. 15, 16, 17 e 21 da Lei Complementar 101/2000, que se abstenham de implementar a remuneração variável a título de pagamento de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho até que sobrevenha lei formal, estabelecendo a composição das bases de cálculo a que se referem o § 4º do art. 6º e o § 4º do art. 16, ambos da Lei 13.464/2017;

9.4. determinar ao Ministério da Economia, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, bem como no inciso II do art. 31 da Lei 13.844/2019, combinado com o § 6º do art. 150, e o § 11 do art. 201, ambos da CF/1988, e com o art. 14 da Lei Complementar 101/2000, que, no prazo de 30 (trinta) dias, adote providências para o estabelecimento de medidas de compensação para a instituição da renúncia de receita previdenciária veiculada pela Lei 13.464/2017, a teor do art. 14 da LRF;

9.5. determinar ao Ministério da Economia, com fundamento no inciso II do art. 31 da Lei 13.844/2019, combinado com o § 2º do art. 17 da Lei Complementar 101/2000, que, no prazo de 30 (trinta) dias, evidencie as medidas compensatórias, por meio do aumento permanente de receitas ou redução permanente de despesas, em montante equivalente ao pagamento da parcela fixa atualmente paga a título de Bônus de Eficiência e Produtividade, tendo em vista a criação e a majoração de despesas obrigatórias de caráter continuado promovidas pela edição da Lei 13.464/2017;

9.6. informar ao Ministério da Economia que eventual não implementação das medidas compensatórias exigidas pela legislação, na forma dos subitens 9.4 e 9.5 acima, pode acarretar a incidência do disposto nos arts. 14, § 2º, e 15, da Lei Complementar 101/2000, ensejando a suspensão dos benefícios e pagamentos;

9.7. dar ciência ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento no inciso II do art. 31 da Lei 13.844/2019, combinado com § 1º do art. 169 e o art. 107 do ADCT, todos da CF/1988, c/c arts. 1º, 15, 16, 17 e 21 da Lei Complementar 101/2000, de que eventual projeto de lei que vise estabelecer medidas necessárias à implementação da remuneração variável paga a título de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho deve conter, no mínimo:

9.7.1. a evidenciação do atendimento aos requisitos insculpidos no § 1º do art. 169 da CF/88;

9.7.2. estimativas de impacto orçamentário-financeiro adequadas e coerentes acerca da majoração dessa despesa;

9.7.3. premissas e metodologia de cálculo utilizadas para se estimar o montante da despesa;

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico

9.7.4. valores estimados que cada beneficiário individualmente irá perceber a título de BEP;

9.7.5. comprovação de que a despesa criada ou majorada não afetará as metas de resultados fiscais;

9.7.6. clara demonstração de que a majoração da despesa será compensada pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;

9.8. recomendar ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, bem como nas alíneas “c” e “d”, do inciso I, do art. 3º, e no inciso II do art. 31, todos da Lei 13.844/2019, no inciso X do art. 37, § 1º, do art. 169, e art. 107, do ADCT, todos da CF/1988, e arts. 1º, 16, 17 e 21 da Lei Complementar 101/2000, que eventual projeto de lei que vise estabelecer medidas necessárias à implementação da remuneração variável paga a título de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho estabeleça:

9.8.1. limite máximo do valor global dessa parcela remuneratória variável;

9.8.2. mecanismos que não vinculem a base de cálculo, a que se referem o § 4º do art. 6º e o § 4º do art. 16 da Lei 13.464/2017, à arrecadação de receitas, visando preservar a lógica pretendida pelo Novo Regime Fiscal;

9.9. encaminhar cópia da presente deliberação à Casa Civil, dado o risco de repercussão dessas questões, se não equacionadas, na apreciação das Contas do Presidente da República referentes ao exercício de 2019, conforme alertado em outras decisões do Tribunal;

9.10. encaminhar cópia da presente deliberação à Secretaria de Fiscalização de Pessoal do TCU, tendo em vista as irregularidades apontadas acerca do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituído pela Lei 13.464/2017, a fim de subsidiar a fiscalização daquela unidade instrutora no âmbito do TC 011.648/2018-0;

9.11. encaminhar cópia dos autos às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como à Procuradoria-Geral da República, tendo em vista os aspectos de constitucionalidade da Lei 13.464/2017 tratados no presente relatório, notadamente aqueles relacionados à instituição de benefício fiscal em desacordo com a Constituição Federal de 1988, à vinculação de remuneração de servidores e ao potencial conflito de interesses na instituição de bônus de produtividade a agentes públicos;

9.12. dar ciência desta deliberação às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, à Procuradoria-Geral da República, ao Ministério da Economia, à Casa Civil da Presidência da República, à Advocacia-Geral da União, à Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, ao Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, ao Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e ao Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho;

9.13. autorizar o Relator, desde logo, a prorrogar monocraticamente os prazos definidos nos subitens 9.4 e 9.5 deste Acórdão, caso seja requerido, de forma justificada, pelo Ministério da Economia. (grifos nossos)

Posteriormente, o Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (Sindifisco Nacional) também opôs embargos de declaração (peça 117), requerendo o saneamento da deliberação, e o Tribunal, por meio do Acórdão por Relação 2.358/2019 – Plenário (peça 131), da relatoria do Ministro Bruno Dantas, decidiu por não conhecer do pedido.

Por fim, a União, por intermédio da AGU, interpôs novo recurso, dessa vez na modalidade de pedido de reexame (peça 120), requerendo o conhecimento e provimento do pedido para afastar os itens 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.9 e 9.13 do Acórdão 1.921/2019 – Plenário (peça 102), e adequar os itens 9.7 e 9.8, para que os requisitos ali indicados fossem direcionados ao ato regulamentador do BEP. Da mesma forma, a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait) interpuseram pedido de reexame em face do julgado (peça 125 e 126, respectivamente), os quais tiveram os exames preliminares de admissibilidade (peças

141-145) ratificados pelo Ministro-Relator, na peça 147, concluindo pelo não conhecimento dos recursos, ante a ausência de legitimidade das referidas entidades. Já quanto ao pedido de reexame interposto pela União, houve o conhecimento do pedido, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.7, 9.8 e 9.9 do Acórdão 1.921/2019-Plenário.

Na fase atual, portanto, discute-se o mérito do pedido de reexame interposto pela União (peça 120) contra o Acórdão 1.921/2019 (peça 102). Em sua análise (peça 170), a Serur reconhece que os argumentos da recorrente estão parcialmente corretos, no sentido de que o Tribunal de Contas da União não detém competência para realizar controle de constitucionalidade das leis ou dos atos normativos *in abstracto*, atribuição exclusiva do Poder Judiciário. A Serur conclui que o Tribunal, ao proferir determinação ao Ministro da Economia e especialmente à Casa Civil para que se abstenham de emitir decreto regulamentador do BEP variável, tendo como base primordialmente interpretação de dispositivo constitucional relativo às atribuições das autoridades ou ao próprio processo de formação das normas jurídicas, realiza controle de constitucionalidade preventivo não inserido nas competências da Corte.

Por outro lado, a Unidade Técnica entende que não configuraria espécie de controle de constitucionalidade proferir apenas recomendação mantendo a mesma redação contida originariamente no item 9.3 do acórdão recorrido. Por fim, em relação aos demais pontos discutidos na peça recursal, a Unidade Técnica defende que os argumentos apresentados pela recorrente não teriam o condão de modificar a deliberação recorrida.

Nesse sentido, a Serur propôs conhecer do recurso interposto pela União e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para, **em substituição à determinação contida no item 9.3 do acórdão recorrido, recomendar** ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento nas alíneas “c” e “d” do inciso I do art. 3º; e no inciso II do art. 31, todos da Lei 13.844/2019, bem como no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal, que se abstenham de implementar a remuneração variável a título de pagamento de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho até que sobrevenha lei formal, estabelecendo a composição das bases de cálculo a que se referem o § 4º do art. 6º e o § 4º do art. 16, ambos da Lei 13.464/2017.

O debate nos autos pode ser delimitado a duas discussões centrais: i) competência do TCU para determinar que o Poder Executivo se abstenha de regulamentar a parte variável do bônus de eficiência pela via infralegal; ii) determinações sobre a adequação do pagamento do BEP às normas orçamentárias, em especial o estabelecimento das medidas de compensação para a instituição da renúncia de receita previdenciária veiculada pela Lei 13.464/2017, a teor do art. 14, 16 e 17 da Lei Complementar 101/2000.

Determinação para que o Poder Executivo se abstenha de regulamentar o BEP

Quanto à primeira questão, vale lembrar que, nos termos da Lei 13.464/2017, o Bônus de Eficiência e Produtividade constituiria parcela, como regra, variável na remuneração das carreiras Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, dependente da regulamentação dos parâmetros essenciais relativos ao índice de eficiência institucional e à base de cálculo. Até que fosse estabelecido esse detalhamento, a norma previu pagamento dos bônus em valores fixos da ordem de R\$ 3 mil para Auditores Fiscais e Auditores do Trabalho e de R\$ 1,8 mil para Analistas Tributários, conforme determinado pela Lei, em seus artigos 11, §2º; e 21, §2º.

A divergência entre o TCU e a União nesse ponto se dá justamente em reconhecer qual espécie normativa é aplicável a essa regulamentação. A União entende que estão presentes na Lei os requisitos necessários para prover a regulamentação do BEP via decreto autônomo. O TCU, entretanto, entende que, dada a ausência de lei formal definindo parâmetros relevantes na composição do BEP, como por exemplo a sua base de cálculo, essa regulamentação pela via infralegal acabaria por violar o art. 37, inciso X, da CF/88, segundo o qual, *“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso”*.

Quanto a essa questão, vale a pena destacar as informações trazidas pela Semag em seu relatório de inspeção, no sentido de que, nos termos dos artigos 5º, §5º, e 15, §5º, da Lei 13.464/2017, o valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade a ser distribuído aos beneficiários do Programa corresponde à multiplicação da base de cálculo do Bônus pelo Índice de Eficiência Institucional, e que esse valor global consiste no montante a ser distribuído entre os beneficiários definidos na Lei 13.464/2017. Nesse sentido, a delimitação da base de cálculo a compor o valor do BEP seria elemento essencial na definição da remuneração dos beneficiários da rubrica e, portanto, deveria estar delineada expressamente em lei específica.

A Semag lembra que, inclusive, a redação original da Medida Provisória 765/2016, que fundamentou inicialmente o Bônus, no §4º do artigo 5º, delineava expressamente a base de cálculo dessa rubrica. Todavia, quando da conversão da medida provisória na Lei 13.464/2017, esses dispositivos foram retirados, o que deixou sem definição a base de cálculo do BEP.

Por outro lado, a União afirma que o TCU busca questionar a opção do legislador por delegar ao regulamento a fixação dos contornos da verba criada pela Lei 13.464/2017, de modo que a determinação contida no subitem 9.3 do acórdão ora recorrido configuraria novamente tentativa de controle difuso de constitucionalidade por parte dessa Corte.

De todo modo, o debate sobre a natureza da espécie normativa aplicável à regulamentação do BEP foge ao escopo dos autos pelo simples fato de que tal regulamentação nem sequer sobreveio ao ordenamento jurídico. A discussão central cinge-se à constitucionalidade da determinação proferida pelo TCU no subitem 9.3 do Acórdão 1.921/2019, no sentido de impedir que o Poder Executivo venha a regulamentar a matéria. Sobre essa questão, vale a pena destacar alguns argumentos pontuados pela Serur (peça 170), com cuja análise anuímos, embora divirjamos parcialmente da proposta final de encaminhamento:

(...) 5.17. Dessa forma, a instituição de decreto para regulamentação de assunto reservado à lei específica, de fato, ultrapassa a competência do Chefe do Poder Executivo e deve ser objeto de enfrentamento por esta Corte.

5.18. Todavia, ao se debruçar sobre a manifestação da unidade técnica transcrita no relatório do acórdão recorrido (peça 106 – itens 113 a 136) e os votos condutores do julgado (peças 104 e 105), não obstante se observe referência a dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e normas constitucionais de finanças públicas, é forçoso reconhecer que esse ponto gira em torno primordialmente da inconstitucionalidade na edição de possível decreto autônomo, em afronta ao inciso X do artigo 37 da Constituição Federal. Não se desconhece nesta instrução o papel essencial que a base de cálculo do BEP tem sobre exigências da LRF, conforme será discutido abaixo.

5.19. Mas, igualmente, é posicionamento de todos que o tratamento da base de cálculo do BEP por decreto constitui inconstitucionalidade formal, por se referir a matéria reservada a lei específica, nos termos do artigo 37, inciso X, da Constituição Federal.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico

5.20 Esta Corte, em atendimento à proposição da unidade técnica, optou por tratar a questão de forma preventiva e proferir, por meio do item 9.3 do acórdão recorrido, transcrito uma vez mais, para melhor entendimento, determinação ao Ministério da Economia e à Casa Civil, para que se abstenham de dispor sobre o tema de outra forma senão por lei formal: 9.3. determinar ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, bem como nas alíneas “c” e “d”, do inciso I, do art. 3º, e no inciso II do art. 31, todos da Lei 13.844/2019, no inciso X do art. 37, § 1º, do art. 169, e art. 113, do ADCT, todos da CF/1988, e arts. 15, 16, 17 e 21 da Lei Complementar 101/2000, que se abstenham de implementar a remuneração variável a título de pagamento de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho até que sobrevenha lei formal, estabelecendo a composição das bases de cálculo a que se referem o § 4º do art. 6º e o § 4º do art. 16, ambos da Lei 13.464/2017;

5.21. Em que pese se refira ao Ministério da Economia e à Casa Civil, por certo, a determinação se direciona, em primeira medida, ao Presidente da República, em acintoso controle de constitucionalidade preventivo pelo TCU. Apesar de salutar a intenção de proteção prévia das contas públicas, nesse caso específico, a forma de controle encontrada pela Corte não encontra guarida na Constituição Federal.

(...) 5.32. Assim, não obstante correto o posicionamento desta Corte em relação à inconstitucionalidade de eventual decreto autônomo acerca da regulamentação da base de cálculo do valor global do BEP, a opção por realizar determinação ao Chefe do Poder Executivo se apresenta como controle de constitucionalidade abstrato preventivo pelo TCU.

5.33. Por certo, cabe forte recomendação sobre a matéria, nos exatos termos colocados pela deliberação recorrida no item 9.3, opção que possibilita a manutenção dos itens 9.7 e 9.8 e respectivos subitens do julgado em debate, além do encaminhamento dessa e de outras questões tratadas nos autos ao Procurador-Geral da República, legitimado à representação por inconstitucionalidade

De fato, assiste razão a Serur no sentido de que a determinação contida no subitem 9.3 do acórdão proferido configura controle de constitucionalidade preventivo, competência essa privativa do Poder Judiciário. Convém salientar, inclusive, sobre decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes, proferida no âmbito do Mandado de Segurança 35.498/DF, impetrado pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do trabalho (Sinait) em face das decisões proferidas no âmbito do TC 021.009/2017-1, no qual o ministro suspende deliberações do Tribunal nos casos concretos constantes daquele processo, manifestando-se, nos seguintes termos em relação a esse possível controle exercido pelo TCU:

Haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Tribunal de Contas da União, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder. **Dessa forma, a Constituição Federal não permite ao Conselho Nacional de Justiça, tampouco ao Tribunal de Contas da União, o exercício do controle difuso de constitucionalidade, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo.** (grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, se ao TCU não é dado proferir determinação no caso em análise sob pena de realizar controle prévio de constitucionalidade e extrapolar o escopo das competências que lhe são constitucionalmente atribuídas, entendemos, com base nos mesmos fundamentos, não lhe caber expedir recomendação com o mesmo teor. A despeito de a medida sugerida pela Serur, a recomendação, não ser compulsória, aspecto em que se diferencia da medida anteriormente adotada, o fato é que o objeto recomendado permanece sendo a possível afronta de eventual decreto editado pelo Poder Executivo à reserva legal insculpida no art. 37, inciso X, da Carta Política.

Ou seja, em última análise o TCU estaria a recomendar, de maneira prévia, que o Poder Executivo não exerça nesse ponto específico sua função Constitucional de regulamentar a lei, ante o entendimento de que isso afrontaria a Constituição. Parece-nos que recomendação com tal teor importaria em idêntica análise prévia da constitucionalidade da matéria, veiculando novo, porém suave, controle concentrado de constitucionalidade.

No mais, convém destacar que a matéria já está judicializada em processo adequado para que a Suprema Corte se manifeste especificamente sobre a possível afronta à reserva legal e ofensa ao art. 37, inciso X da CF/88, que o Poder Executivo incorreria ao publicar eventual decreto a fim de regulamentar o BEP (ADI 6562).

Desse modo, sem desconsiderar a independência das instâncias, mas estando a matéria *sub judice* em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF, foro competente para assentar, de maneira definitiva, a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) da lei, pensamos ser desaconselhável a emissão de qualquer recomendação pelo TCU neste momento, devendo-se aguardar o posicionamento da Suprema Corte acerca do tema.

Adequação do pagamento do BEP às normas orçamentárias

Quanto à segunda questão, convém inicialmente esclarecer que a Medida Provisória 765/2016 e a posterior Lei 13.464/2017 estabeleceram, de acordo com os artigos 14 e 24, que a parcela remuneratória relativa ao BEP não constituiria base de cálculo da respectiva contribuição previdenciária. Em processo anterior, nos autos do TC 021.009/2017-1, o TCU atacou a constitucionalidade desse dispositivo, considerando o fato de que a rubrica geraria reflexos também nos benefícios de inativos e pensionistas.

Já nos presentes autos, o TCU não teria discutido a constitucionalidade dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017, mas sim sua adequação às normas de finanças públicas, entendendo que, se houve a criação de uma nova despesa obrigatória de caráter continuado, dever-se-ia exigir a comprovação de que esse gasto não afetou as metas de resultados fiscais, devendo os respectivos efeitos financeiros ter sido compensados ou pelo aumento permanente da receita ou pela redução permanente da despesa.

Além disso, e principalmente, o Tribunal entendeu que a dispensa da contribuição previdenciária sobre o BEP configuraria hipótese de isenção tributária, importando em renúncia de receita, e que assim deveria obedecer aos requisitos exigidos no art. 14 da LRF, para a continuidade do seu pagamento, quais sejam: a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes; b) atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias; ou c) alternativamente: c.1) demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; c.2) estar acompanhada de medidas de compensação, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Em resumo, a Corte de Contas afirmou que as medidas legislativas aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira e em inobservância ao que determina a legislação vigente, especialmente o artigo 167 da Constituição Federal, o artigo 113 do ADCT, os artigos 14, 15, 16 e 17 da LRF, bem como os dispositivos pertinentes da LDO em vigor, somente podem ser aplicadas se fossem satisfeitos os requisitos previstos na citada legislação. Essa lógica justificou as determinações contidas nos itens 9.4 e 9.5 do Acórdão ora recorrido.

Já a AGU diverge desse posicionamento, salientando que a tese encampada pela Lei 13.464/2017 seria a de não-incidência de contribuição previdenciária sobre o BEP, de modo que inexistiria renúncia de receita sujeita ao inciso II do art. 14 da LRF e que, portanto, não haveria que se falar em medidas de compensação e muito menos em condições de eficácia da Lei. Defende ainda que o Bônus de Eficiência não é uma verba que se incorpora aos proventos de inatividade e à pensão, pois esse pagamento ocorre em percentuais decrescentes a cada ano e que estacionam no importe de 35% a partir de dez anos de inatividade ou de pensão. Por outro lado, se fosse uma verba incorporada à inatividade, não haveria o decréscimo, mas, ao revés, incidiria a regra da paridade, ainda vigente para casos pretéritos, embora revogada desde a Emenda Constitucional 41/2003.

Por fim, a AGU salienta que a Semag buscou diferenciar o feito dos outros processos tramitados no TCU que já tratam do Bônus, restringindo sua análise à abordagem orçamentária e contábil, bem como aos impactos fiscais associados, o que deixaria de fora questões como, por exemplo, a natureza jurídica da parcela e sua inserção ou não no campo de incidência tributária. Contudo, alega que tal ressalva seria contraditória, pois a definição pela incidência de contribuição previdenciária sobre o BEP teria o inexorável efeito de significar que o Bônus é hipótese de incidência da contribuição previdenciária, e essa premissa repercutiria diretamente no regime de pagamento do Bônus a inativos e pensionistas.

Sobre essas questões, a Serur não vislumbrou qualquer irregularidade, mas sim a atuação escoreta dessa Corte na materialização das normas constitucionais e legais de finanças públicas, que se aplicam às despesas criadas pela Lei 13.464/2017, sem que se constitua controle de constitucionalidade. Além disso, entendeu desnecessário que essa Corte se manifeste sobre a repercussão do posicionamento acerca da natureza jurídica de possível renúncia fiscal vinculada ao BEP sobre o regime de pagamento do Bônus a inativos e pensionistas. Aduziu que a exclusão do Bônus da base de cálculo da contribuição previdenciária trata-se de isenção relacionada à própria regra matriz de incidência do tributo e, para o que interessa aos presentes autos, enseja repercussões nas regras delimitadas pela LRF, não havendo necessidade, nesta assentada, de se manifestar sobre eventual regime de pagamentos. Além disso, a própria sistemática estabelecida pela Lei 13.464/2017 desconsideraria o regime de aposentadoria dos beneficiários, de maneira que a discussão sobre os pagamentos do Bônus no regime de paridade dos servidores não teria correlação com a solução das controvérsias levantadas nos presentes autos.

Apesar de serem fortes os argumentos desenvolvidos pela Serur quanto à necessidade de adequação do pagamento da BEP às normas orçamentárias, pedimos vênias para defender que a definição da natureza jurídica da parcela é matéria prejudicial à definição de quais dispositivos legais sobre finanças públicas são aplicáveis ao caso. De fato, o entendimento sobre como essa rubrica repercute no regime de pagamentos traz uma visão crítica para definir se os artigos 14 e 24 da Lei 13.464/2017 tratam de uma isenção tributária ou de uma hipótese de não-incidência, como defende a AGU. Também é relevante a questão levantada sobre que efeitos essa contribuição previdenciária geraria sobre o regime de pagamento de aposentados e pensionistas, caso se entenda que a hipótese da lei é a de isenção fiscal.

Ocorre, entretanto, que nenhum desses temas está em discussão nos presentes autos. A propósito, vale dizer que a própria Serur mencionou a existência de processo (TC 011.648/2018-0) constituído anteriormente à autuação do presente em que se discute justamente a natureza jurídica dessa parcela, tema de veras controverso dada as peculiaridades dos diferentes regimes de pagamentos aplicáveis. Cabe informar, por oportuno, que o citado processo, de relatoria do E. Ministro Benjamin Zymler, se encontra sobrestado, até que sobrevenham julgamentos definitivos em mandados de segurança em trâmite no STF, conforme despacho contido à peça 13 daqueles autos.

Assim, temos que a definição da natureza jurídica do BEP é questão prejudicial à discussão sobre a adequação dos respectivos pagamentos às normas orçamentárias, e que tal matéria está

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico

pendente de decisão nos autos do TC 011.648/2018-0, sobrestado por força de Mandados de Segurança impetrados na Suprema Corte.

Desse modo, tendo em vista a prevenção do TC 011.648/2018-0 para examinar a definição da natureza jurídica do BEP, pensamos que tal matéria não deva ser enfrentada nestes autos. A fim de que não ocorra o necessário sobrestamento também os presentes autos, aguardando a definição da Suprema Corte, sugerimos que esse assunto seja remetido ao TC 011.648/2018-0, para que, quando do seu julgamento, o tribunal defina também os aspectos relacionados à adequação do pagamento do BEP às normas de finanças públicas.

Do exposto, anuímos parcialmente à proposta da Unidade Técnica, opinando, entretanto, que o item 9.3 do Acórdão recorrido seja excluído; e que se remeta a análise dos aspectos relacionados à adequação dos pagamentos do BEP às normas orçamentárias, especialmente o artigo 167 da Constituição Federal, o artigo 113 do ADCT, os artigos 14, 15, 16 e 17 da LRF, bem como os dispositivos pertinentes da LDO em vigor, aos autos do TC 011.648/2018-0.

Ministério Público, em 23 de fevereiro de 2021.

Assinado Eletronicamente
Marinus Eduardo De Vries Marsico
Procurador