

13/04/2021

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO SINAIT
ADV.(A/S) : CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA
PROC.(A/S)(ES) : AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE APOSENTADORIAS CONCEDIDAS A SERVIDORES DETENTORES DO DIREITO AO RECEBIMENTO DO “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA”, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo.

2. Decisão do TCU que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), considerou ilegais e denegou o registro de aposentadorias de servidores que teriam o direito de auferir em seus proventos a gratificação denominada Bônus de Eficiência e

MS 35812 / DF

Produtividade, criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017.

3. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos REGISTROS, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, acordam em conceder a segurança para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos registros, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros EDSON FACHIN e MARCO AURÉLIO. Os Ministros ROBERTO BARROSO e ROSA WEBER acompanharam o Relator com ressalvas. Falou, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União.

Brasília, 13 de abril de 2021.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

13/04/2021

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : **SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO SINAIT**
ADV.(A/S) : **CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo **Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT** contra acórdãos do **Tribunal de Contas da União**, os quais concluíram pela inconstitucionalidade do implemento de parcela remuneratória (Bônus de Eficiência e Produtividade previsto na Lei Federal 13.464/2017) e negaram o correspondente registro, apesar de, ao final, condicionarem a exclusão da vantagem à eventual desconstituição da medida liminar concedida no Mandado de Segurança 35.498, de minha relatoria.

Na inicial, o impetrante alega, em síntese, que: (a) se insurge contra os seguintes Acórdãos proferidos pelo TCU: 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018; (b) mesmo reconhecendo a existência de decisão liminar proferida pelo STF, a qual impede o corte do Bônus de Eficiência e Produtividade, o TCU insiste em negar o registro das aposentadorias e pensões, apesar de condicionar a exclusão do bônus à eventual desconstituição da medida liminar concedida no Mandado de Segurança 35.498; e (c) a conduta do TCU viola os princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, bem como o direito adquirido e a segurança jurídica, além de desrespeitar a Súmula Vinculante 10 e aplicar

MS 35812 / DF

indevidamente a Súmula 347 do SUPREMO.

Requer, “seja deferida a liminar para determinar que se afaste a ameaça de lesão, para que a Autoridade Coatora seja compelida a suspender os efeitos dos Acórdãos nº 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, tendo em vista que o STF, por meio da liminar no processo MS 35.498, impediu o Tribunal de Contas da União de declarar a inconstitucionalidade do bônus de eficiência previsto na Lei nº 13.464/2017, e que a pecha de ilegalidade do ato administrativo de aposentadoria se fundamenta apenas e tão somente em razão do pagamento do bônus de eficiência previsto nos §§2º e 3º do art. 17 da Lei nº 13.464/2017, que julgaram as aposentadorias dos servidores ilegais com fundamento na inconstitucionalidade do bônus, portanto, requer a suspensão dos acórdãos acima citados, bem como de qualquer outro que venha a ser publicado pelo TCU nos mesmos termos”.

No mérito, requer “seja julgado procedente o pedido para determinar que o Impetrado cumpra a decisão judicial integralmente, ou seja, que se abstenha de julgar ilegais as aposentadorias com base no recebimento do Bônus de Eficiência nos termos dos §§2º e 3º do art. 17 da Lei nº 13.464/2017 e, com isso, que em razão do recebimento do bônus de eficiência por parte dos auditores do trabalho, os mesmos não sejam punidos” (fls. 45-46).

Em 13/8/2018, deferi a medida liminar requerida para determinar ao Tribunal de Contas da União que: a) reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos REGISTROS, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017; b) ressaltando a imposição de condição resolutive, quanto ao pagamento da parcela referente ao Bônus de Eficiência e Produtividade, a depender da conclusão do Mandado de Segurança 35.498, de minha relatoria.

Por meio do Aviso 860-GP/TCU (docs. 15 a 37), a autoridade apontada como coatora prestou as informações requisitadas.

Em 8/10/2018, o TCU interpôs recurso de agravo contra a decisão

MS 35812 / DF

que deferiu a medida liminar requerida (doc. 43).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *writ*, com a consequente cassação da liminar deferida (doc. 53):

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COM VISTAS A “DETERMINAR QUE O IMPETRADO CUMPRA A DECISÃO JUDICIAL INTEGRALMENTE, OU SEJA, QUE SE ABSTENHA DE JULGAR ILEGAIS AS APOSENTADORIAS COM BASE NO RECEBIMENTO DO BÔNUS DE EFICIÊNCIA NOS TERMOS DOS §§ 2º E 3º DO ART. 17 DA LEI Nº 13.464/2017 E, COM ISSO, QUE EM RAZÃO DO RECEBIMENTO DO BÔNUS DE EFICIÊNCIA POR PARTE DOS AUDITORES DO TRABALHO, OS MESMOS NÃO SEJAM PUNIDOS”. LIMINAR DEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELA UNIÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. IMPETRAÇÃO BUSCA O CUMPRIMENTO DA DECISÃO LIMINAR CONCEDIDA NO MS 35.498/DF. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE LITISPENDÊNCIA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MANIFESTAÇÃO PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, COM A CONSEQUENTE CASSAÇÃO DA LIMINAR INICIALMENTE DEFERIDA; PREJUDICADO O EXAME DO AGRAVO INTERNO.

É o relato do essencial.

13/04/2021

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se, conforme relatado, de Mandado de Segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT contra acórdãos do Tribunal de Contas da União, os quais concluíram pela inconstitucionalidade do implemento de parcela remuneratória (Bônus de Eficiência e Produtividade previsto na Lei Federal 13.464/2017) e negaram o correspondente registro, apesar de, ao final, condicionarem a exclusão da vantagem à eventual desconstituição da medida liminar concedida no Mandado de Segurança 35.498, de minha relatoria.

Embora observe-se argumentação parcial pela concessão da ordem a partir de atos administrativos que teriam contrariado a determinação da medida liminar no MS 35.498, tem-se aqui a impugnação específica de atos sucessivos ao Acórdão do TCU objeto daquele *mandamus*. Permite-se, assim, a partir da análise da legalidade e constitucionalidade do Acórdão TC 021.009/017-1 e, a partir dos efeitos da decisão, conhecer o mérito dos atos sucessivos e concretos nele amparados, no caso, os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2765/2018 796/2018, 3102/2018 e 3104/2018, que, em termos finais, apenas cumpriram o que se determinou no Acórdão TC 021.009/017-1.

Estando os autos em termos para o conhecimento de seu mérito, fica prejudicada a apreciação do agravo interposto pelo Tribunal de Contas da União em face da decisão concessiva da medida liminar.

Anoto, de plano, a legitimidade ativa do impetrante para o manejo do mandado de segurança coletivo.

O sindicato impetrante, representante de toda uma classe de servidores públicos, possui legitimidade ativa para o mandado de

MS 35812 / DF

segurança coletivo visando à tutela de direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 21, *caput* da Lei 12.016/2009 e art. 5º, LXX, *b*, da Constituição Federal.

O *mandamus* foi impetrado dentro do prazo decadencial fixado no art. 23 da Lei 12.016/2009, uma vez que o Acórdão do TCU indicado como ato coator data de **3/4/2018, sendo o remédio constitucional apresentado em 2/7/2018.**

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei 12.016/2009, o mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A doutrina e a jurisprudência conceituam *direito líquido e certo* como aquele que resulta de fato certo, ou seja, aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca, uma vez que o direito é sempre líquido e certo, pois a caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos que necessitam de comprovação.

Dessa forma, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança, exigindo-se a pré-constituição das provas em relação às situações fáticas ensejadoras de seu ajuizamento, pois, como ressalta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe em favor de quem reclama o mandado, sem dúvida razoável (*Curso de direito constitucional*. 27ª ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 314), corroborado por J.J. OTHON SIDOU, ao afirmar que se o fato é certo, isto é, provável de plano a ilegalidade ou o abuso de poder praticado, aquela e obviamente este, por autoridade pública, há caso para mandado de segurança (*Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 142).

MS 35812 / DF

Na presente hipótese, apresenta-se situação que retrata os desdobramentos práticos no que diz respeito à dificuldade em concretizar a medida liminar por mim deferida no Mandado de Segurança 35.498 para suspender os efeitos do ato impugnado na TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, conseqüentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, se abstenha de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.

Verifica-se que, após notificado acerca do conteúdo decisório da liminar acima reproduzida, o Tribunal de Contas da União passou a negar o registro das aposentadorias e pensões, condicionando a exclusão da parcela referente ao Bônus de Eficiência e Produtividade à eventual desconstituição da medida liminar concedida no Mandado de Segurança 35.498.

Bem considerando a descrição e limitação do ato de autoridade afirmado como apto a causar dano a direito líquido e certo dos substituídos pela entidade impetrante, é caso de se reconhecer a existência de suporte material para o reconhecimento de conduta apta à correção por meio do mandado de segurança.

A presente impetração visa a afastar atos praticados pelo TCU, que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), considerou ilegais e denegou o registro de aposentadorias de servidores representados pela entidade impetrante, os quais teriam o direito de auferir em seus proventos a gratificação denominada Bônus de Eficiência e Produtividade, criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017.

Na presente hipótese, tem razão o impetrante.

Os atos coatores indicados foram construídos no contexto da sucessão de decisões que se seguiram ao julgamento do Processo TC 021.009/2017-1 no âmbito do TCU, o qual possui a seguinte ementa:

MS 35812 / DF

“SUMÁRIO: AGRAVO CONTRA MEDIDA CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.464/2017 QUE INSTITUIU O BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE À CARREIRA DE AUDITORIA FISCAL DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. NÃO-CONHECIMENTO, UMA VEZ QUE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE IN ABSTRATO DE NORMA LEGAL É COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO. DETERMINAÇÕES.”

O comando derivado do Acórdão proferido pela Corte de Contas tem o seguinte teor:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, **para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei nº 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;**

9.2. **alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência**

MS 35812 / DF

afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF:

(...)” (grifei)

Como visto, os efeitos do ato acima delineado foram suspensos por medida liminar deferida nos autos do Mandado de Segurança 35.498 em relação aos substituídos pelo impetrante. Em tal decisão, foi determinado àquela Corte de Contas que, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, se abstinhasse de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.

Entretanto, conforme consta da documentação acostada aos presentes autos (doc. 6), o TCU, ao apreciar as concessões de aposentadorias dos servidores substituídos no presente *writ*, considerou-as ilegais e negou-lhes os correspondentes registros, em decisões lavradas, em síntese, nos seguintes termos (fls. 7/11):

5. Com efeito, não vejo como admitir o pagamento a inativos e pensionistas do Bônus de Eficiência e Produtividade, ainda que tal pagamento encontre previsão em dispositivos da Lei 13.464/2017, porquanto essa mesma lei exclui a vantagem da base de cálculo da contribuição previdenciária dos segurados:

“Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro).

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade (...). §

3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho (...).

Art. 24. O valor do Bônus de Eficiência e

MS 35812 / DF

Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária.”

6. O pagamento a inativos e pensionistas – inclusive àqueles sem paridade – de vantagem remuneratória de natureza pro labore fazendo expressamente excluída da base de cálculo da contribuição previdenciária ofende diversos dispositivos inseridos no art. 40 da Constituição Federal, como segue:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo

MS 35812 / DF

efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

7. No ponto, a jurisprudência do TCU é bem ilustrada pelo Acórdão 1.286/2008-Plenário, vazado nos seguintes termos:

“9.2.1 no regime contributivo previdenciário constitucional é vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário.”

8. Aliás, sobre a essencialidade do caráter contributivo do sistema previdenciário do funcionalismo e, mais particularmente, a relevância do imperativo constitucional de preservação de seu equilíbrio financeiro e atuarial, soam oportunas as considerações da Sefip:

(...)

9. Por fim, cumpre anotar que, em sessão de 8/11/2017, o Plenário desta Corte, por meio do Acórdão 2.463/2017, ao ter presente a mesma questão aqui tratada, determinou a supressão do pagamento a cinco inativos do Ministério do Trabalho do Bônus de Eficiência e Produtividade previsto na Lei 13.464/2017, “por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal”.

10. Entretanto, o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait) obteve, em 6/2/2018, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), decisão liminar determinando a esta Corte de Contas que, “em relação aos substituídos pelo

MS 35812 / DF

impetrante, (...), nos casos concretos submetidos à sua apreciação, se abstenha de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017” (cf. Mandado de Segurança 35.498, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

11. Assim, a exclusão da vantagem dos proventos dos inativos, propugnada pela Sefip, deve ser condicionada à eventual desconstituição da medida liminar concedida pelo STF.

12. Por fim, cumpre anotar que, em sessão de 8/11/2017, o Plenário desta Corte, por meio do Acórdão 2463/2017, ao ter presente a mesma questão aqui tratada, determinou a supressão do pagamento, a cinco inativos do Ministério do Trabalho, do Bônus de Eficiência e Produtividade previsto na Lei 13.464/2017 “por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal”.

13. Com isso, tendo em vista o disposto no art. 15 do Novo Código de Processo Civil, bem como o teor do enunciado nº 103 da Súmula desta Corte, que estabelece que “na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil”, observo que foi satisfeita a chamada “cláusula de reserva de plenário” – estabelecida no art. 97 da CF/1988, consoante se extrai do parágrafo único do art. 949 do NCPC, verbis (grifos não existentes no original):

(...)

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

O Acórdão proferido pela Corte de Contas, em sua parte dispositiva, possui o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 71, inciso III, da

MS 35812 / DF

Constituição Federal e nos arts. 1º, inciso V, 39, inciso II, e 45 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em:

9.1. considerar *ilegais* os atos de aposentadoria de Getulio Pinto Sampaio (127.231.695-53) e Nazivan Cardoso de Souza (051.825.495-04), *negando-lhes os correspondentes registros*;

9.2. determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Sergipe, com fulcro nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 6º, § 2º, da Resolução TCU 206/2007, que:

9.2.1. na hipótese de desconstituição da decisão judicial obtida pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait) nos autos do Mandado de Segurança 35.498, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), faça cessar, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, o pagamento aos inativos Getulio Pinto Sampaio (127.231.695-53) e Nazivan Cardoso de Souza (051.825.495-04) do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017, por ser incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter remuneratório e pro labore faciendo, da base de cálculo da contribuição previdenciária;

9.2.2. dê ciência do inteiro teor desta deliberação aos interessados, alertando-os de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos, caso não providos, não os exime da devolução dos valores indevidamente percebidos após a notificação;

9.2.3. envie a esta Corte de Contas, no prazo de 30 (trinta) dias, por cópia, comprovante de que os interessados tiveram ciência desta deliberação;

9.3. determinar à Sefip que:

9.3.1. oriente o órgão jurisdicionado no sentido de que poderão ser editados novos atos de aposentadoria em favor dos interessados, desde que escoimados da irregularidade verificada nos presentes autos, os quais deverão ser submetidos a novo julgamento por esta Corte de Contas, nos termos do art.

MS 35812 / DF

262, § 2º, do RITCU;

9.3.2. monitore o cumprimento das medidas indicadas no subitem 9.2 acima.

Verifica-se, portanto, que o ato do TCU ora em análise, ao considerar *ilegais e denegar o registro das aposentadorias* dos servidores substituídos pelo impetrante, ainda que preservando os efeitos financeiros atinentes aos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017, acabou por afastar a incidência de tais dispositivos, com fundamento na autorização entendida por existente por força da Súmula 347 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sendo certa a aplicação do entendimento afirmado por violador de direito líquido e certo dos servidores, reconhece-se a legitimidade do uso do mandado de segurança, a fim de vedar o afastamento de norma legal pelo Tribunal de Contas da União, por conta do exercício de sua competência.

Embora se reconheça a inexistência de submissão do Tribunal de Contas da União aos demais Poderes instituídos, tendo autonomia na realização técnica de sua função fiscalizadora, há de se reconhecer a limitação constitucional de tal competência ao exercício de atos de verificação, fiscalização e julgamento de contas, nos termos do art. 71 da Constituição Federal. É, assim, órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com competência funcional claramente estabelecida pela Constituição Federal, não se admitindo o extrapolamento de tais limites sob pena de usurpação, no caso, de competência específica do Poder Judiciário.

Ora, dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, a seguir transcrito:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo

MS 35812 / DF

Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em

MS 35812 / DF

lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Há, assim, limitação constitucional de sua competência, no que diz respeito ao caso concreto, à apreciação de legalidade de atos administrativos de aposentadoria submetidos à sua análise técnica, com base na Constituição Federal e na legislação positivada.

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis o teor do referido enunciado:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder

MS 35812 / DF

Público.

Dentro dessa perspectiva constitucional de sua definição, organização e fortalecimento institucional, é inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude de sua competência constitucional para zelar, em auxílio ao Congresso Nacional, pelo controle externo da Administração Pública.

Assim como outros importantes órgãos administrativos previstos na Constituição Federal com atribuições expressas para defender princípios e normas constitucionais (Conselho Nacional de Justiça, artigo 130-B; Ministério Público – Constituição Federal, artigo 129, II e Conselho Nacional do Ministério Público, cuja previsão constitucional de atribuição é idêntica ao CNJ – Constituição Federal, artigo 130-A, § 2º, II), no exercício de sua missão e finalidades previstas no texto maior, compete ao Tribunal de Contas da União exercer na plenitude todas as suas competências administrativas, sem obviamente poder usurpar o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade.

O exercício dessa competência jurisdicional pelo TCU acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema.

O desrespeito do TCU em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (*função jurisdicional*) e ignorando expressa competência do próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (“*guardião da Constituição*”).

A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do *Chief Justice* Marshall (1 Chanch 137 – 1803 – Marbury v. Madison), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto

MS 35812 / DF

em juízo.

Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo (cf. HENRY ABRAHAM, THOMAS COOLEY, LAWRENCE BAUM, BERNARD SCHWARTZ, CARL BRENT SWISHER, KERMIT L. HALL, JETHRO LIEBERMAN, HERMAN PRITCHETT, ROBERT GOLDWIN, entre outros).

Porém, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU é mais grave do que somente a configuração de usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo, em virtude da extensão dos efeitos de suas decisões para todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública.

O controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a *transcendência dos efeitos*, pois, na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e *vinculantes* no âmbito daquele tribunal.

A decisão do TCU configuraria, portanto, além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (controle abstrato de constitucionalidade, Constituição Federal, artigo 102, I, 'a'), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, Constituição Federal, artigo 52, X).

Tome-se como exemplo a presente hipótese, ao afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, nos casos concretos submetidos à sua

MS 35812 / DF

apreciação, o Tribunal de Contas da União está retirando totalmente a eficácia da lei, que deixará de produzir efeitos no mundo real.

Ao declarar incidentalmente essa inconstitucionalidade, o TCU estará impedindo a aplicação desses dispositivos jurídicos pelos órgãos de administração, não somente para o caso julgado, mas também para todos os demais, ou seja, a decisão terá efeitos *erga omnes* e *vinculantes* no âmbito daquele órgão, a quem se aplica a lei.

Em outras palavras, o TCU estará retirando do ordenamento jurídico os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.

Trata-se da denominada *transcendência dos efeitos do controle difuso* que o próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não permitiu a si mesmo, se autolimitando no julgamento da Reclamação 4.335/AC, julgada em 16 de maio de 2013, por entender que a Corte Suprema não poderia invadir competência constitucional do Senado Federal, prevista no artigo 52, X, do texto atual, pois a Constituição Federal previu um mecanismo específico de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, autorizando que a Câmara Alta do Congresso Nacional edite resolução para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional incidentalmente por decisão definitiva do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em verdade, nas hipóteses de afastamento incidental da aplicação de lei específica no âmbito da administração pública federal, o Tribunal de Contas da União, por via reflexa, estaria automaticamente aplicando a *transcendência dos efeitos do controle difuso* e desrespeitando frontalmente a competência para o exercício do controle concentrado reservada com exclusividade ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pelo texto constitucional, pois estaria obrigando, a partir de um caso concreto, toda a administração pública federal a deixar de aplicar uma lei em todas as situações idênticas (*efeitos vinculantes*).

A transformação do controle difuso em concentrado em virtude da transmutação de seus efeitos, com patente usurpação da competência exclusiva do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, não é admitida em nosso

MS 35812 / DF

ordenamento jurídico constitucional nem mesmo em âmbito jurisdicional, quanto mais em âmbito administrativo.

Em hipóteses semelhantes, no âmbito do exercício de função jurisdicional, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não entende possível que a decisão jurisdicional e incidental de inconstitucionalidade de juiz ou tribunal em um caso concreto extrapole seus efeitos entre as partes e passe a gerar reflexos *erga omnes*.

Veda-se, portanto, a utilização de instrumentos processuais que visem à obtenção de efeitos gerais nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não importando se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido incidental, pois, mesmo nesta última hipótese, a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo. É o que se proíbe, por exemplo, em alguns casos em que se pretende a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade (STF/Rcls. 633, 554, 2224).

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do TCU declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (*check and balances*) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo.

Não restam dúvidas, portanto, de que permitir ao Tribunal de Contas da União, o exercício do controle difuso de constitucionalidade em relação às leis federais de regência de toda a administração pública federal, com conseqüente transcendência dos efeitos de suas decisões

MS 35812 / DF

vinculando todos os órgãos de administração, seria o reconhecimento de novas e perigosas competências originárias de caráter jurisdicionais não previstas no texto constitucional, em usurpação às competências do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Aceitar a possibilidade de exercício de controle difuso pelo Tribunal de Contas da União seria reconhecer substancial e inconstitucional acréscimo à sua competência de controle da atividade administrativa e financeira da administração pública federal, quando o próprio legislador constituinte de 1988 não o fez.

A Constituição Federal não admite qualquer hipótese de controvérsia sobre a exclusividade do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como o órgão detentor da grave missão constitucional de “*Guardião da Constituição*”, com ampla possibilidade de utilização das técnicas de interpretação constitucional como instrumento de mutação informal de seu texto, mediante compatibilização de seus princípios com as exigências e transformações históricas, sociais e culturais da sociedade, principalmente para concretização e defesa integral e efetividade máxima dos direitos fundamentais e dos princípios da administração pública.

Trata-se da efetivação da ideia de HANS KELSEN, exposta por este em artigo publicado em 1930 (*Quem deve ser o guardião da Constituição?*), no qual defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais – proteção contramajoritária – e contribuindo com a paz social, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (Constituição Federal, artigo 60, § 4º, III).

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

MS 35812 / DF

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.

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 73 e 102, I, “a”, ao Tribunal de Contas da União o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos amplo e geral para todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Nessa linha de consideração, registro diversas decisões monocráticas, proferidas por eminentes Ministros desta SUPREMA CORTE, em casos análogos (MS 26.783 MC-ED, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 19/12/2011; MS 27.337, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 28/5/2008; MS 27.743 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 15/12/2008; MS 27.796 MC, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 9/2/2009; MS 28.745 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/5/2010; MS 29.123 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 9/9/2010), cabendo destacar, pela precisão de seus ensinamentos, o que asseverou o eminente Ministro GILMAR MENDES:

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobras, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do

MS 35812 / DF

Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988 (MS 25.888 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 22/3/2006).

No mesmo sentido é a conclusão do parecer apresentado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Carlos Alberto Vilhena, nos autos do

MS 35812 / DF

MS 35.498:

Com a devida vênia, porém, acredita-se que a **Súmula 347/STF**, em razão do novo modelo constitucional inaugurado com a Carta da República de 1988, encontra-se mesmo **superada**.

E não se está a dizer – repita-se – que o TCU e os demais Tribunais de Contas são “inimigos do Estado ou do Administrador Público, ou ainda, um usurpador dos Poderes, Funções e Instituições Constitucionais da República” (f. 142 – trecho do voto do acórdão atacado), mas apenas que é inconcebível que “o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, exerça controle difuso de constitucionalidade nos processos sob sua análise, ao pretendo argumento que lhe seja atribuída tal competência em virtude do conteúdo da Súmula 347/STF, editada em 1963, cuja subsistência ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988” (f. 675/676 – trecho da decisão agravada).

III

Em face do exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela **concessão** da segurança, confirmando-se, no mérito, a liminar inicialmente deferida.

Entendo, portanto, que a situação narrada nos autos fez surgir direito inquestionável, como necessário para a concessão da ordem (MS 21.865, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ de 1º/12/2006), sendo, portanto, cabível a concessão da ordem, pois, em lição do saudoso Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *o mandado de segurança é instrumento adequado à proteção do direito, desde que presentes os seus pressupostos, notadamente o direito líquido e certo, que ocorre quando a regra jurídica incidente sobre fatos incontestáveis configurar um direito da parte* (STJ, 4ª Turma, ROMS 10.208, DJ de 12/4/1999).

Diante do exposto, VOTO PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA

MS 35812 / DF

para **determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos REGISTROS, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017.**

Impresso por: 018.369.963-73 MS 35812
Em: 11/05/2021 - 12:52:38

13/04/2021

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
IMPTE.(S) : SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO SINAIT
ADV.(A/S) : CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA
PROC.(A/S)(ES) : AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. Acompanho o relator para assentar a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União – TCU. Reconheço também que – pela estrutura decisória do acórdão proferido no processo TC 021.009/2017-1 e pelas características daquele procedimento, que não tratava de nenhum caso concreto – o controle de constitucionalidade ali exercido pelo TCU teve efeitos transcendentais e equivaleu ao afastamento da eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º; e 17 da Lei nº 13.464/2017. Trata-se, portanto, de provimento vedado pela Constituição.

2. Ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto. No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento

MS 35812 / DF

das determinações contidas no acórdão impugnado.

Impresso por: 018.369.963-73 MS 35812
Em: 11/05/2021 - 12:52:38

13/04/2021

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS
DO TRABALHO SINAIT
ADV.(A/S) : CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG E
OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA
PROC.(A/S)(ES) : AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA

VOTO VOGAL

**Ref. Mandados de Segurança nºs 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500,
35.812, 35.824 e 35.836**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de seis mandados de segurança, impetrados por Sindicato Nacional dos Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil – SINDIRECEITA (MS 35.410), Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO NACIONAL (MS 35.490), Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – SINDIFISCO NACIONAL (MS 35.494), Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT (MS 35.498), Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP (MS 35.500), e Sindicato Paulista dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINPAIT (MS 35.836), em face do Acórdão nº 2000/2017, TC 021.009/2017-1, o qual, acatando agravo interposto pela União, reformulou decisão anterior na qual declarava a inconstitucionalidade dos artigos 7º, §§ 2º e 3º, e 17, §§2º e 3º da Lei nº 13.464/2017, que preveem o pagamento de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira aos servidores inativos e pensionistas, sem o desconto de contribuição previdenciária, mas manteve a possibilidade de

MS 35812 / DF

que, na análise de casos concretos, a Corte glosasse a parcela respectiva com fundamento na incompatibilidade da lei com a Constituição.

Por sua vez, Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT (MS 35.812) e Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – SINDIFISCO (MS 35.824), impetram *writ* para questionar a negativa de registro de aposentadorias de filiados, com base em alegado descumprimento das decisões prolatadas nos autos acima citados.

A decisão apontada como ato coator tem o seguinte conteúdo:

“AGRAVO CONTRA MEDIDA CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.464/2017 QUE INSTITUIU O BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE À CARREIRA DE AUDITORIA FISCAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA E DO TRABALHO. NÃO-CONHECIMENTO, UMA VEZ QUE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE IN ABSTRATO DE NORMA LEGAL É COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO. DETERMINAÇÕES. RELATÓRIO

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de recurso de agravo interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de medida cautelar determinando aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstenham de pagar a inativos e pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que trata a Lei 13.464/2017, até a apreciação final desta representação,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a

MS 35812 / DF

fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei nº 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;

9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF;

9.3. encaminhar cópia do inteiro teor do presente processo, assim como desta deliberação, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República, ambos legitimados universais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, para que tenham ciência do entendimento deste Tribunal e possam adotar as providências que entenderem cabíveis;

9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão dos artigos 14 e 24 da Lei nº 13.464/2017, que instituiu o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, no sentido de se autorizar a sua inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária, tornando-a compatível com o regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal;

9.5. dar ciência desta deliberação à agravante e aos órgãos jurisdicionados.”

O i. Ministro Relator concedeu as medidas cautelares pleiteadas, no seguinte sentido:

“É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja

MS 35812 / DF

subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis o teor do referido enunciado:

‘O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.’

Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, mutatis mutandis, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes):

‘O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema.

O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”). A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do Chief Justice Marshall (1 Chanch 137 – 1803 – Marbury v. Madison), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo.

Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo (cf. Henry Abraham, Thomas Cooley, Lawrence Baum, Bernard Shawartz, Carl Brent Swisher,

MS 35812 / DF

Kermit L. Hall, Jethro Lieberman, Herman Pritchett, Robert Goldwin, entre outros). (...)

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do CNJ declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (check and balances) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo. (...)

Trata-se da efetivação da ideia de Hans Kelsen, exposta por este em artigo publicado em 1930 (Quem deve ser o guardião da Constituição?), onde defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais – proteção contra majoritária – e contribuindo com a paz social, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (Constituição Federal, artigo 60, parágrafo 4o, III).

Haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça, 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.

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos

MS 35812 / DF

artigos 52, inciso X, 102, I, "a" e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo."

A Procuradoria-Geral da República ofertou Parecer, no sentido da concessão da segurança pleiteada, nos Mandados de Segurança nº 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500.

Em relação aos Mandados de Segurança nº 35.812, 35.824 e 35.836, o *Parquet* pugnou pelo não conhecimento.

O i. Relator vota pela concessão da segurança nos oito *mandamus*.

É, em síntese, breve relatório.

Da análise conjunta das demandas, depreendo três temas a ser enfrentados por esta Corte: (i) a possibilidade de o Tribunal de Contas da União afastar a aplicação de lei na análise de casos concretos; (ii) saber se os artigos 7º, §§ 2º e 3º, e 17, §§ º e 3º da Lei nº 13.464/2017 são constitucionais; (iii) se a decisão guerreada violou os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao não determinar a notificação dos interessados.

O primeiro ponto foi aquele acolhido pelo i. Relator, no que entendeu não ser possível ao Tribunal de Contas da União, via de regra, exercer controle de constitucionalidade de leis, na análise de atos submetidos a sua apreciação.

Com a devida vênia, passo a divergir de tal entendimento, pelos fundamentos que consigno abaixo.

Trata-se de decisão da Corte de Contas na qual, admitindo não lhe assistir competência para reconhecer, em tese, a inconstitucionalidade de

MS 35812 / DF

lei, nada obstante determina aos setores internos que apreciem, nos casos concretos, a regularidade das aposentadorias de servidores dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil considerando a invalidade dos artigos 7º, §§ 2º e 3º, e 17, §§ 2º 3º, da lei nº 13.464/2017, que permitem o pagamento de bônus de produtividade a inativos e pensionistas sem a devida incidência de contribuição previdenciária.

O primeiro debate, portanto, discute os limites do poder do Tribunal de Contas da União – TCU, diante da possibilidade de controle de legalidade de ato administrativo de inativação de servidor fundado em legislação que entende incompatível com a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Em se tratando não da análise de casos específicos, mas de determinação à SEFIP para que recorre-se à Sumula 347 do STF na análise dos atos submetidos a registro na presente hipótese, é possível afirmar-se tratar de mandado de segurança de feição preventiva, o que permite seu conhecimento.

De fato, as competências do Tribunal de Contas da União estão descritas no texto constitucional e consistem em grande avanço no controle orçamentário, financeiro e de legalidade e legitimidade dos atos da Administração Pública:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

MS 35812 / DF

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa

MS 35812 / DF

ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Em análise aos poderes da Corte de Contas, o Supremo Tribunal Federal já assentou, em vários julgados, o colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TCU assumem, já que não se trata de atividade meramente administrativa, mas de julgamento de contas de várias autoridades e colaboradores do Poder Público, a fim de assegurar a correção e economicidade nos gastos públicos.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“Mais do que em qualquer outro caso, é cabível aludir, a propósito do Tribunal de Contas, a uma atuação quase jurisdicional. Essa fórmula se justifica pela forma processual dos atos e em vista da estrutura autônoma e independente para produzir a instrução e o julgamento. A fórmula quase jurisdicional é interessante não para induzir o leito a imaginar que a atuação do Tribunal de Contas é idêntica à do Judiciário, mas para destacar como se diferencia do

MS 35812 / DF

restante das atividades administrativas e legislativas. Nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas". (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1132-1133)

E, para assegurar à Corte de Contas o adequado desempenho de suas atividades, também este Tribunal já asseverou a existência de poderes implícitos, que possibilitam o cumprimento do mister constitucional destinado ao TCU:

"PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem."

(MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

"TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF).

MS 35812 / DF

CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA . DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSEKVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA."

(MS 26547 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033).

A questão, portanto, é saber se dentre esses poderes, está a possibilidade de o Tribunal de Contas, na análise dos casos concretos

MS 35812 / DF

submetidos à sua aferição, afastar fundamento legal dos atos com base em inconstitucionalidade, nos termos da Súmula 347 do STF.

E, de fato, não parece desbordar de sua competência que a Corte de Contas verifique a compatibilidade dos atos administrativo submetidos à sua análise, com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Aqui, entendo ser aplicável o mesmo entendimento já expresso por este Supremo Tribunal Federal no que concerne às competência do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, em especial no julgamento da PET 4.656/PB (Relatora Ministra Cármen Lúcia, Plenário, julgamento em 19.12.2016), em que se distinguiu a não aplicação da lei reputada inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade, reconhecendo a competência do órgão correicional para, uma vez concluída a apreciação da inconstitucionalidade de determinado diploma normativo, determinar a inaplicabilidade de ato administrativo regulamentador da lei inconstitucional.

Assim está redigida a ementa do referido julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação

MS 35812 / DF

restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014.

2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselhos.

4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.

5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente.

(Pet 4656, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno,

MS 35812 / DF

*julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-278
DIVULG 01-12-2017 PUBLIC 04-12-2017)*

Do voto da i. Relatora, extraem-se os valiosos argumentos que entendo também aqui aplicáveis:

“12. Quanto à natureza da decisão impugnada, há de se ter em conta a distinção entre a conclusão sobre o vício a macular lei ou ato normativo por inconstitucionalidade, adotada por órgão jurisdicional competente, e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia erga omnes e vinculante.

Sobre a inaplicabilidade de atos normativos contrários à Constituição da República, leciona Hely Lopes Meirelles:

“O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores.

Os Estados de direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição” (Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 538-539, grifos nossos).

Embora o enfoque desse entendimento dirija-se à atuação do Chefe do Poder Executivo, parecem ser suas premissas aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da relevante tarefa de

MS 35812 / DF

controlar a validade dos atos administrativos, sendo exemplo o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

13. Essa atuação não prescinde do exame da validade do ato administrativo, que perpassa, necessariamente, pela adequação constitucional do fundamento legal no qual se fundamenta: se o órgão de controle concluir fundar-se o ato objeto de análise em norma legal contrária à Constituição da República, afastar-lhe-á a aplicação na espécie em foco.

Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios.

Nessa linha, a manifestação do Ministro Celso de Mello, no sentido de que “a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispendo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – ‘há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado’ (RMS 8.372/CE , Rel. Min. PEDRO CHAVES, Pleno – grifei)” (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 19.4.2013, grifos no original).

14. Esse entendimento conjuga-se com o ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle, segundo o qual “[a] interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”, que envolve “[t]odas as potências públicas, participantes materiais do processo social” (Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e*

MS 35812 / DF

procedimental da Constituição. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1997, p. 13).

15. Daí não se extrai legitimidade para qualquer agente do Estado negar aplicação a texto normativo que repete contrário à Constituição por interpretação singular.

Tampouco se admite conferir efeito erga omnes à inconstitucionalidade arguida por órgão ao qual a Constituição da República atribuiu o controle de validade jurídica de atos administrativos.

Todavia, como enfatizado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, em passagem mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes na manifestação do Conselho Nacional de Justiça juntada à Ação Cautelar n. 2.390/PB, extrai-se do núcleo normativo implícito do inc. II do § 2º do art. 103-B da Constituição da República competência do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional para “dispor, primariamente, sobre cada qual dos quatro núcleos expressos, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República e ainda baixar os atos de sanção de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é forma de prevenir a irrupção de conflitos”(Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 1.9.2006).

Nesses termos, concluída pelo Conselho Nacional de Justiça a apreciação da inconstitucionalidade de lei aproveitada como fundamento de ato submetido ao seu exame, poderá esse órgão constitucional de controle do Poder Judiciário valer-se da expedição de ato administrativo formal e expresso, de caráter normativo, para impor aos órgãos submetidos constitucionalmente à sua atuação fiscalizadora a invalidade de ato administrativo pela inaplicabilidade do texto legal no qual se baseia por contrariar a Constituição da República.

Na palavra do Ministro Ayres Britto, no precedente mencionado, cuida-se do exercício do “poder de precaver-se ou acautelarse para minimizar a possibilidade das transgressões em

MS 35812 / DF

concreto " (Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, Plenário, DJe 1.9.2006).

16. O exercício dessa competência implícita do Conselho Nacional de Justiça revela-se na análise de caso concreto por seu Plenário, ficando os efeitos da inconstitucionalidade incidentalmente constatada limitados à causa posta sob sua apreciação, salvo se houver expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional.

A edição de ato formal expresso, tido por legítimo, a ser realizado no juízo administrativo, impondo o afastamento do texto normativo para além da relação processual administrativa na qual assentada a inconstitucionalidade, busca concretizar os mesmos objetivos motivadores da criação do instituto da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004, entre os quais a segurança jurídica, pela aplicação e interpretação uniformes da lei, e a razoável duração do processo, conforme o preceito do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, aplicável administrativamente.

17. Para se obter a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal, à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo realizada incidenter tantum e em caráter definitivo por este Supremo Tribunal, a súmula vinculante deverá ser aprovada por dois terços dos seus membros (art. 103-A da Constituição da República).

O espaço menor de influência do Conselho Nacional de Justiça, se comparado em seus efeitos com aqueles da súmula vinculante, torna descabida a exigência de quórum qualificado para a extensão da decisão administrativa que reconheceu inválidos os atos do Tribunal estadual, notadamente pela possibilidade de sujeição do provimento agora questionado ao controle jurisdicional deste Supremo Tribunal, órgão máximo do Poder Judiciário, como realçado no julgamento da ADI 3.367/DF (Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 17.3.2006).

18. Há que se ter como indispensável, condição mesma de

MS 35812 / DF

eficácia jurídica tanto da declaração de inconstitucionalidade assentada incidentalmente quanto da decisão administrativa extensiva dos seus efeitos, a manifestação da maioria absoluta dos membros do Conselho Nacional de Justiça.

Conquanto o art. 97 da Constituição da República limite, expressamente, a regra da reserva de Plenário aos tribunais, há que se considerar ter essa restrição buscado enfatizar a necessidade de exaurimento das vias recursais ordinárias no controle difuso de inconstitucionalidade realizado pelos órgãos judiciais, tornando apta a interposição de recursos extraordinário e especial, em reforço à determinação constante do inc. III dos arts. 102 e 105 da Constituição da República (“julgar [...] as causas decididas em única ou última instância”).

A exigência de observância do postulado da reserva de plenário pelos órgãos colegiados de controle administrativo também decorre da necessidade de se conferir maior segurança jurídica à conclusão sobre o vício, pois somente com a manifestação da maioria absoluta dos seus membros ter-se-á entendimento inequívoco do colegiado sobre a inadequação constitucional da lei discutida como fundamento do ato administrativo controlado.

19. **Importante realçar não significar essa atuação do Conselho Nacional de Justiça reconhecer-lhe competência para declarar inconstitucionalidade de norma jurídica, menos ainda atribuir efeito erga omnes à inconstitucionalidade assentada no julgamento do processo administrativo, por não resultar em anulação ou revogação da lei, cuja vigência persiste.**

Para obter esse efeito e pela impossibilidade de se valer do Senado Federal para suspender a execução da lei considerada inconstitucional (art. 52, inc. X, da Constituição da República), deverá o órgão autônomo de controle representar ao Procurador-Geral da República para, se for o caso, propor ele ação de controle abstrato de constitucionalidade neste Supremo Tribunal.

Isso porque a inconstitucionalidade assentada administrativamente não emana, por óbvio, de órgão ao qual a Constituição da República atribuiu função judicial, sendo válida,

MS 35812 / DF

ainda hoje, a observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no Recurso Extraordinário n. 240.096/RJ, de que “somente o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça têm competência para a declaração por via principal e em abstrato da ilegitimidade constitucional da lei” (RE 240.096/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 21.5.1999).

20. Insere-se, assim, entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, o fundamento legal de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expreso e formal tomado pela maioria absoluta de seus membros.

Esse parece o entendimento que contribui para uma interpretação pluralista da Constituição da República e homenageia os postulados de segurança jurídica e duração razoável do processo administrativo, não significando tal comportamento desrespeito à atuação deste Supremo Tribunal como guardião da Constituição da República.”

Desta feita, esta Corte assentou na oportunidade a diferenciação entre declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, e possibilidade de não aplicação da norma no caso concreto, não excluindo a norma do ordenamento jurídico, reconhecendo a órgãos como CNJ, CNMP e TCU a competência para a última hipótese, no estrito exercício de seu mister.

Essa interpretação vem privilegiar o princípio da Supremacia Constitucional, impedindo a permanência de atos flagrantemente contrários ao texto constitucional, e elevando os diversos atores sociais à condição de partícipes do amplo processo de controle constitucional.

Como asseverou o i. Min. Roberto Barroso, em obra doutrinária:

“Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição. De fato, o

MS 35812 / DF

Legislativo, ao pautar sua conduta e ao desempenhar a função legislativa, subordina-se aos mandamentos da Lei Fundamental, até porque a legislação é um instrumento de realização dos fins constitucionais. Da mesma forma, o Executivo submete-se, ao traçar a atuação de seus órgãos, aos mesmo mandamentos e fins. Os órgãos do Poder Executivo, como órgãos destinados a dar aplicação às leis, podem, no entanto, ver-se diante da mesma situação que esteve na origem do surgimento do controle de constitucionalidade: o dilema entre aplicar uma lei que considerem inconstitucional ou deixar de aplica-la, em reverência à supremacia da Constituição.

(...)

Sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. (...) Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91; 93)

Por fim, ressalte-se que todos os atos da Corte de Contas estão submetidos ao controle judicial, donde ser inequívoca a possibilidade de tutela à parte que se sinta prejudicada pelo juízo formulado no TCU.

Assim, inexistindo razão para a superação do entendimento esposado na Pet 4656, compreendo que a mesma *ratio* deve ser aplicada na hipótese presente, reconhecendo ao Tribunal de Contas a possibilidade de, por maioria absoluta de seus membros, no desempenho de suas competências constitucionais, deixar de aplicar em caso concreto lei que considere flagrantemente inconstitucional, mantendo-se hígida a redação

MS 35812 / DF

da Súmula 347 do STF.

Ultrapassada a primeira questão de mérito apresentada nos *mandamus* ora em análise, restam ainda as demais temáticas por analisar.

Primeiramente, quanto à compatibilidade entre os artigos 7º, §§ 2º e 3º, e 17, §§ 2º e 3º da Lei nº 13.464/2017 ao texto constitucional.

A decisão ora guerreada assim justificou considerar referidos artigos inconstitucionais:

“40. No entendimento preliminar da Sefip, o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade aos aposentados e pensionistas, apesar de ter previsão legal, viola os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos inculpidos no caput do art. 40 da Constituição Federal, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ARE 669.573 AgR, rel. min. Roberto Barroso; RE 450.855 AgR, rel. min. Eros Grau; AI 710.361 AgR, rel. min. Cármen Lúcia), e a deste Tribunal (Acórdão 1.286/2008-TCU-Plenário, rel. min. Marcos Bemquerer; Acórdão 2.553/2013-TCU-Plenário, rel. min. Ana Arraes).

41. Isso porque os arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017, aplicáveis, respectivamente, às carreiras Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, excluem o recém instituído bônus da base de cálculo da contribuição previdenciária:

Art. 14. O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária.

Art. 24. O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária.

42. Ocorre que os arts. 7º e 17 da supramencionada lei estenderam o pagamento do bônus aos inativos e pensionistas, o que contraria o regime solidário e contributivo da previdência social, bem

MS 35812 / DF

como o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. O TCU manifestou esse mesmo entendimento no item 9.2.1 do Acórdão 1.286/2008-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer: no regime contributivo previdenciário constitucional é vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário (grifou-se). Veja-se, a propósito, o que diz os referidos dispositivos legais:

Art. 7º. Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de:

I - 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;

II - 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

§ 1º. Os servidores ativos em efetivo exercício receberão o Bônus proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela a do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.

§ 2º. Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela a do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.

§ 3º. Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no caput deste artigo:

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela a do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela a do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída;

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela a do Anexo IV desta Lei.

MS 35812 / DF

Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro)

§ 1º. Os servidores ativos em efetivo exercício no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela b do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.

§ 2º. Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela b do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.

§ 3º. Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no caput deste artigo:

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela b do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela b do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída;

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela b do Anexo IV desta Lei.

43. O problema persiste mesmo levando-se em consideração os diferentes percentuais definidos nas tabelas mencionadas nos §§ 2º e 3º dos referidos artigos, haja vista definirem que esses beneficiários receberão no mínimo 35% do valor máximo do bônus devido aos servidores ativos.

44. Tal qual a unidade técnica, entendo que a instituição da referida vantagem, nos termos da lei, não se mostra compatível com a Constituição Federal, tal como ela vem sendo aplicada pelo Supremo

MS 35812 / DF

Tribunal Federal, consoante se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

(...)

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

45. Nesse sentido, registro o seguinte trecho da manifestação da unidade técnica:

(...)

14. Os arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017, aplicáveis, respectivamente, às carreiras Tributária e Aduaneira da Receita

MS 35812 / DF

Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, excluem o recém instituído bônus da base de cálculo da contribuição previdenciária:

Art. 14. O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária.

Art. 24. O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária.

15. Isso chama a atenção porque os arts. 7º e 17 da supramencionada lei estenderam o pagamento do bônus aos inativos e pensionistas, o que contraria o regime solidário e contributivo da previdência social, bem como o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. O problema persiste mesmo levando-se em consideração os diferentes percentuais definidos nas tabelas mencionadas nos §§ 2º e 3º dos referidos artigos, haja vista definirem que esses beneficiários receberão no mínimo 35% do valor máximo do bônus devido aos servidores ativos.

*16. Sabe-se que o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), objeto da presente análise, é de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Essas regras estão expressas no **caput** do art. 40 da Constituição Federal (CF), transcrito a seguir (grifos nossos):*

*Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, **observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial** e o disposto neste artigo.*

.....

MS 35812 / DF

18. O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, introduzido pela primeira reforma previdenciária (EC 20/1998), veio dar segurança ao sistema e corrigir distorções promovidas por legislações anteriores que não se preocupavam com as obrigações que os direitos concedidos geravam para toda a sociedade brasileira.

19. Com a instituição desse princípio, uma nova fase da previdência social foi inaugurada, instituindo uma legislação que considere a necessidade de sustentabilidade financeira do sistema e que permita a concessão de benefícios com uma estreita relação com os valores contribuídos.

20. O sistema previdenciário é de grande importância na sociedade. Não se pode negar o auxílio que esse sistema traz para grande parcela da sociedade, desde a manutenção de renda para os usuários do sistema até a segurança social para aqueles que sabem que podem contar com a previdência quando necessitarem. Para que isso aconteça, é necessário que o sistema previdenciário se sustente no presente e no futuro. De nada adianta um sistema que ofereça diversos benefícios e que na prática seja inviável sua manutenção. Foi com esse intuito que se inseriu na CF o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

.....
23. O princípio em questão foi inserido no texto da Lei Maior como mandamento **a ser perseguido pelo legislador ordinário**. Não se trata de abstração especulativa ou construção doutrinária. Se ignorado pelo administrador ou legislador ordinário, a providência tomada **reveste-se da classificação jurídica de inconstitucionalidade**, sobrevindo os consectários inerentes.

24. Visando exatamente ao equilíbrio do sistema, o Governo Federal encaminhou, no final de 2016, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 287 Câmara dos Deputados) com diversas modificações no regime de previdência dos servidores públicos e dos trabalhadores da iniciativa privada. (...)

25. Diante disso, esta unidade técnica entende que os §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.494/2017, colidem com os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos

MS 35812 / DF

insculpidos no caput do art. 40 da CF.

.....
28. Com base na jurisprudência do STF e no art. 40 da CF, esta unidade técnica entende que somente as parcelas que sofrem a incidência da contribuição previdenciária podem ser carreadas para os proventos da aposentadoria ou para a pensão.

29. O TCU manifestou esse mesmo entendimento no item 9.2.1 do Acórdão 1.286/2008-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer: no regime contributivo previdenciário constitucional é vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário (grifos nossos).

.....
32. Portanto, em razão da não incidência de contribuição previdenciária sobre o valor do bônus pago aos servidores em atividade, faz-se necessário determinar aos gestores que afastem a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017, suspendendo o pagamento dessa parcela aos aposentados e pensionistas.

46. De outro lado, não me impressiona o argumento da agravante no sentido de que o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade instituído pela Lei nº 13.464/2017 aos aposentados e pensionistas dos Ministérios do Trabalho e da Fazenda não representa qualquer ônus imposto ao Tesouro Nacional, por se tratar de vantagem custeada pela divisão direta dos recursos do FUNDAF, além de não apresentar qualquer repercussão de natureza previdenciária.

47. Em primeiro lugar, porque, muito embora o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira destinado à carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil seja custeado pelo Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização FUNDAF, instituído pelo art. 6º do Decreto-lei nº 1.437/1975, o art. 4º da Lei nº 7.711/1988 preceitua que o referido fundo será formado pelo produto da arrecadação de multas, inclusive as que fazem parte do valor pago por execução da dívida ativa e de sua respectiva correção monetária,

MS 35812 / DF

incidentes sobre os tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e próprios da União, (...) excluídas as transferências tributárias constitucionais para Estados, Distrito Federal e Municípios.

48. Ou seja, a despeito da descentralização por meio do FUNDAF, não há dúvida de que a referida vantagem será custeada pelas receitas tributárias da União, podendo, também, ser constituído por dotações específicas consignadas na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais, na forma do art. 8º, I, do Decreto-lei nº 1.437/1975, vale dizer, por recursos que direta ou indiretamente pertencem ao Tesouro Nacional.

49. De outro lado, a natureza previdenciária da vantagem mostra-se evidente, pelo simples fato de o referido benefício integrar os proventos de aposentadoria e pensão, conforme previsto nos arts. 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, em valor fixo e predeterminado, cuja percepção deverá levar em consideração o tempo de serviço do servidor, observado o percentual mínimo de 35%, nos termos das tabelas constantes do Anexo IV do referido diploma legal.

50. Vale dizer, o Bônus de Eficiência e Produtividade, de inegável natureza remuneratória, deverá ser pago aos aposentados e pensionistas com recursos oriundos direta ou indiretamente do Tesouro Nacional. E como a lei excluiu expressamente a incidência da contribuição previdenciária sobre a referida vantagem, claro está que o seu pagamento na inatividade e para os pensionistas será custeado direta ou indiretamente pelos demais servidores que compõem o Regime de Previdência dos Servidores Públicos RPPS, transformando os servidores e pensionistas da Carreira de Auditoria Fiscal do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho em uma espécie de casta de servidores com regime previdenciário distinto dos demais.

51. A propósito, a Sefip apurou que, em julho de 2017, o Bônus foi pago a 18.668 aposentados e 13.409 pensionistas, gerando uma despesa mensal da ordem de R\$ 36,7 milhões ou cerca de R\$ 477 milhões ao ano.

52. A parcela foi estendida, inclusive, àqueles sem direito à paridade. Nesse caso, são 486 inativos e 3.856 pensionistas, perfazendo um dispêndio mensal de R\$ 4,3 milhões (cerca de R\$ 55,5

MS 35812 / DF

milhões ao ano).”

Esta Corte já decidiu que a contribuição previdenciária deve incidir sobre as verbas que serão carreadas pelo servidor para a inatividade, em feito com repercussão geral reconhecida:

“Ementa: Direito previdenciário. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Regime próprio dos Servidores públicos. Não incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria. 1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade. 2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham repercussão em benefícios. Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria. 3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial. 4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo. 5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como terço de férias, serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade. 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas.”

(RE 593068, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019)

Assim, o desconto da contribuição previdenciária é requisito fundamental para que o servidor possa perceber verbas na inatividade, a

MS 35812 / DF

título de proventos de aposentadoria ou de pensão.

No caso em tela, a previsão de pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade aos aposentados e pensionistas, nos termos da dicção dos artigos 14 e 24 da referida lei, não sofre o referido desconto.

Argumentam os Impetrantes que a verba não tem natureza previdenciária, pois é custeada com recursos do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização FUNDAF, instituído pelo art. 6º do Decreto-lei nº 1.437/1975, o art. 4º da Lei nº 7.711/1988, e que se refere a um reflexo do trabalho desenvolvido pelos inativos ainda quando em atividade, já que a atividade arrecadatória gera reflexos para o futuro.

No entanto, como bem asseverou a autoridade coatora, *“referida vantagem será custeada pelas receitas tributárias da União, podendo, também, ser constituído por dotações específicas consignadas na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais, na forma do art. 3º, I, do Decreto-lei nº 1.437/1975, vale dizer, por recursos que direta ou indiretamente pertencem ao Tesouro Nacional”*.

Ou seja, os valores são pagos por meio de recursos públicos, além de possuir natureza evidentemente remuneratória, já que compõem o montante dos vencimentos dos servidores por ele beneficiados, o que implica reconhecer que os aposentados e pensionistas levam para a inatividade verbas sobre as quais não houve o respeito ao princípio contributivo. Assim, é o labor dos servidores em atividade que custeará integralmente o pagamento do bônus aos servidores inativos, o que não se coaduna com os princípios que regem a relação entre servidor e Administração Pública após a inativação.

O servidor público somente pode carrear à inatividade verbas sobre as quais tenha efetivamente contribuído, especialmente em se considerando que muitos deles não possuem paridade em relação aos servidores em atividade.

Portanto, dada a natureza da verba e restando evidente seu custeio pelo Tesouro Público, há sim violação aos princípios previdenciários do artigo 40 da Constituição, na redação vigente quando da impetração e também na atual, especialmente o contributivo, uma vez que a única

MS 35812 / DF

relação possível dos inativos com a Administração é de cunho previdenciário, pois extinto o vínculo administrativo que regeu o período em atividade do servidor.

Logo, sob pena de desvirtuamento do equilíbrio atuarial e financeiro, entendo assistir razão à Corte de Contas, sendo inconstitucional o pagamento de verbas de natureza remuneratória a servidores inativos, sem o devido desconto da contribuição previdenciária.

Finalmente, não visualizo ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o Tribunal de Contas, no acórdão apontado como ato coator, apenas apontou orientação a seus setores internos, mas por si só não representou ordem para a glosa de qualquer parcela ou negou o registro de aposentadorias e pensões, razão pela qual não houve imperiosidade de notificação dos beneficiários.

Ademais, sequer nas hipóteses de apreciação do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão é exigível a abertura de contraditório, nos termos da Súmula Vinculante nº 3 do STF:

“Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

Assim, analisados os pontos trazidos nos mandados de segurança ora em análise, voto pela denegação da segurança, com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do artigo 7º, §§ 2º e 3º, e do artigo 17, §§ 2º e 3º da Lei nº 13.464/2017.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : **SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO SINAIT**
ADV.(A/S) : **CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O impetrante insurgiu-se contra os acórdãos nº 2.791/2018, 2.792/2018, 2.793/2018, 2.794/2018, 2.795/2018, 2.796/2018, 3.102/2018, 3.1103/2018 e 3.104/2018, formalizados pelo Tribunal de Contas da União, por meio dos quais negado registro de aposentadoria ante a inconstitucionalidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade versado na Lei nº 13.464/2017.

O Relator deferiu a ordem, assentando a impertinência do controle de constitucionalidade pelo Órgão.

O Tribunal de Contas enfrentou situação concreta e concluiu não prevalecer a lei, mas sim a Constituição, no que a Administração não está compelida a observar norma que entenda incompatível com a Lei Maior.

Atuando, não exerceu o controle difuso, propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional. Teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma.

Seria verdadeira incongruência afastar-se essa possibilidade. Prevaleceria, muito embora no campo administrativo, lei inconstitucional. O que não pode o órgão administrativo é exercer o controle concentrado de constitucionalidade. É algo diverso.

Divirjo do Relator, para indeferir a ordem.

13/04/2021

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : **SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO SINAIT**
ADV.(A/S) : **CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA**

VOTO VOGAL

A Senhora Ministra Rosa Weber: As 8 (oito) impetrações coletivas (mandados de segurança nºs 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.812, 35.824 e 35.836) em exame impugnaram o Acórdão nº 2000/2017, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, nos autos do processo TC nº 021.009/2017-1, e seus desdobramentos.

No item 9.2 do acórdão impugnado, a autoridade impetrada consignou:

“9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF;”

À luz do referido item, as impetrantes, entre outras considerações, sustentam que o acórdão impugnado importou em indevida fiscalização de validade dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, tudo de modo a excluir o direito de seus substituídos, conforme o caso, à percepção do “Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira” ou do “Bônus de Eficiência e Produtividade na

MS 35812 / DF

Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho”. Argumentam que o TCU, órgão desprovido de função jurisdicional, não pode exercer controle de constitucionalidade de preceitos legais.

O exame das impetrações pressupõe, portanto, em primeiro plano, análise da subsistência e do alcance do preconizado no enunciado da Súmula nº 347/STF.

Recordo que o referido verbete sumular foi aprovado em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, cujo precedente paradigma foi o Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372, de relatoria do Ministro Pedro Chaves, que restou assim ementado:

“Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido.” (DJ 26.04.1962)

Do voto do relator do mencionado precedente extrai-se a seguinte ressalva:

“Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas.

Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.” (DJ 26.04.1962)

O próprio precedente que embasou a edição da Súmula nº 347/STF assentou a distinção entre não aplicação de leis inconstitucionais, “obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”, e declaração de inconstitucionalidade, atribuição de competência específica do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante esse entendimento, algumas decisões desta egrégia Corte têm questionado a subsistência da Súmula nº 347/STF, considerada

MS 35812 / DF

a aprovação do seu enunciado em 1963, na vigência da Constituição de 1946.

Considero que a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não permite ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da validade de lei em caráter abstrato, apenas possibilita que aquele órgão de controle, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, **quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte.**

Assim entendeu o Plenário desta Casa, ao examinar as correlatas atribuições do Conselho Nacional de Justiça (com acréscimo de destaques):

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. (...) **2. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho.** 3. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário. 4. Além

MS 35812 / DF

dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 5. Mandado de segurança denegado.” (MS 28112, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

Acerca da impossibilidade de órgão administrativo ou de controle atuar na fiscalização abstrata da validade de diploma legal, recorde que, ao julgamento do MS 27.744 somei meu voto ao dos demais integrantes da Primeira Turma desta Casa para, por unanimidade, conceder a ordem, em acórdão assim ementado (destaquei):

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (...) 2. O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (art. 130-A, § 2º, da CF/88). Precedentes (MS 28.872 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno; AC 2.390 MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno; MS 32.582 MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno). 3. In casu, o CNMP, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 141, *in fine*, da Lei Orgânica do MP/SC, exorbitou de suas funções, que se limitam, como

MS 35812 / DF

referido, ao controle de legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Parquet. 4. Segurança concedida para cassar o ato impugnado. (MS 27744, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015)

No mesmo rumo, reporto-me aos seguintes precedentes da Segunda Turma desta Suprema Corte (destaques acrescidos):

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS AO PODER JUDICIÁRIO – ADICIONAL DE FUNÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL Nº 6.355/91 – RESOLUÇÃO Nº 01/92 DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, QUE REGULAMEN TOU, NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, A CONCESSÃO DE REFERIDO BENEFÍCIO – SUPOSTA EIVA DE INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO CNJ – IMPOSSIBILIDADE DE O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, SOB ALEGAÇÃO DE “FLAGRANTE INCOMPATIBILIDADE COM OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS” E DE PREVALÊNCIA DO “PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI”, IMPOR, CAUTELARMENTE, AO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL QUE SE ABSTENHA DE CUMPRIR O DIPLOMA LEGISLATIVO EDITADO, EM RAZÃO DE SUA SUPOSTA ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – LIMITAÇÕES QUE INCIDEM SOBRE A COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CF, ART. 103-B, § 4º), CONSIDERADO O CARÁTER ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO DE QUE SE REVESTE O SEU PERFIL INSTITUCIONAL – PRECEDENTES – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – A QUESTÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA –

MS 35812 / DF

INADMISSIBILIDADE DE REFERIDA FISCALIZAÇÃO, SEGUNDO ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STF E, TAMBÉM, PELO PRÓPRIO CNJ – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DESTA ESPÉCIE RECURSAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (MS 28924 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 11-02-2020 PUBLIC 12-02-2020)

EMENTA Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de controle administrativo. Convocação de magistrados de primeira instância para atuarem em segunda instância. Percepção de “auxílio-voto”. Violação dos direitos ao devido processo legal administrativo, ao contraditório, à ampla defesa e à garantia do juiz natural. Controle de constitucionalidade pelo CNJ. Impossibilidade. Constitucionalidade e regularidade das convocações. Resolução nº 72 do CNJ. Inaplicabilidade em função da irretroatividade. Disciplina remuneratória que, à época dos fatos, não se guiava pelo regime de subsídios. ADI nº 3.854/DF-MC. Inconstitucionalidade dos tetos estaduais. Ausência de má-fé. Segurança concedida. (...) **4. Não compete ao Conselho Nacional de Justiça, mesmo em pretense controle de legalidade dos atos do Poder Judiciário, emitir juízo acerca da constitucionalidade de norma em face de dispositivo ou princípio constitucional. Exorbitância do rol de atribuições do art. 103, § 4º, da CF. Precedentes. Exceção apenas admitida quando se trate de matéria já pacificada no STF, o que aqui não ocorre.** (...) 11. Segurança concedida. (MS 29002, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 23-07-2020 PUBLIC 24-07-2020)

Inviável, portanto, à luz da disciplina constitucional das atribuições do Tribunal de Contas da União e de precedentes do Plenário e de ambas

MS 35812 / DF

as Turmas desta Suprema Corte, entender que o referido órgão de controle possa, em deliberação dotada de acentuado coeficiente de abstração, como a proferida no processo TC nº 021.009/2017-1, implementar **fiscalização concentrada de validade** de dispositivos legais, de modo a apontar para o linear afastamento dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, ou do correlato art. 4º, § 1º, XXIII e XXIV, da Lei nº 10.887/2004, nos casos concretos envolvendo substituídos das entidades impetrantes.

Acrescento que a matéria abordada pela autoridade impetrada não se encontra pacificada em precedentes específicos desta Suprema Corte, de modo que não há falar em excepcional legitimidade do afastamento *tout court* da aplicação das referidas disposições legais por parte do órgão de controle.

Feitas essas ressalvas, voto pela concessão da ordem, tal qual o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, pedindo vênias à divergência.

É o voto.

Impresso por: 018.369.953-73 MS 35812
Em: 11/05/2021 - 12:52:38

13/04/2021

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : **SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO SINAIT**
ADV.(A/S) : **CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA**
PROC.(A/S)(ES) : **AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA**

VOTO

MS 34.410; 35.490; 35.494; 35.498; 35.500; 35812; 35824; 35836.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de mandados de segurança coletivos preventivos, que têm por objeto acórdão do Tribunal de Contas da União que afastou a aplicação dos parágrafos 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017, que fundamentavam a extensão a inativos e pensionistas do benefício denominado Bônus de Eficiência e Produtividade, concedido a auditores fiscais do trabalho e analistas tributários da Receita Federal do Brasil que integram a carreira tributária e aduaneira, por reputá-los inconstitucionais por não incidir sobre a referida parcela desconto de Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor – CPSS.

Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação:

“Art. 7º Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de:

I – 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;

II – 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

MS 35812 / DF

(...)

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'a' do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo.

§ 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo:

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela "a" do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela "a" do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída;

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela "a" do Anexo IV desta Lei.

(...)

Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro).

(...)

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela "b" do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo.

§ 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo:

MS 35812 / DF

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela "b" do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela "b" do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída.

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela "b" do Anexo IV desta Lei."

Discute-se se a Corte de Contas tem competência para exercer controle difuso de constitucionalidade.

Inicialmente, no tocante à alegação de incompetência do Tribunal de Contas da União para realizar controle difuso de constitucionalidade, é interessante notar que, entre nós, a jurisprudência antiga, encartada na Súmula 347 desta Corte, abre ensejo para que o Tribunal de Contas afaste a aplicação de uma lei a um caso sob o seu exame, por julgá-la inconstitucional.

Ocorre que o referido Enunciado foi aprovado em Sessão Plenária de 13.12.1963, em contexto constitucional totalmente diferente do atual.

Com efeito, até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, da aplicação de lei considerada inconstitucional.

Na vigência da Constituição de 1967/69, firmou o Supremo Tribunal Federal entendimento no sentido de que seria constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo estadual que determinasse aos órgãos a ele subordinados que se abstivessem da prática de atos que implicassem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. O precedente, de relatoria do Ministro Moreira Alves, restou assim ementado:

MS 35812 / DF

“É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto nº 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente”. (Rp 980, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 19.9.1980)

Cuidava-se de hipótese inequívoca de inconstitucionalidade e que, por isso, não se baseava em inconformismo de um Poder em face de outro. Ao contrário, a Corte vislumbrou no ato uma situação de autodefesa de prerrogativa que a Constituição conferia ao Executivo para melhor atender ao interesse público.

Tal como demonstra Ruy Carlos de Barros Monteiro em minucioso estudo sobre o tema, a questão de um eventual descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo deu ensejo a intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial (O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo. Revista Forense, v. 79, n. 284 e ss., p. 119, out/dez 1983).

O autor, inicialmente, noticia a existência de três correntes doutrinárias relativas à possibilidade de o Poder Executivo deixar de aplicar a legislação, por entendê-la inconstitucional. A primeira, capitaneada por Miguel Reale, defende que o Executivo pode deixar de aplicar determinada lei quando entender que ela estaria em desacordo com os comandos constitucionais. A segunda, representada, entre outros, por Alfredo Buzaid, entende que apenas o Poder Judiciário detém competência para apreciar a constitucionalidade das leis, sendo vedado ao Legislativo e Executivo deixar de aplicá-las, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. E a última, assumindo um viés intermediário e tendo como principal representante Victor Leal Nunes, consigna que apenas até a edição da EC 16/65 se apresentava autêntica a recusa do Poder Executivo de cumprir lei supostamente inconstitucional.

Em seguida, Ruy Carlos de Barros Monteiro manifesta-se – já em

MS 35812 / DF

1983! – no sentido de que compete exclusivamente ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade das leis. Na ocasião, o autor afirmou que, ao se conferir essa prerrogativa ao Poder Executivo, estar-se-ia destruindo, em termos definitivos, a independência e a harmonia entre os poderes. Nesse sentido, afirma que:

“Por isso, antes de quase institucionalizar a conduta, cumpre tratá-la diante de indagação imperiosa: conferindo essa atribuição ao Poder Executivo, como querem a doutrina e a jurisprudência, não se estaria destruindo a independência e a harmonia entre os poderes, numa real perda do equilíbrio no cumprimento das funções plasmadas pela Constituição?

Da resposta afirmativa sobressai, data vênua, patente fraude ao consagrado princípio, concebido que foi, como é cediço, para que o poder pudesse conter o poder: que aquele que faz as leis não seja o encarregado de aplicá-las e nem de executá-las; que o que execute não possa fazê-las nem julgar de sua aplicação; que o que julgue não as faça e nem as execute”. (O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo. Revista Forense, v. 79, n. 284 e ss., p. 101, out/dez 1983.)

Finalmente, conclui o autor: *“cada autoridade deve manter-se nos limites da própria competência, que é a que o direito objetivo lhe determina”*, sob pena de configurar-se o abuso de poder. Assim, deve sempre prevalecer *“a claríssima intenção do legislador constituinte que, em todo tempo, deferiu a alta missão privativamente ao Poder Judiciário, vedando assim que o Poder Executivo, tanto pelo seu Chefe, como pelos seus agentes, se sobreponha aos órgãos da jurisdição”* (O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo. Revista Forense, v. 79, n. 284 e ss., p. 119, out/dez 1983).

A introdução do controle abstrato entre nós, em 1965, representou uma alteração relevante de nosso sistema de controle de constitucionalidade. Já o texto constitucional de 1988 introduziu mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade.

MS 35812 / DF

Nesse contexto, afigura-se conveniente, senão necessário, assentar que a Constituição de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade.

A ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias (ANSCHÜTZ, Gerhard. *Verhandlungen des 34. Juristentages*. Berlim, 1927. v. 2, p. 208).

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento

MS 35812 / DF

residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

Ressalte-se que essa alteração se operou de forma ainda mais profunda com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pela Lei 9.882/1998. Isso porque, desde então, admite-se o ajuizamento de ação de controle abstrato contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição e também a verificação de compatibilidade entre esta última e o direito municipal.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade para que foi pensado esse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento de controle concentrado.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a ideia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei.

A outorga do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional realiza, de forma radical, a ideia, exposta inicialmente por Kelsen, da utilização da jurisdição constitucional, especialmente do controle abstrato de normas, para a defesa das minorias (KELSEN, Hans. *Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 30).

De mais a mais, o constitucionalismo brasileiro permite atualmente

MS 35812 / DF

ampla participação de órgãos estatais, instituições públicas e privadas, cidadãos e grupos no processo de interpretação da Constituição. Trata-se da concretização do que o jurista alemão Peter Häberle define como Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997).

A propósito, é oportuno consignar que a Lei 9.868/1998 prevê a possibilidade de designação, no curso do contencioso constitucional, de audiências públicas, para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria analisada (art. 20, §1º). Além disso, referida lei estabelece a possibilidade de manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, de órgãos e entidades diversos, desde que haja relevância do tema analisado e representatividade dos postulantes (art. 7, §2º).

Ao ampliar o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, ou a se manifestar nos processos de controle abstrato de normas, acabou o Constituinte de 87/88 por restringir a amplitude do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, limitando-os aos órgãos jurisdicionais. Além disso, a própria criação da ação declaratória de constitucionalidade revela a preocupação da Carta Magna em prestigiar a presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos.

De fato, esse sensível incremento do controle abstrato de constitucionalidade, inclusive com efeito vinculante e eficácia contra todos, implica a desnecessidade de que o sistema de controle difuso de constitucionalidade extrapole a esfera do Judiciário.

Nesse contexto, é relevante reafirmar que a possibilidade de os órgãos de controle administrativo deixar de cumprir decisão legislativa, com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade, é controvérsia que, sob o regime constitucional anterior, ganhou alguma densidade doutrinária e jurisprudencial, mas certamente já perdeu muito do seu significado prático, em face da nova disciplina conferida à ação direta de

MS 35812 / DF

inconstitucionalidade. A outorga do direito para propor a ação direta aos Chefes do Executivo federal e estadual, bem como às Mesas das Casas Legislativas, retira, senão a legitimidade desse tipo de conduta, pelo menos, na maioria dos casos, a motivação para a adoção dessa conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito.

Evidentemente, a simples instauração de controvérsia sobre a legitimidade ou não de uma determinada decisão legislativa já se mostra apta a produzir uma ampla insegurança jurídica, podendo dar ensejo ao adiamento da implementação de determinadas decisões legislativas. Foi nesse contexto que surgiu também a necessidade de que se desenvolvesse um instrumento que assegure ao Legislativo e ao Executivo a possibilidade de provocar o Judiciário, não para provocar uma declaração de inconstitucionalidade, mas, ao revés, para afirmar, de maneira definitiva, a legitimidade de uma dada lei.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, veio, ainda que parcialmente, colmatar a lacuna identificada, permitindo que, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a legitimidade de uma lei federal, pudessem o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal ou, ainda, o Procurador-Geral da República provocar o Supremo Tribunal com o objetivo de colher, com eficácia contra todos e efeito vinculante, uma declaração de constitucionalidade de ato normativo.

Nessa linha, é coerente com nosso sistema constitucional que a presunção de constitucionalidade das normas somente possa ser afastada por órgãos jurisdicionais competentes.

Nesse sentido, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil demonstra a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 do STF em face da ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1988.

Órgãos administrativos, como o Tribunal de Contas da União, não encontram esteio no novo texto constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade, dados o franco acesso ao Poder Judiciário e a existência de instrumental seguro e célere no controle abstrato de

MS 35812 / DF

constitucionalidade, dirigido diretamente ao STF.

No tocante à jurisprudência do STF, esse entendimento já foi espelhado monocraticamente por alguns Ministros nos seguintes casos: MS 26410 MC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 2.3.2007; MS 27743 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 15.12.2008; MS 27337, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 28.5.2008; MS 28745 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 13.5.2010; MS 27796 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Presidente Min. GILMAR MENDES, DJe 9.2.2009; e, MS 29123 MC, de minha relatoria, DJe 9.9.2010.

Essa orientação aplica-se, também, ao Banco Central, ao CADE, às Agências Reguladoras, ao CNJ, ao CNMP, ao CARF, ou seja, qualquer órgão pertencente a outro Poder, que não o Judiciário.

Observo, no entanto, que, apesar desse entendimento pacífico, não há empecilho para que a Administração Pública deixe de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional ou interpretação tida como incompatível com a Constituição **pela Suprema Corte**, consoante jurisprudência pacífica.

Quando o STF, no papel do intérprete constitucional, procede à determinada leitura da norma constitucional, não podem os demais órgãos públicos *lato sensu*, no exercício de atividade administrativa típica ou atípica, simplesmente desprezá-los e passarem a contorná-los com artimanhas jurídicas.

Dito de outro modo, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais entes federativos, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão.

Tal interpretação deve ser igualmente entendida pelos órgãos da Administração Pública e também pelos tribunais de contas, como indicativa do sentido normativo-constitucional, mesmo no caso de se tratar de jurisprudência firmada sem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Isso porque, na hipótese contrária, já há obrigatoriedade de observância da jurisprudência, na forma do §2º art. 102 da CF, a saber:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo

MS 35812 / DF

Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Feitas essas considerações, acompanho o voto do Ministro Relator.

Impresso por: 018.369.963-73 MS 35812
Em: 11/05/2021 - 12:52:38

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 35.812

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

IMPTE.(S) : SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO
SINAIT

ADV.(A/S) : CLAUDIO RENATO DO CANTO FARAG (14005/DF, 214341/RJ,
389410/SP) E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA

PROC.(A/S) (ES) : AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos registros, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falou, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Plenário, Sessão Virtual de 2.4.2021 a 12.4.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário