

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, partir dos efeitos da decisão, conhecer-se 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 segurança coletivo visando a 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, eis 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 esse 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).

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 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:

“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 ao 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 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 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 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 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 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. 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, à 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 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 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 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 Público.

Dentro dessa perspectiva constitucional de sua definição, organização e fortalecimento institucional é inconcebível a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos, sob o pretenso 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 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, 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 intra partes 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 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 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 a 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 onde 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 pétreia 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.

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 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?*), 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 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, parágrafo 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 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 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 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 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 .

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/04/2019 10:00