

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 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 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 pretense 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.’

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 Chanc 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). (...)

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 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, §§ 2º 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 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 e 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 recorresse 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, assuma obrigações de natureza pecuniária.

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.

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 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. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). 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 CONDUCTA, 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 OBSERVÂNCIA, 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 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 à 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 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, 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 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 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 repute 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 acautelar-se para minimizar a possibilidade das transgressões em 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 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, 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 expresse 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 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 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 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.

.....
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 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 trata 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 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.

.....
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 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 carregadas 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, 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 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 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. 8º, 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 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/04/21 14:26