

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 021.009/2017-1

Natureza(s): Representação

Órgãos/Entidades: Ministério da Fazenda (vinculador); Ministério do Trabalho

Representação legal: Araceli Alves Rodrigues (26.720/OAB-DF) e outros, representando Sind. Nac. da Insp. do Trabalho; Rackel Lucena Branco de Medeiros (27216/OAB-DF) e outros, representando Unafisco Sindical.

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 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

Trata-se de agravo interposto pela União, com fundamento no art. 289 do Corte de Contas, contra decisão monocrática da minha lavra, referendada pelo Plenário do Tribunal na sessão de 30 de agosto de 2017, que concedeu, de ofício, a medida cautelar propugnada pela unidade técnica, 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.

2. Ao acompanhar os fundamentos e as conclusões da Sefip, asseverei o seguinte:

“(…)

12. *De fato, o pagamento a inativos e pensionistas – inclusive aqueles sem paridade – de vantagem de natureza **pro labore faciendo** expressamente excluída da base de cálculo da contribuição previdenciária parece afrontar, em juízo de cognição sumária, os preceitos insertos no art. 40, **caput** e §§ 1º e 3º, da Constituição Federal. A jurisprudência do TCU a respeito 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”.*

13. *Aliás, sob outra perspectiva, parecem igualmente malferidos os §§ 4º e 18 do mesmo art. 40 da Carta, haja vista o estabelecimento, em favor de um grupo restrito de segurados, de critério diferenciado para fixação do valor do benefício previdenciário e, mais, de dispensa da contribuição exigível sobre a parcela do bônus levada aos proventos. Transcrevo os mencionados dispositivos constitucionais:*

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

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

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

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

*I - portadores de deficiência;*

*II - que exerçam atividades de risco;*

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

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

14. *Essa aparente liberalidade, devo anotar, não deixa de causar certa perplexidade num momento em que o Governo Federal e o Congresso Nacional se veem empenhados em equacionar o crescente déficit fiscal verificado nas contas públicas, potencializado, diga-se de passagem, precisamente pela virtual insolvência do regime previdenciário do funcionalismo.*

15. *Nesse sentido, apresenta-se também preenchido o requisito do **periculum in mora**, dada a dimensão dos valores que mensalmente oneram o Tesouro Nacional, sabidamente de difícil reparação no futuro.*

16. *Assim, concedo, de ofício, a medida cautelar propugnada pela unidade técnica, 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.*

17. *Paralelamente, determino a oitiva dos dois órgãos, bem assim do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, este último na qualidade de coordenador e gestor do sistema de pessoal civil da Administração Federal, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestem-se acerca da matéria tratada nos autos.*

18. *À Sefip, para prosseguimento do feito.”*

3. Requer a União o conhecimento e provimento ao presente recurso, para que:

*“(i) o eminente Ministro Relator possa rejeitar in totum a representação e reformar a decisão agravada, nos termos do §1º do art. 289 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, ou*

*(ii) caso não acolhido o pedido anterior, que o eminente Relator possa conferir efeito suspensivo ao presente agravo, nos termos do § 4º do art. 289 do RI-TCU para que possa vir a ser submetido com urgência o presente agravo à deliberação do colegiado para que se lhe dê provimento, determinando-se a suspensão dos efeitos do despacho/acórdão agravado, tendo em vista os danos à ordem constitucional.”*

4. Para tanto, sustenta a agravante o seguinte:

#### *II.a) - DA OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL*

*Conforme já se relatou, o processo foi iniciado por representação da Sefip/TCU, tendo sido deferida medida cautelar pelos próprios fundamentos da representação. E o referendo da decisão em Plenário, na sessão ordinária de 30 de agosto de 2017, deu-se em poucos minutos, sem qualquer discussão acerca do tema.*

*Ocorre que a representação diz respeito à aplicação direta de Lei federal, que restou questionada em razão de alegada violação a princípios constitucionais. Não há, pois, qualquer medida administrativa impugnada que não seja a simples efetivação do comando direto de Lei federal regularmente aprovada pelo Congresso Nacional, de modo que **o caso encerra evidente declaração de inconstitucionalidade de lei em tese pelo Tribunal de Contas da União. E, não bastasse isso, declaração de inconstitucionalidade de ofício, por provocação do próprio Tribunal, por secretaria técnica.** Certamente trata -se de uma sistemática que não está albergada pela Constituição Federal brasileira, senão vejamos.*

#### *DA SÚMULA 347 STF*

*A decisão cautelar embasa-se. desde a origem da provocação da Sefip/TCU, na súmula 347 STF, segundo a qual "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público". Ocorre que é necessário ter em conta que essa súmula foi aprovada na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, ou seja, há mais de 5 décadas, já tendo sido perpassada por duas novas Ordens Constitucionais. Com efeito, a referência legislativa que embasou a referida súmula está na "Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946", bem como o precedente considerado data de 1962, o que poderia indicar qualquer coisa acerca da defasagem desse comando sumular.*

*(...)*

*Ou seja, a análise adequada da Súmula 347 STF e do precedente que a embasa revela a não adequação de se pretender garantir ao TCU a declaração de inconstitucionalidade de lei (ADI 2645: ADI 1140: QO/ADI 870). Isso porque o entendimento do STF dizia respeito tão-somente à não-aplicação de lei que já havia sido declarada inconstitucional pelo próprio STF, e esse sim seria um dever de qualquer órgão ou de qualquer dos poderes do Estado. Por isso fala-se em "apreciar" a inconstitucionalidade, e não em "declarar". **Nunca houve, pois, manifestação do STF no sentido de se garantir aos Tribunais de Contas a declaração de inconstitucionalidade de lei,** o que aliás está em consonância com a própria natureza dos Tribunais de Contas, senão vejamos.*

#### *DA NATUREZA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS*

*(...) desde a sua origem primeira no constitucionalismo brasileiro, os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares do Poder Legislativo, bem como desde essa mesma origem está clara a vinculação dos Tribunais de Contas à legalidade. E essa natureza foi mantida em todas as Constituições subsequentes, como não poderia deixar de ser.*

(...)

*Por fim, a Constituição Federal de 1988 trouxe relevante fortalecimento institucional para os Tribunais de Contas, em especial na direção de maior autonomia em relação ao Poder Executivo, uma vez que a maioria do Tribunal é indicada pelo Poder Legislativo. Só isso já evidencia a manutenção integral da condição de órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que fica mais claro pela redação direta do art. 71, que é expresso ao afirmar que "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o **auxílio do Tribunal de Contas da União**", discriminando-se posteriormente as competências desse relevante órgão. Saliente-se que compete ao Congresso Nacional o julgamento das contas prestadas pelo Presidente e relatórios sobre a execução dos planos de governo, bem como a fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49. IX e XIII).*

*O mesmo art. 71, em seu inciso II, prevê a competência constitucional do Tribunal de Contas para "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta. (...) e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário público". Ou seja, há aqui competência constitucional de julgamento direto pelo TCU, sem a participação do Poder Legislativo estrito senso. E a competência estende-se à aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário, em caso de **ilegalidade** de despesa ou de prestação de contas" (inciso VIII). **Mas nem por isso fica afastada a natureza de órgão auxiliar do Poder Legislativo**, tanto é assim que o inciso XI do mesmo dispositivo prevê a representação ao Poder Competente sobre irregularidades ou abusos apurados, bem como o § 4º prevê que o Tribunal encaminhará ao Congresso nacional relatório de suas atividades, em periodicidade trimestral e anual.*

#### DA INVIABILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

*Portanto, tem-se que a importância do Tribunal de Contas da União é indene de dúvidas, tratando-se de "órgão independente, auxiliar e de orientação do Congresso Nacional, tendo em vista os princípios da **legalidade**, legitimidade e economicidade na fiscalização da aplicação das verbas públicas". E que "seu âmbito de ação não está restrito apenas ao papel de fiscal, desempenhando, também, uma função educativa e moralizadora, para a melhor gestão do bem público". Todavia, **isso não autorizaria que o Tribunal pretenda substituir-se ao Poder Legislativo que deve auxiliar, bem como não há qualquer supedâneo para que se faça controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas**. Ao revés, as competências constitucionais, atuais e históricas, são claríssimas ao vincular as atividades das Cortes de Contas à **legalidade**, como não poderia deixar de ser, na medida em que o Tribunal deve deferência direta exatamente ao Poder Legislativo.*

*Veja-se que, no caso, as próprias palavras do Ministro Relator evidenciam a intenção direta de substituição às decisões políticas do Congresso Nacional. Com efeito, o e. Ministro afirma que "essa aparente liberalidade [do Congresso Nacional. ao aprovar a Lei 13.464/2017], devo anotar, não deixa de causar certa perplexidade num momento em que o Governo Federal e o Congresso Nacional se veem empenhados em equacionar o crescente déficit fiscal verificado nas contas públicas" (item 14 da medida cautelar). Percebe-se um potencial intento de se substituir à vontade do legislador, o que viola todo o arcabouço do Estado de Direito.*

(...)

**O caso da declaração de inconstitucionalidade pelo TCU mostra-se ainda mais grave por dizer respeito não apenas à separação de Poderes, mas à própria preservação do Poder**

*que se deve auxiliar. Em outras palavras, é mais gravosa e danosa a potencial incursão sobre a competência típica do Poder Legislativo pelo seu órgão auxiliar, qual seja o TCU. Nunca é demais lembrar que as Cortes de Contas carecem de legitimidade, de modo que se deve buscar afastar qualquer possibilidade de substituição do Poder Legislativo na escolha de opções políticas.*

*Ora, já se esclareceu que o Tribunal de Contas tem por função o exame da legalidade das despesas efetuadas, de modo que a pretensão de afastar lei em tese configura distorção dessa premissa, na medida em que tem potencial de configurar a própria negação da legalidade. Não há, repita-se, interpretação constitucional que viabilize compreender o TCU como órgão de fiscalização de constitucionalidade, o que se confirma pela sua natureza de auxiliar exatamente do Poder Legislativo.*

*E não bastasse isso, a gravidade do tema é aumentada por se tratar de verdadeira declaração de inconstitucionalidade de ofício. Ou seja, o TCU não apenas avança na competência típica competência do STF como o faz sem precisar sequer da provocação de legitimados. Percebe-se sem dificuldades que essa sistemática representa urna inversão indefensável. Diga-se. Por importante, que não há diferença ontológica entre afastar a aplicação de uma lei e declarar a sua inconstitucionalidade.*

(...)

*De mais a mais, a decisão do TCU de afastar a imperatividade e a coercibilidade de uma lei faz tábula rasa do princípio da conformidade funcional, segundo o qual não se admite interpretação constitucional conducente a quebrar o esquema organizatório-funcional tracejado pelo constituinte, este o qual não trouxe a competência para o TCU declarar ou apreciar a constitucionalidade de leis.*

(...)

*Portanto, afigura-se necessário reconhecer que a medida cautelar deferida tem efeito idêntico ao de uma liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dessa feita, a cautelar merece reforma, por fugir à acepção possível para a Súmula 347 STF, cuja única linha de compreensão válida é que o TCU afaste a aplicação de lei que já tenha sido declarada inconstitucional pelo Juízo competente. A manutenção da cautelar configura ofensa à Ordem Constitucional, mais precisamente à separação de Poderes e em especial à configuração institucional do Tribunal de Contas da União, com sua qualidade de órgão auxiliar do Poder Legislativo incumbido da aferição de legalidade.*

*É por isso que a manutenção da medida cautelar ora atacada deve ser considerada como caracterizadora de grave lesão ao funcionamento equilibrado dos Poderes, Funções e Instituições Constitucionais da República.*

## **II.b) — DO MÉRITO**

*No mérito, a Sefip/TCU entendeu que a extensão do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade a inativos e pensionistas "contraria o regime solidário e contributivo da previdência social, bem como o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial". Percebe-se, pois, que a premissa adotada é a de inserção do referido Bônus como verba previdenciária, a atrair a incidência dos princípios suscitados. Nesse sentido, aduziu-se expressamente que "é vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário. (...) 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”.*

*Ocorre que a premissa mostra-se equivocada, pois a verba em apreço não se amolda ao conceito de verba previdenciária. Senão vejamos.*

*Nos exatos termos da Lei n. 13.464/2017, o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira da Receita Federal do Brasil integra o chamado Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, e será calculado a partir da multiplicação da base de cálculo pelo índice de eficiência institucional, índice esse a ser mensurado a partir de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil. E a gestão do Programa caberá ao Comitê Gestor respectivo, composto por representantes dos Ministérios da Fazenda (MF), do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPOG) e da Casa Civil, cabendo a esse Comitê estabelecer a forma de gestão do Programa e a metodologia para mensuração da produtividade global, bem como fixar o índice de eficiência institucional (art. 6º).*

*A mesmíssima lógica é aplicável ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria Fiscal do Trabalho, regulado pela mesma lei, a partir do art. 16, com Comitê Gestor formado pelos Ministérios do Trabalho (MT), MPOG e Casa Civil.*

*Portanto, é a partir desses dados que será calculado o Bônus de Eficiência, de ambas as carreiras públicas, com cálculo trimestral e efetivado nos meses de janeiro, abril, julho e outubro de cada ano, pagando-se parcelas mensais e sucessivas, de igual valor entre si, a partir do mês posterior a cada apuração (arts. 8º e 9º). Diga-se, ainda, que os servidores cedidos e afastados, para alguns fins, não perceberão a verba, que para os servidores ativos depende de efetivo exercício do cargo por pelo menos metade do período de apuração (art. 10 e 12).*

*O que se tem aqui, pois, é uma verba variável e atrelada à produtividade, com apuração trimestral a gerar um valor para os três meses seguintes. E, como já se viu, o valor do Bônus é calculado a partir de base de cálculo, que está no Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização — FUNDAF, conforme art. 15 da Lei 13.464/2017. E a base de cálculo é fechada em definitivo a partir da atuação do Comitê Gestor do Programa previsto na Lei ora em apreço.*

*A partir dessa base de cálculo, firmou-se a opção política de divisão de valores por todos os servidores envolvidos, ativos e inativos, e também por beneficiários de pensão por morte. Ou seja, o Congresso Nacional, por encaminhamento do Poder Executivo, firmou a opção política de fomentar a atividade dos Auditores da Receita e do Trabalho a partir da previsão de uma verba que seria levada em parte para a inatividade e para o pensionamento por morte. Cuida-se do exercício legítimo do Poder de legislar, que em definitivo não pode ser afastado por ato unilateral, de ofício e inclusive por decisão monocrática inaudita altera pars, do TCU.*

*Percebe-se, pois que o pagamento do Bônus na inatividade não tem qualquer relação com contribuições previdenciárias prévias ou futuras, pois não se trata de verba considerada para esse fim. Ao revés, o Bônus decorre de verbas que chegarem ao FUNDAF a partir de receitas diversas decorrentes de atividades próprias da Secretaria da Receita Federal, nos termos do art. 8, III, do Decreto-Lei 1.437/1975, ou seja, **não se trata de dispêndio a ser efetivado pelo Tesouro Nacional para custeio de verbas previdenciárias.** Uma vez apuradas essas verbas e definido o montante que integrará a base de cálculo do Bônus, o valor individual trimestral será calculado a partir de índice de produtividade definido, dividindo-se o montante entre ativos, inativos e pensionistas, por opção política legítima. Ou seja, trata-se*

*de uma sistemática que foge integralmente à lógica do benefício previdenciário, e os valores a serem percebidos pelos inativos dependerão de apuração direta de valores atuais e decorrentes da produtividade do órgão a que se remetem, sem qualquer ligação com benefícios previdenciários já existentes. E, se não há ligação de natureza previdenciária, não há também contribuição previdenciária, nem na atividade nem na inatividade.*

*Vale salientar que a tentativa de fazer incidir nessa verba uma lógica que lhe é alheia pode gerar inclusive distorções relevantes, como um duplo pagamento na inatividade. Isso porque a incidência de contribuição previdenciária sobre a Bônus em apreço geraria necessária repercussão nos valores futuros da remuneração por inatividade, independentemente de se ter ou não direito à paridade. Assim, o servidor passado à inatividade receberia repercussões do bônus em sua remuneração-base, mas não deixaria de receber o Bônus novamente, nos valores firmados pela Lei, pela divisão direta dos recursos do FUNDAF. **Ou seja, a prevalecer a tese encampada pelo TCU, os inativos futuros acabariam por receber o Bônus em dobro, o que certamente não se admite.***

*Não bastasse isso, tem-se que a tese de incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários. **Portanto, a decisão ora combatida acaba por gerar um dano direto para a União.***

*No tocante à paridade, a argumentação usada para o deferimento da cautelar é dissociada da própria redação legal, na medida em que há decréscimo anual para os inativos, até que se chegue ao percentual permanente de 35%. **Portanto, causa espécie que a paridade tenha sido sequer levantada na decisão, uma vez que simplesmente não se aplica, do ponto de vista conceitual, ao caso.***

*A confusão do Bônus com benefício previdenciário fica clara ainda quando o e. Ministro Relator suscita jurisprudência do TCU no sentido de ser vedado ao servidor público carrear para os proventos de aposentadoria ou para pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário. E que o art. 40 da Constituição estaria ainda violado pelo "estabelecimento, em favor de um grupo restrito de segurados, de critério diferenciado para fixação do valor do benefício previdenciário". Ocorre que **não se trata de benefício previdenciário, não há qualquer repercussão de natureza previdenciária, o que por si só esvazia a argumentação levada a cabo.***

*O Ministro Relator consigna que a instituição do Bônus de Eficiência e Produtividade 'não deixa de causar certa perplexidade num momento em que o Governo Federal e o Congresso Nacional se veem empenhados em equacionar o crescente déficit verificado nas contas públicas, potencializado, diga-se de passagem, precisamente pela virtual insolvência do regime previdenciário do funcionalismo". Aqui, a par de novamente se demonstrar a confusão de verbas de natureza distinta, fica deveras evidente a avaliação política da questão, que certamente não tem lugar.*

*Outrossim, deve-se afastar mais uma vez a natureza previdenciária do benefício, cujo pagamento é realizado a partir de valores ingressados no FUNDAF pela atuação da Receita Federal do Brasil. **Não há, pois, ônus imposto ao Tesouro Nacional pelo pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade aos Auditores da Receita Federal do Brasil.***

*Por derradeiro, vale salientar que o caso encerra uma aparente dificuldade do TCU em visualizar e acatar as alterações recentes no regime previdenciário do servidor público, que evidenciam uma tendência a afastar do âmbito previdenciário quaisquer verbas que ultrapassem o teto do Regime Geral de Previdência Social, cujo valor é equivalente ao Regime*

*Próprio de Previdência Social. Essa é a lógica que vem sendo construída desde a Emenda Constitucional 41/2003, que foi reforçada pelas Leis 12.618/2012 e 13.183/2015. A alteração do regime previdenciário terá repercussão natural na forma de remuneração do servidor público, prestigiando-se verbas que viabilizem uma lógica de ganha-ganha, atrelando-se a percepção de parcelas financeiras aos resultados obtidos pelo serviço. É exatamente esse o caso.*

*Assim, inegável se mostra a grave lesão à ordem constitucional que a manutenção da cautelar em comento poderá acarretar” (grifos originais).*

É o Relatório.