VOTO

De início, conheço dos presentes embargos declaratórios por estarem preenchidos os seus pressupostos legais e regimentais de admissibilidade.

2. Quanto ao mérito, dispõe o **caput** do artigo 34 da Lei nº 8.443/1992 que *"cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida"*.

3. No mesmo sentido, o artigo 287 do RITCU estabelece que *"cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal"*.

4. Daniel Amorim Assumpção Neves, ao analisar os vícios que legitimam o ingresso dos embargos declaratórios no âmbito do processo civil, ensina que:

> *"A omissão refere-se à ausência de apreciação de questões relevantes sobre as quais o órgão jurisdicional deveria ter se manifestado, inclusive as matérias que deva conhecer de ofício. Ao órgão jurisdicional é exigida a apreciação tanto dos pedidos como dos fundamentos de ambas as partes a respeito desses pedidos. Sempre que se mostre necessário, devem ser enfrentados os pedidos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, sendo que essa necessidade será verificada no caso concreto, em especial na hipótese de cumulação de pedidos, de causas de pedir e de fundamentos de defesa.*
>
> *(...)*
>
> *A obscuridade, que pode ser verificada tanto na fundamentação quanto no dispositivo, decorre da falta de clareza e precisão da decisão, suficiente a não permitir a certeza jurídica das questões resolvidas. (...)*
>
> *(...)*
>
> *O terceiro vício que legitima a interposição dos embargos de declaração é a contradição, verificada sempre que existirem proposições inconciliáveis entre si, de forma que a afirmação de uma logicamente significará a negação da outra. Essas contradições podem ocorrer na fundamentação, na solução das questões de fato e/ou de direito, bem como no dispositivo, não sendo excluída a contradição entre a fundamentação e o dispositivo, considerando-se que o dispositivo deve ser a conclusão lógica do raciocínio desenvolvido durante a fundamentação. O mesmo poderá ocorrer entre a ementa e o corpo do acórdão e o resultado do julgamento proclamado pelo presidente da sessão e constante da tira ou minuta, e o acórdão lavrado"* (**in** Manual de Direito Processual Civil, 3ª Ed., Editora Método, p. 718-719).

5. Na espécie, consoante se extrai do relatório, alega o embargante a ocorrência de contradição e omissão na decisão embargada, por entender, em síntese, que a presente representação, desde a sua instauração, versava sobre casos concretos de percepção de vantagem pecuniária denominada bônus de eficiência que vem sendo paga ilegitimamente a inativos e pensionistas da Carreira de Auditoria do Ministério da Fazenda e do Trabalho, daí o equívoco do Plenário deste Tribunal ao dar provimento ao agravo interposto pela União e ao determinar o arquivamento do processo, sem analisar-lhe o mérito, por entender que a representação envolvia o controle prévio e **in abstrato** de constitucionalidade de norma legal.

6. No tocante aos vícios alegados, extrai-se da decisão embargada o seguinte:

> *"38. Afastada a tese de que este Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições constitucionais, não pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, cumpre, agora, analisar o caso concreto ora submetido a julgamento.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58511875.

39. Trata-se de representação da Secretaria de Fiscalização de Pessoal desta Corte - Sefip efetuada com base no inciso VI do art. 237 do Regimento Interno. A instrução, acolhida pelo titular da unidade técnica, propõe seja concedida medida cautelar, de modo a evitar que se efetue o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade instituído pela Lei 13.464/2017 aos aposentados e pensionistas da Carreira de Auditoria Fiscal do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho.

*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 insculpidos 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:

(...)

*55. A despeito da relevância da questão e da materialidade do dano apurado (cerca de R$ 477 milhões anuais), observo que a unidade técnica propõe verdadeiro controle prévio e **in abstracto** de constitucionalidade de norma legal, o que não se insere no rol de competências desta Corte e é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 102, inciso I, alínea "a").*

56. É certo que o Tribunal pode, nos casos concretos, examinar a constitucionalidade de norma, mas não é essa a proposta da Sefip, que busca impedir todo e qualquer pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade instituído pela Lei 13.464/2017 aos aposentados e pensionistas da Carreira de Auditoria Fiscal do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho, afastando-se a aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 7º

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58511875.

e dos §§ 2º e 3º do art. 17, ambos da Lei 13.464/2017, por estarem em desconformidade com os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no caput do art. 40 da Constituição Federal.

57. A despeito das inconstitucionalidades acima mencionadas, em relação às quais reitero a minha total concordância, entendo que esta Corte de Contas encontra-se limitada em sua atuação, por se tratar os presentes autos de processo de representação formulada pela unidade técnica versando sobre a constitucionalidade de leis e regulamentos de forma abstrata.

58. Com efeito, tudo leva a crer que a presente representação foi formulada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade na esfera administrativa, resultando daí a inviabilidade do exame da questão na forma proposta, haja vista que o exame de constitucionalidade por parte desta Corte de Contas, assegurado pela Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, somente poderia se dar de forma incidental.

59. Veja-se, nesse sentido, o Acórdão nº 1955/2007-Plenário, da minha Relatoria:

> *"SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA MP 387/2007. PROPOSTA DE MEDIDA CAUTELAR. NÃO-CONHECIMENTO, UMA VEZ QUE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE **IN ABSTRATO** DE NORMA LEGAL É COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF.*
>
> *1. Não se conhece de representação cujo objetivo é fazer o controle prévio e **in abstrato** de norma legal.*
>
> *2. As representações a serem examinadas devem ter por objeto casos concretos."*

60. Por tudo o quanto foi exposto, entendo que o presente agravo deve ser provido, por envolver a representação o exame abstrato de constitucionalidade de leis, o que, a meu ver, não encontra respaldo na Constituição Federal. Nada obsta, todavia, que o Tribunal, caso entenda que a referida vantagem seja incompatível com a Constituição Federal, decida, como de direito, nos casos concretos que lhe forem submetidos.

61. Por esse motivo, não resta a menor dúvida de que este Tribunal, em observância aos princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial e do regime solidário e contributivo da previdência social, consoante afirmado na decisão impugnada, pode e deve afastar a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017 nos casos concretos submetidos à sua apreciação, por exemplo, nos atos de aposentadoria que lhe serão encaminhados para fins de registro ou em representações versando sobre situações concretas, consoante lhe autoriza o enunciado nº 347 da Súmula do STF, competindo aos interessados, caso se sintam prejudicados, provocar o Poder Judiciário, para a tutela do que entende ser de seu direito, a exemplo do que decidiu a Suprema Corte no citado AgRgSS nº 514-AM, RTJ 150/407, não sendo razoável, porém, inverter-se essa ordem e exigir-se que o TCU, previamente, vá ao Poder Judiciário ou tenha de provocar o Procurador-Geral da República, para que possa exercer as suas competências de controle externo, que lhe foram outorgadas pela própria constituição.

62. Impõe-se, ainda, a remessa do inteiro teor do presente processo, assim como da deliberação que vier a ser proferida, 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58511875.

63. Por fim, entendo ser de bom alvitre recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão 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.

64. Nesse sentido, tendo em vista os termos da representação e os fundamentos constantes da decisão agravada, entendo ser o caso de se dar provimento ao agravo, para se negar conhecimento à 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.

(...)"

7. Como se vê, o Plenário deste Tribunal, acompanhando o voto condutor da minha lavra, entendeu, à unanimidade, que a representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal deste Tribunal - Sefip, nos moldes em que estava sendo proposta, ensejava o exame prévio e abstrato de constitucionalidade de norma legal, o que não poderia ser feito em processo de representação.

8. Não sem razão, fiz constar do item 9.1 do Acórdão embargado, na sua parte final, o seguinte:

"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;" (grifou-se).

9. A convicção que tive quando da análise do presente processo é a de que a unidade técnica não teria feito a análise individualizada de cada servidor ou grupos de servidores que se encontravam em situações idênticas, apesar da listagem constante das peças 2 a 4 dos presentes autos. Tanto é assim que não lhes foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa nos autos, conforme determina o enunciado nº 3 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal:

"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."

10. Entendi, ademais, que a questão tratada no presente processo, tal como posta pela unidade técnica na sua manifestação, transcende os interesses dos servidores constantes da listagem, pois a declaração de inconstitucionalidade pleiteada, na prática, afastará a incidência do dispositivo legal tido por inconstitucional da ordem jurídica, afetando não só os servidores já identificados, mas também aqueles outros sujeitos indeterminados que já estejam ou que possam estar na mesma situação jurídica. Veja-se, a propósito, o que foi requerido pela Sefip em sua manifestação:

*"**PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO***

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58511875.

54. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior com a proposta de que, após o sorteio do relator, seja:

a) conhecida a presente representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

b) determinado cautelarmente, com fulcro no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, que:

b.1) o Ministério da Fazenda afaste a aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei 13.464/2017, suspendendo o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade do contracheque dos aposentados e dos pensionistas, uma vez que esse pagamento está em desconformidade com os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no caput do art. 40 da Constituição Federal, assim como com 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);

b.2) o Ministério do Trabalho afaste a aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 17 da Lei 13.464/2017, suspendendo o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade do contracheque dos aposentados e dos pensionistas, uma vez que esse pagamento está em desconformidade com os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no caput do art. 40 da Constituição Federal, assim como com 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);

c) promovida a oitiva do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho, com fundamento no art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, a respeito do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade para aposentados e pensionistas com direito à paridade, sem que haja contribuição previdenciária sobre essa parcela, em relação aos servidores em atividade, bem como do pagamento dela para aposentados e pensionistas sem direito à paridade" (grifou-se).

11. Por isso, tendo em vista o pedido formulado pela unidade técnica, o qual deve pautar a atuação do órgão julgador no caso concreto, entendi que a presente representação não estava tratando de situações concretas envolvendo o pagamento de vantagens indevidas a servidores, mas, sim, de controle geral e abstrato de norma legal, no que fui acompanhado pelo Plenário deste Tribunal, tendo sido ressalvada a possibilidade de nova provocação do Tribunal por qualquer meio, inclusive, por meio de nova representação, desde que venha ser objeto de análise situações concretas, assegurando-se aos interessados o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

12. Fixada a premissa acima referida, não há que se falar na ocorrência de nenhum dos vícios alegados na decisão embargada, pois ela se mostra coerente na solução das questões de fato e de direito conforme a premissa que foi adotada no julgamento, tendo sido, ainda, apreciadas todas as questões submetidas à deliberação do Plenário, à exceção daquelas que perderam o seu objeto, em razão do acolhimento da prejudicial de mérito.

13. Em verdade, verifica-se que as alegações deduzidas pelo **parquet** nos presentes embargos de declaração não se traduzem em vícios inerentes à decisão embargada, constituindo-se, sim, em verdadeiro **error in judicando**, pois questiona a premissa e a qualidade da análise empreendida pelo órgão julgador acerca dos elementos contidos no processo. Nesse sentido:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58511875.

*"Vícios de julgamento são entendidos como **vícios de conteúdo** da decisão impugnada e comumente identificados pela expressão latina error in judicando. Nessa espécie de causa de pedir o recorrente critica a qualidade da decisão, impugnando as considerações e conclusões judiciais. Trata-se de decisão injusta, porque diverge daquela que deveria ter sido proferida se o juízo tivesse considerado corretamente os fatos e aplicado adequadamente o direito.*

O error in judicando pode ser fático, quando se impugna a situação fática estabelecida pelo órgão jurisdicional como sua base de decisão. Nessa espécie de alegação o recorrente procura demonstrar que houve uma equivocada determinação dos fatos, o que enseja uma crítica no tocante à valoração da prova. Por outro lado, o error in judicando pode ser jurídico, quando se impugna a aplicação do direito ao caso concreto, o que pode se dar pela demonstração de aplicação de norma inadeuqda ou ainda de norma adequada, mas com interpretação equivocada" (**in** Daniel Amorim Assumpção Neves, ob. cit., p. 638).

14. Ocorre que, como é cediço, os embargos de declaração não se prestam à correção de eventuais erros havidos na apreciação da matéria, seja ele **error in judicando** ou **error in procedendo**. Assim sendo, as presentes razões recursais deduzidas pelo órgão ministerial somente poderão ser analisadas em eventual pedido de reexame, que é o recurso apropriado com devolutividade plena a ser interposto contra deliberações do TCU proferidas em processos de representação.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de dezembro de 2017.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58511875.