

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.410 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : SINDICATO NACIONAL DOS ANALISTAS-
TRIBUTARIOS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA DAMIAN CAVALCANTI E
OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil - SINDIRECEITA contra ato do Tribunal de Contas da União – TCU, consubstanciada na seguinte determinação: “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.

Na inicial, o impetrante alega, em síntese, que: (a) “o presente mandado de segurança coletivo tem como objetivo impedir que o Tribunal de Contas da União afaste a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, como aventado no acórdão proferido no TC 021.009/2017-1” (fl. 4); (b) a Lei 13.464/2017 alterou a estrutura remuneratória dos cargos de Analistas-Tributários e Auditores-Fiscais, os quais passaram a ser remunerados novamente pelo formato “vencimento básico e gratificação de natureza permanente”, em substituição ao subsídio; (c) “a gratificação criada pelo Legislador foi denominada Bônus de Eficiência e possui uma metodologia de apuração própria, que decorre de verbas que integram o FUNDAF, que é o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, previsto no Decreto-Lei nº 1.437/75” (fl. 5); (d) desde janeiro de 2017, os ativos e os inativos vêm recebendo o bônus de eficiência, conforme determinado em

MS 35410 MC / DF

lei; (e) o TCU, de ofício, determinou a suspensão do pagamento do referido bônus dos servidores inativos, por entendê-lo inconstitucional, em razão de não incidir desconto de Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor – CPSS na referida parcela; (f) a referida decisão foi agravada pela Advocacia Geral de União, a qual defendeu a constitucionalidade da Lei 13.464/2017, destacando que não cabe ao TCU exercer o controle de constitucionalidade; (g) a Corte de Contas deu provimento ao agravo da AGU para restabelecer o pagamento do bônus aos inativos, reconhecendo sua incompetência para realizar controle abstrato de constitucionalidade sobre a sobredita lei; (h) *“Todavia, o TCU consignou expressamente no acórdão que deu provimento ao agravo da União que: (...) 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 nº 13.464/2017 nos casos concretos submetidos à sua apreciação, por exemplo, nos atos de aposentadoria que lhe são encaminhados para fins de registro ou em representações versando situações concretas, consoante lhe autoriza o enunciado nº 347 da Súmula do STF”* (fl. 12); (i) *“Com efeito, o TCU já começou a notificar aposentados (Doc. 13), que encontram-se com os processos de aposentadoria para análise do Tribunal de Contas, para apresentar esclarecimentos sobre “inconsistências” em suas aposentadorias e indica que a inconsistência à qual o TCU se refere é justamente “o recebimento da rubrica Bônus de Eficiência (R\$ 630,00) – situação em desacordo com a jurisprudência do TCU, haja vista a não incidência de contribuição previdenciária sobre aquele valor (acórdão 2000/2017- TCU Plenário e Acórdão 2463/2017 – TCU Plenário)”* (fl. 13). Requer *“que se afaste in limine a ameaça de lesão, para que a Autoridade Coatora seja compelida a aplicar a Lei nº 13.464/2017, sobretudo os §§ 2º e 3º do art. 7, bem como o inciso XXIII do §1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, que trata do bônus de eficiência para os aposentados e pensionistas”* (fl. 28). No mérito, *“requer a confirmação do pedido liminar, concedendo-se a segurança em definitivo, para que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos ocorram em observância e em conformidade com os*

MS 35410 MC / DF

dispositivos do legais vigentes, para que o bônus de eficiência seja pago de acordo com o que prevê a referida norma, notadamente nos §§ 2º e 3º de seu art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e o inciso XXIII do §1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004” (fl. 28).

É o relatório. Decido.

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

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

Na presente hipótese, são relevantes os fundamentos do mandado de segurança quanto à plausibilidade do direito. Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, a seguir transcrito:

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

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

II- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e

MS 35410 MC / DF

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;

MS 35410 MC / DF

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.

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 Chanch 137 – 1803 – *Marbury v. Madison*), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo.

Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo (cf. Henry Abraham, Thomas Cooley, Lawrence Baum, Bernard Shawartz, Carl Brent Swisher, Kermit L. Hall, Jethro Lieberman, Herman Pritchett, Robert Goldwin, entre outros). (...)

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 4^o, 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 contramajoritária – e contribuindo com a paz social, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (Constituição Federal, artigo 60, parágrafo 4^o, 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

MS 35410 MC / DF

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. (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes).

Na mesma linha de consideração, registram-se na CORTE, em casos análogos, posições favoráveis ao que sustenta o impetrante: MS 25.888 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/3/2006; MS 29.123 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 2/9/2010; MS 28.745 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 6/5/2010; MS 27.796 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 27/1/2009; MS 27.337, Rel. Min. EROS GRAU, julgado em 21/5/2008; MS 26.783 MC-ED, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 5/12/2011; MS 27.743 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 1º/12/2008.

Diante do exposto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, DEFIRO O PEDIDO LIMINAR para suspender os efeitos do ato impugnado na TC 021.009/2017-1, unicamente, em relação aos substituídos pelo impetrante e, conseqüentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017. Solicitem-se informações à autoridade coatora. Efetuadas essas providências, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República para apresentação de parecer.

Publique-se.

Brasília, 15 de dezembro de 2017.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente