

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.836 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : **SINDICATO PAULISTA DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO**
ADV.(A/S) : **JOAO PAULO MORELLO E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **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 Paulista dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINPAIT 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. (doc. 6, fl. 30).*

Na inicial, o impetrante alega, em síntese, que: (a) *“trata-se de Mandado de Segurança Coletivo (...) com vistas a impedir que o Tribunal de Contas da União afaste o direito líquido e certo remuneratório à percepção de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, previsto nos artigos 17 e 24 da Lei Federal nº 13.464/2017, em decorrência do posicionamento do órgão constante no acórdão proferido nos autos do Processo TC 021.009/2017-1” (fl. 2); (b) “os substituídos da Impetrante são servidores públicos federais, regidos pela Lei Federal nº 8.112/90, investidos no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho, este regido pela Lei Federal nº 10.593/2002, bem como respectivos aposentados e pensionistas do mencionado cargo” (fl. 6); (c) “após ter sido enviada ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 765/16, bem como discutida pelos órgãos do Poder Legislativo, esta restou convertida na Lei Federal nº 13.464/17, criando nova verba variável para os servidores nela indicados, dentre estes os Auditores-Fiscais do Trabalho, ativos, aposentados e pensionistas, atrelada à produtividade institucional, denominada de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho*

MS 35836 MC / DF

BEPAaft” (fls. 6-7); (d) “o Tribunal de Contas da União presidido pela Autoridade Coatora determinou a suspensão do pagamento do referido bônus, nos autos do Processo TC 021.009/2017-1, por entender que o pagamento da referida parcela aos aposentados e pensionistas seria inconstitucional, em razão de não incidir sobre o BEPAaft a Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor CPSS” (fls. 7-8); e (e) “no entanto, ao assim decidir, o Tribunal de Contas da União exorbita a competência que lhe foi dada pela Constituição Federal, exercendo verdadeiro controle de constitucionalidade de norma, sob as vestes de aplicação da Súmula nº 347 deste E. STF, ferindo direito líquido e certo dos substituídos da Impetrante” (fl. 8). Requer a concessão da “medida liminar vindicada, inaudita altera pars, suspendendo os efeitos da decisão impetrada, a fim de que o órgão pagador se abstenha de praticar qualquer ato tendente à cessão do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade previsto na Lei Federal nº 13.464/2017, aos aposentados e pensionistas do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho que já se encontram nesta situação, bem como àqueles que se encontram em vias de obter a aposentadoria ou pensão de referido cargo, com a notificação da Autoridade Impetrada, para ciência e imediato cumprimento da decisão; e b) ao final, seja concedida a segurança pleiteada em definitivo, confirmando a medida liminar, para que as aposentadorias e pensões do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho sejam mantidas com o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, a teor do que dispõem os artigos 17 e 24 da Lei Federal nº 13.464/2017” (fl. 19).

A autoridade coatora prestou informações (docs. 32-36).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, assento a legitimidade ativa do impetrante, uma vez que atendidas as exigências do art. 21 da Lei 12.016/2009, segundo o qual *o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus*

MS 35836 MC / DF

estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

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. Conforme consta do ato impetrado (Acórdão TCU 2000/2017, prolatado no processo TC 021.009/2017-1), o Tribunal de Contas da União determinou, expressamente, que:

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

MS 35836 MC / DF

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 (doc. 12, fls. 29/30).

Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional. Sendo inconcebível, portanto, que o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, exerça controle difuso de constitucionalidade nos processos sob sua análise, ao pretensamente argumento que lhe seja atribuída tal competência em virtude do conteúdo da Súmula 347/STF, editada em 1963, cuja subsistência ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. 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 TCU a prerrogativa de exercer o controle incidental de constitucionalidade são, *mutatis mutandis*, os mesmos que aplicados ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Segundo afirmei (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 desta CORTE. O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário decorreria do 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 detentores 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 ou, como no presente caso, do TCU declararem 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

MS 35836 MC / DF

como pilares à Separação de Poderes e protegidos por cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal.

Significa, em verdade, a efetivação da ideia de Hans Kelsen, exposta por este em artigo publicado em 1930 (*Quem deve ser o guardião da Constituição?*), onde defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais – proteção contramajoritária – e contribuindo com a paz social, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (Constituição Federal, artigo 60, parágrafo 4º, III).

Haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Tribunal de Contas da União, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder.

Dessa forma, a Constituição Federal não permite ao Conselho Nacional de Justiça, tampouco ao Tribunal de Contas da União, o exercício do controle difuso de constitucionalidade, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo.

Por fim, 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

MS 35836 MC / DF

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 determinar ao Tribunal de Contas da União que: a) suspenda os efeitos do processo TC 021.009/2017-1, e, conseqüentemente, se abstenha de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, unicamente, em relação aos substituídos pelo impetrante; b) devendo, ainda, proceder aos respectivos REGISTROS, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017; c) ressaltando a imposição de condição resolutiva, quanto ao pagamento da parcela referente ao Bônus de Eficiência e Produtividade, a depender da conclusão desta ação.

Comunique-se, imediatamente, ao TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Efetuada essas providências, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República para apresentação de parecer.

Publique-se.

Brasília, 13 de agosto de 2018.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator