



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS EXTRAJUDICIAIS



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR
DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, MINISTRO BRUNO DANTAS**

Processo TC 005.283/2019-1



A UNIÃO, por intermédio da Advocacia-Geral da União - Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEX/CGU/AGU, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos do art. 1º, LC 73/1993 e do art.16, I e II, do Decreto 7.392/2010, e com esteio no art. 286 do RITCU, interpor

PEDIDO DE REEXAME

em face do Acórdão 1921/2019-Plenário, pelos fundamentos a seguir consignados.

O Acórdão ora embargado tem o dispositivo a seguir consignado:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34, da Lei 8.443/1992, conhecer e rejeitar os embargos de declaração interpostos pela União Federal por meio da Advocacia-Geral da União (peça 98);

9.3. determinar ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, bem como nas alíneas “c” e “d”, do inciso I, do art. 3º, e no inciso II do art. 31, todos da Lei 13.844/2019, no inciso X do art. 37, § 1º, do art. 169, e art. 113, do ADCT, todos da CF/1988, e arts. 15, 16, 17 e 21 da Lei Complementar 101/2000, que se abstenham de implementar a remuneração variável a título de pagamento de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho até que sobrevenha lei formal, estabelecendo a composição das bases de cálculo a que se referem o § 4º do art. 6º e o § 4º do art. 16, ambos da Lei 13.464/2017;

9.4. determinar ao Ministério da Economia, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, bem como no inciso II do art. 31 da Lei 13.844/2019, combinado com o § 6º do art. 150, e o § 11 do art. 201, ambos da CF/1988, e com o art. 14 da Lei Complementar 101/2000, que, no prazo de 30 (trinta) dias, adote providências para o estabelecimento de medidas de compensação para a instituição da renúncia de receita previdenciária veiculada pela Lei 13.464/2017, a teor do art. 14 da LRF;

9.5. determinar ao Ministério da Economia, com fundamento no inciso II do art. 31 da Lei 13.844/2019, combinado com o § 2º do art. 17 da Lei Complementar 101/2000, que, no prazo de 30 (trinta) dias, evidencie as medidas compensatórias, por meio do aumento permanente de receitas ou redução permanente de despesas, em montante equivalente ao pagamento da parcela fixa atualmente paga a título de Bônus de Eficiência e Produtividade, tendo em vista a criação e a majoração de despesas obrigatórias de caráter continuado promovidas pela edição da Lei 13.464/2017;

- 9.6. informar ao Ministério da Economia que eventual não implementação das medidas compensatórias exigidas pela legislação, na forma dos subitens 9.4 e 9.5 acima, pode acarretar a incidência do disposto nos arts. 14, § 2º, e 15, da Lei Complementar 101/2000, ensejando a suspensão dos benefícios e pagamentos;
- 9.7. dar ciência ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento no inciso II do art. 31 da Lei 13.844/2019, combinado com §1º do art. 169 e o art. 107 do ADCT, todos da CF/1988, c/c arts. 1º, 15, 16, 17 e 21 da Lei Complementar 101/2000, de que eventual projeto de lei que vise estabelecer medidas necessárias à implementação da remuneração variável paga a título de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho deve conter, no mínimo:
- 9.7.1. a evidenciação do atendimento aos requisitos insculpidos no § 1º do art. 169 da CF/88;
- 9.7.2. estimativas de impacto orçamentário-financeiro adequadas e coerentes acerca da majoração dessa despesa;
- 9.7.3. premissas e metodologia de cálculo utilizadas para se estimar o montante da despesa;
- 9.7.4. valores estimados que cada beneficiário individualmente irá perceber a título de BEP;
- 9.7.5. comprovação de que a despesa criada ou majorada não afetará as metas de resultados fiscais;
- 9.7.6. clara demonstração de que a majoração da despesa será compensada pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;
- 9.8. recomendar ao Ministério da Economia e à Casa Civil, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, bem como nas alíneas “c” e “d”, do inciso I, do art. 3º, e no inciso II do art. 31, todos da Lei 13.844/2019, no inciso X do art. 37, § 1º, do art. 169, e art. 107, do ADCT, todos da CF/1988, e arts. 1º, 16, 17 e 21 da Lei Complementar 101/2000, que eventual projeto de lei que vise estabelecer medidas necessárias à implementação da remuneração variável paga a título de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e de Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho estabeleça:
- 9.8.1. limite máximo do valor global dessa parcela remuneratória variável;
- 9.8.2. mecanismos que não vinculem a base de cálculo, a que se referem o § 4º do art. 6º e o § 4º do art. 16 da Lei 13.464/2017, à arrecadação de receitas, visando preservar a lógica pretendida pelo Novo Regime Fiscal;
- 9.9. encaminhar cópia da presente deliberação à Casa Civil, dado o risco de repercussão dessas questões, se não equacionadas, na apreciação das Contas do Presidente da República referentes ao exercício de 2019, conforme alertado em outras decisões do Tribunal;
- 9.10. encaminhar cópia da presente deliberação à Secretaria de Fiscalização de Pessoal do TCU, tendo em vista as irregularidades apontadas acerca do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituído pela Lei 13.464/2017, a fim de subsidiar a fiscalização daquela unidade instrutora no âmbito do TC 011.648/2018-0;
- 9.11. encaminhar cópia dos autos às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como à Procuradoria-Geral da República, tendo em vista os aspectos de constitucionalidade da Lei 13.464/2017 tratados no presente relatório, notadamente aqueles relacionados à instituição de benefício fiscal em desacordo com a Constituição Federal de 1988, à vinculação de remuneração de servidores e ao potencial conflito de interesses na instituição de bônus de produtividade a agentes públicos;
- 9.12. dar ciência desta deliberação às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, à Procuradoria-Geral da República, ao Ministério da Economia, à Casa Civil da Presidência da República, à Advocacia-Geral da União, à Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, ao Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, ao Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e ao Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho;
- 9.13. autorizar o Relator, desde logo, a prorrogar monocraticamente os prazos definidos nos subitens 9.4 e 9.5 deste Acórdão, caso seja requerido, de forma justificada, pelo Ministério da Economia.

O Acórdão merece ser revisto em razão da descon sideração de elementos fundamentais para o tema em apreço, conforme a seguir consignado.

DA REGULAMENTAÇÃO DO BEP POR ATO INFRALEGAL - OCORRÊNCIA DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TCU

O item 9.3 do Acórdão 1921/2019 fixa a inviabilidade da regulamentação da Lei n. 13.464/2017, pois seria inviável o estabelecimento de base de cálculo para o Bônus de Eficiência por ato infralegal.

O relator afirma que “não se trata aqui de qualquer controle de constitucionalidade de leis em sentido abstrato, mas da mera aplicação das regras de finanças públicas que incidem nessa situação particular”. Apesar da tentativa de reclassificação feita pelo i. Relator, afigura-se evidente que o caso é de controle de constitucionalidade, e a razão é a ausência de hierarquia entre leis, inclusive entre lei complementar e lei ordinária, havendo tão-somente requisitos diversos para a aprovação de cada modalidade. Portanto, estando a Lei n. 13.464/2017 posta e vigente, qualquer afastamento de seus termos somente pode ser feito pela via do controle de constitucionalidade.

Veja-se que a Lei n. 13.464/2017 prevê, nos parágrafos de seu art. 6º, as atribuições do Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil para mensuração dos índices de eficiência que definirão os valores variáveis do BEP, bem como delega a regulamentação do Comitê Gestor a ato do Poder Executivo Federal. A mesma lógica vale para o Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Auditoria-Fiscal do Trabalho, conforme art. 16 da Lei.

Portanto, a determinação de afastar o comando legal, ao se impor óbice à regulamentação por ato infralegal, é inegavelmente controle de constitucionalidade da Lei, e em tese, o que é vedado ao TCU, conforme seu próprio entendimento.

O viés de constitucionalidade fica reiteradamente confirmado pelos próprios encaminhamentos do TCU, no Acórdão ora embargado e nas manifestações anteriores no mesmo feito. O item 9.11 encaminha o caso às Mesas das Casas do Congresso e à Procuradoria-Geral da República “tendo em vista os aspectos de constitucionalidade da lei 12.464/2017”. Ora, se há “aspectos de constitucionalidade” a serem analisados, eles certamente não podem ser supridos pela observância de requisitos de eficácia criados a partir da inauguração de um novo nível de aplicação das normas legais vigentes. As teses são, pois, excludentes. Se há possibilidade de suprimento dos vícios pelo condicionamento de eficácia da Lei, não há problema de constitucionalidade a ser analisado. E vice-versa.

Ou seja, de forma claríssima, questiona-se aqui a opção do legislador por delegar ao regulamento a fixação dos contornos da verba criada, o que, novamente, configura evidente hipótese de controle de constitucionalidade, exatamente como reconhecido pelo Ministro André Luis em sua declaração de voto. Nas palavras do i. Ministro:

“Ocorre, então, que o TCU não poderia exercer abstratamente esse controle externo financeiro sobre a referida Lei n.º 13.464, de 2017, até porque ela não contaria com a necessária regulamentação para a eficácia e a exequibilidade do pagamento do BEP variável, e, assim, o Tribunal não poderia promover a presente manifestação de mérito sobre a aludida Lei n.º 13.464, de 2017, nem o subsequente envio de determinações e recomendações, pois essa atuação configuraria o indevido exercício de controle abstrato de constitucionalidade sobre a aludida lei, em flagrante dissonância com a Súmula n.º 347 do STF.”

Não bastasse isso, o Ministro André Luis trouxe ainda ao caso uma hipótese de gratificação existente no âmbito do próprio TCU e que tem conformação similar ao Bônus de Eficiência, com fixação de parâmetros em ato da Presidência do Tribunal. Trata-se aqui da Lei n. 10.356/2001, cuja redação original previa que “a remuneração dos servidores integrantes da Carreira de Especialista do Tribunal de Contas da União é composta pelo vencimento básico e pela Gratificação de Desempenho, incidentes sobre o respectivo vencimento básico, calculada conforme o cargo e a natureza das atividades desempenhadas pelo servidor” (art. 15, redação original).

Vê-se que a delegação era deveras ampla, e nessa condição foi regulamentada pela Resolução 146, de 28 de dezembro de 2001, cujo art. 3º fixou o percentual da Gratificação de Desempenho no intervalo entre o piso de 48% (quarenta e oito por cento) e o teto de 80% (oitenta por cento) incidente sobre o maior vencimento básico do respectivo cargo. Ou seja, na ocasião, Resolução do Presidente do TCU gerou uma quase dobra do salário, sem lei formal, prevendo-se ainda, no parágrafo único do mesmo art. 3º, que a percepção por servidor inativo e por pensionista se daria “com base na respectiva média de avaliação individual de desempenho apurada, no intervalo de zero a cem, no âmbito do Tribunal, nos últimos 36 (trinta e seis) meses de efetivo exercício que antecederem a concessão da

aposentadoria ou da pensão”. Ou seja, para aposentados e pensionistas, uma avaliação de desempenho estática, dos últimos três anos de atividade, gerava uma gratificação em valor fixo, e tudo isso por simples ato do Presidente do TCU, ante a opção do legislador.

Essa situação foi sendo alterada nos anos seguintes, com alterações da Lei em 2004 (Lei n. 10.930), 2009 (Lei n. 10.950) e finalmente 2012 (Lei n. 12.776). Como muito bem salientou o Ministro André Luis na sessão de julgamento, apenas em 2012 a Lei passou a optar por trazer em si os padrões e percentuais para a Gratificação de Desempenho (Anexo VIII da Lei), de modo que por 11 anos os servidores do TCU perceberam gratificação regulamentada por ato infralegal, a partir da opção do legislador de promover a delegação do tema.

Percebe-se, pois, que inexistente inviabilidade de regulamentação do BEP via decreto, e que toda a alegação desenvolvida no Acórdão visa tão-somente afastar hipótese clara de controle de constitucionalidade abstrato pelo TCU, bem como de consequente usurpação, pelo TCU, da competência do Congresso Nacional. Novamente cabem aqui as precisas e lúcidas palavras do Ministro André Luis:

“(iii) não se mostraria razoável a atual tentativa, por exemplo, de promover a fundamentação do Acórdão do TCU nesta representação sob a estranha premissa de que o Congresso Nacional seria tão despreparado a ponto de ter convertido a MP n.º 765, de 2016, na subsequente Lei n.º 13.464, de 2017, sem fixar os parâmetros mínimos necessários ao superveniente pagamento do referido BEP variável, pois o próprio Congresso Nacional teria expressamente fixado o BEP fixo como efetiva antecipação do superveniente pagamento do aludido BEP variável, não se podendo logicamente imaginar que o Legislativo teria determinado a antecipação de parcela remuneratória inexistente;

(iv) a referida Lei n.º 13.464, de 2017, deveria ser aplicada, então, pela efetiva interpretação das suas regras, não podendo essa lei ser simplesmente afastada pelo TCU sem nenhuma ação interpretativa, até porque, desse modo, o TCU exorbitaria do limite de suas competências constitucionais pelo indevido controle abstrato de constitucionalidade sobre a aludida lei.”

O voto condutor pretende inviabilizar a regulamentação do Bônus de Eficiência por ato infralegal, mas ao mesmo tempo encampa tese de descumprimento dos arts. 16 e 17 da LRF. Há aqui teses contraditórias, senão vejamos.

Se a violação suscitada pelo TCU foi promovida pela Lei n. 13.464/2017, trata-se de evidente controle de constitucionalidade, pois o fato objetivo é que a lei foi aprovada e está em pleno vigor, tudo consoante já delimitado anteriormente. Já se houver potencial violação por ato administrativo, decorrente da regulamentação do Bônus, ela somente poderá ocorrer se houver a regulamentação e ela não observar os ditames da LRF, que, aí sim, também lhe serão aplicáveis no momento das definições a serem feitas pelo regulamento vindouro.

Essa foi exatamente a linha de argumentação do Ministro André Luis em seu voto divergente, e exatamente por isso ele propôs o sobrestamento do feito para que se promovesse análise de mérito após a regulamentação, cuja admissibilidade plena ele também compreendeu.

Ocorre que a pretensão de se obstar a própria edição do regulamento acaba por tornar impossível qualquer violação decorrente da regulamentação do Bônus, ou seja, qualquer violação da LRF por ato administrativo. De modo que o raciocínio circular que, com a devida vênia, se vem fazendo na tentativa de afastar o Bônus acaba por deixar claras as inconsistências na argumentação, todas elas decorrentes do fato de que se trata, na realidade, de controle concentrado de constitucionalidade.

As medidas potencialmente nulas de pleno direito nos termos dos artigos 15 e 21 da LRF são aquelas decorrentes de atos administrativos. Lei em sentido estrito é lei posta e vigente, a ser cumprida, e não é passível de ser afastada ao argumento de ferir requisito genérico de outra lei. Exigir do Ministério da Economia a demonstração de requisitos que teriam sido ausentes na lei aprovada pelo Parlamento é exigir do Poder Executivo o descumprimento da Lei se o TCU a entender inadequada, o que representaria patente sobreposição do TCU ao Poder Legislativo, do qual é órgão auxiliar, nos exatos termos do *caput* do art. 71 da Constituição Federal.

Com relação ao mérito da vindoura regulamentação do Bônus de Eficiência, vale salientar que o Ministério da Economia trabalha de modo a afastar as preocupações externadas pela Corte de Contas. Os dispositivos em discussão para definição da base de cálculo preveem o afastamento de multas tributárias e aduaneiras incidentes

sobre a receita dos tributos administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, bem como da taxa de utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX) e da parcela de juros de mora da Lei n. 9.069/1995, destinada a subconta especial do FUNDAF. A regulamentação pretende ainda afastar receitas classificadas extraordinariamente por estimativa, pois a Receita Federal possui controle e transparência sobre quais receitas foram ou não objeto desse procedimento. Inexiste, pois, qualquer razão para imputação de suposto conflito de interesses, devendo-se ainda registrar que a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores brasileiros não admite a figura da "suspeição por presunção".

A Lei n. 13.464/2017, em seu art. 15, abriu a possibilidade de se utilizar recursos do FUNDAF para o custeio do Bônus, mas é uma faculdade, e não uma imposição da Lei. O Bônus poderá ser custeado pelo Tesouro Nacional, se assim optar o Poder Executivo na regulamentação do tema. Lembrando-se ainda que essa parcela dependerá de metas institucionais a serem alcançadas periodicamente, podendo-se, pois, não ocorrer pagamento, caso não sejam alcançadas as metas. E, no mesmo sentido, os valores recebidos pelos inativos não são custeados pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), mas pelo mesmo montante que paga os ativos, na medida em que se trata de um direito residual relativo à produtividade quando ainda ativo, ante os efeitos diferidos da atuação do servidor. Não se trata, pois, de provento de aposentadoria.

Requer-se, pois, seja afastado o item 9.3 do Acórdão, que configura hipótese de controle de constitucionalidade abstrato, inviável ao TCU.

DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ANÁLISE DAS HIPÓTESES DE PAGAMENTO DO BEP A INATIVOS E PENSIONISTAS; INCIDÊNCIA DE PARIDADE, COM INCREMENTO DE DESPESA PÚBLICA; OCORRÊNCIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO.

O item 9.4 do Acórdão 1921/2019 determina ao Ministério da Economia que no prazo de 30 (trinta) dias adote providências para o estabelecimento de medidas de compensação para a instituição da renúncia de receita previdenciária veiculada pela Lei 13.464/2017, a teor do art. 14 da LRF. Está-se aqui a falar da adoção, pelo TCU, da tese de isenção de contribuição previdenciária sobre o BEP, em detrimento da tese de não-incidência, encampada pela Lei n. 13.464/2017.

Para viabilizar a própria existência do presente processo, a Semag/TCU, seguida pelo Plenário no Acórdão 1921, buscou diferenciar o feito dos outros processos que já abordam o BEP, a pretexto de que os demais não abordariam o tratamento orçamentário e contábil e os impactos fiscais associados, e que seria a análise desse viés o objeto do presente processo (item 16, peça 1). Nessa linha, a Secretaria referida ressaltou

"nuances relacionadas à natureza jurídica do Bônus de Eficiência e Produtividade e a repercussão do pagamento dessas parcelas remuneratórias a ativos, inativos e pensionistas estão sendo tratadas no bojo do TC 011.648/2018-1 e do TC 021.009/2017-1, ambos de relatoria do Ministro Benjamin Zymler. Destaque que esse último processo de fiscalização avalia a conformidade de pagamento de bônus de produtividade a inativos e a pensionistas. Em razão disso, a análise a seguir não avançará sobre aspectos relacionados à conformidade legal da percepção do BEP por inativos e pensionistas, estando, assim, delimitada à avaliação da configuração atual da Lei 13.464/2017, notadamente no que se refere à possível concessão de benefício fiscal sem o devido atendimento às normas do Direito Financeiro" (item 44).

Ocorre que tal ressalva é contraditória com o próprio mérito analisado pela Semag/TCU, qual seja a incidência ou não de contribuição previdenciária sobre o BEP, que acaba por definir a presença de isenção fiscal no caso. É que a **definição pela incidência de contribuição previdenciária sobre o BEP tem o inexorável efeito de significar que o Bônus é hipótese de incidência da contribuição previdenciária, e essa premissa repercute diretamente no regime de pagamento do Bônus a inativos e pensionistas.**

Toda a argumentação seguida pelo voto condutor e também o item 9.4 do Acórdão estão embasados na presunção de que se trata de uma verba incorporável aos proventos de inatividade, uma vez que é paga a inativos e pensionistas. O equívoco claro está em ignorar as condições totalmente peculiares da verba, tentando enquadrá-la em caixas pré-existentes e inadequadas à sua feição.

Conforme já exaustivamente alegado ao longo do processo, o Bônus de Eficiência não é uma verba que se incorpora aos proventos de inatividade e à pensão, pois esse pagamento ocorre em percentuais decrescentes a cada ano e que estacionam no importe de 35% a partir de 10 anos de inatividade ou de pensão. Ora, se fosse uma verba incorporada à inatividade, não haveria esse decréscimo, mas, ao revés, incidiria a regra da paridade, por sua aplicação ainda a casos pretéritos, embora revogada desde a Emenda Constitucional 41/2003. Ou seja, a **incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de Eficiência, ao gerar a consequente incidência da paridade, ensejaria incremento de gastos, ante o relevante acréscimo de valores para inativos e pensionistas. Há repercussão direta, pois, no regime de pagamento de inativos e pensionistas, ao contrário do que sustentou o voto condutor.**

Esse potencial incremento de gastos não está abrangido por análise de impacto prévia, reiterando-se que a incidência de paridade - que é corolário da incidência de contribuição previdenciária - gera um custo a maior para pagamento do Bônus. Ao final, o aparente ganho de receita, pelo pagamento de contribuição, é anulado pelo incremento de despesa decorrente da paridade, cujo custo aliás é naturalmente superior. Daí surge uma contradição entre a conclusão do TCU, de incidência necessária de contribuição social, e o próprio argumento de responsabilidade fiscal, bem como deixa-se claro que **o objeto real do presente feito é o regime de pagamento do bônus a inativos e pensionistas.**

Portanto, retoma-se a defesa da tese encampada pela Lei, que é a de não-incidência de contribuição previdenciária sobre o BEP. A hipótese é de não incidência, o que afasta a necessidade de se prever medidas de compensação, ou seja, afasta o enquadramento no art. 14 da LRF. E a razão de base desse entendimento está no fato de que o que se paga a título de Bônus não repercute para fins previdenciários, tanto é que os valores pagos a inativos são também pré-definidos e não estão regidos pela paridade. Ou seja, eventual decisão no sentido de se incidir desconto de contribuição previdenciária sobre o Bônus ensejará necessariamente a aplicação da paridade em favor dos inativos, o que ensejará consequente e relevante incremento de valores pagos pela União.

Remete-se ainda à decisão do STF em tema de repercussão geral, em 11 de novembro 2018, pela qual a Corte Suprema firmou expressamente que “não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público”. Embora o rol exemplificativo do enunciado aprovado trate de verbas tradicionais, como terço de férias, indenizações e adicionais eventuais, é certo que a natureza do Bônus o enquadra na mesma situação, e, portanto, faz incidir sobre ele a decisão do STF. Registre-se que a não-incidência de contribuição previdenciária por expressa previsão legal não é novidade, ocorrendo inclusive em parcelas remuneratórias clássicas, como nos casos de cargo em comissão ou função comissionada, horas extras e gratificações temporárias. Portanto, é legítima e corriqueira a previsão contida no art. 25 da Lei n. 13.464/2017, que dispôs expressamente sobre a não-incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela recebida a título de Bônus de Eficiência.

O art. 41 da Lei n. 8.112/1990 define como remuneração “o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei” e complementa no § 3º desse mesmo dispositivo dizendo que “o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível”. No caso do Bônus, veja-se que a lei o delineou para que fosse uma parcela variável, podendo chegar a zero, paga mensalmente e que, segundo art. 14 da Lei em apreço, não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para o 13º (décimo terceiro) salário, 1/3 (um terço) de férias, gratificações, adicionais, ou qualquer outra vantagem pecuniária, o que o descaracteriza como remuneração, impedindo de plano a incidência da CPSS sobre essa parcela, não bastasse a previsão legal expressa.

Diga-se ainda que o afastamento da Lei expressa pelo TCU representa, também aqui, hipótese de controle de constitucionalidade de lei em tese, ao se transmudar o que é hipótese de não-incidência em hipótese de isenção. O legislador fez o enquadramento do tema como hipótese de não-incidência, de modo que inexistente renúncia de receita sujeita ao inciso II do art. 14 da LRF. Portanto, não há falar em medidas de compensação e muito menos em condições de eficácia da Lei, e tudo isso por opção do legislador, que somente poderá ser atacada pela via própria, qual seja a via do controle de constitucionalidade.

Se não for aceita a tese da não-incidência, o que se admite em homenagem à eventualidade, é imprescindível que o acórdão aborde os efeitos da paridade se aplicada a tese da incidência de incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de Eficiência. Afinal, é deveras razoável presumir que a incidência da contribuição previdenciária, à revelia da lei, repita-se, transmudaria a verba, ensejando um elevado potencial de

judicialização do tema para obtenção de paridade e, reflita-se, atingindo diretamente o regime de pagamento a inativos e pensionistas, ao contrário do que se pretendeu defender.

DO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O TEMA

Não é demais salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu pela existência de direito adquirido a reajuste previstos em Lei para servidores do Estado do Tocantins mesmo antes do advento de termo previsto em lei. Na ADI 4013, entendeu-se pela inviabilidade de se revogar norma vigente que concedeu reajustes a servidores, mesmo ainda na pendência de termo previsto na própria lei, sob pena de violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Nesse julgamento, o STF foi expresso ao entender que as leis estaduais 1.855/2007 e 1.861/2007 “entraram em vigor na data de sua publicação, respectivamente em 3 e 6 de dezembro de 2007, porém com efeitos financeiros (obrigatoriedade financeira do estado de pagar o reajuste) somente a partir de janeiro de 2008” (cf. em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313284>), termo esse que estava previsto na própria Lei.

Esse entendimento firmado na ADI 4013/TO foi aplicado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em diversas ações recentíssimas, quais sejam as ADI 5.809/DF, 6004/DF, que diziam respeito, todas, a tentativas do Poder Executivo de postergar reajustes aprovados em Lei. E a razão das Medidas Provisórias reputadas inconstitucionais pelo STF era exatamente o viés da argumentação de natureza orçamentária, mais precisamente a alegação específica de potencial descumprimento do chamado teto de gastos, estabelecido pela Emenda Constitucional n. 95. As decisões falam claramente que o julgamento da ADI 4013/TO produziu eficácia contra todos e efeito vinculante, firmando entendimento de que a vigência das normas que reajustaram os vencimentos gera patrimônio de bens jurídicos tutelados para os servidores acerca dos valores previstos na norma.

O Ministro Relator no STF afirma ainda que a tentativa do Executivo representa tentativa de “desconstituir um diploma normativo, previamente combinado entre o governo e as entidades de representação de classe, precedido da assinatura de acordos amplamente divulgados na mídia, diploma esse que contou com amplo beneplácito de ambas as Casas Legislativas e posterior sanção do próprio Presidente da República”. Essa situação certamente se repete em inúmeras situações, inclusive e especialmente no presente caso.

Fica claro, pois, que a Corte Suprema afasta qualquer possibilidade de imposição de condição de eficácia nos moldes que tenta suscitar o voto condutor. Lembre-se que o caso do Bônus de Eficiência é ainda mais direto, pois a Lei n. 13.464/2017 tem vigência direta com relação ao valor fixo, pago desde 2016, e depende apenas de regulamentação infralegal para transformar esse valor fixo num valor variável, conforme requisitos a serem definidos no regulamento.

A jurisprudência do STF também firmou-se no sentido da inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, em inúmeros precedentes (RE 412.748-AgR, Primeira Turma, DJ 26.6.2007; RE 573.255-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 23.5.2008).

Esse entendimento afasta a eficácia supralegal das leis complementares e foi reafirmado pelo Supremo Tribunal no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 377.457 e 381.964, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 17.9.2008, deixando claro que o espectro de incidência da lei complementar é meramente material, não havendo hierarquia entre elas e leis ordinárias que, se editadas em desacordo com as normas complementares seriam i) inconstitucional por violação à reserva de lei complementar; ou ii) presumidamente constitucional. Não há espaço, pois, para aplicação do viés de eficácia que se pretendeu inaugurar no TCU.

DO DISCRÍMEN ENTRE ESTE PROCESSO E O ACÓRDÃO 1907/2019-PLENÁRIO

É sabido que a consulta é pedido que cabe em casos de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de competência do TCU, tudo nos termos do art. 264 do Regimento Interno, que remete ao inciso XVII do art. 1º da Lei Orgânica do TCU. Ocorre que tanto a Lei quanto o RITCU são

claros ao prever que a consulta deve ter indicação precisa do objeto, de modo que constitua prejulgamento de tese específica, e não genérica.

A consulta que deu origem ao TC 039.853/2018-7 foi formulada pelo então Ministro de Estado da Fazenda e diz respeito a leis instituidoras de subvenções, benefícios e isenções fiscais, ou seja, leis autorizativas, informando-se ainda que o Presidente da República havia apostado veto na Lei em razão exatamente de inobservância ao art. 113 do ADCT, incluído em dezembro de 2016, tendo sido o veto superado pelo Congresso Nacional. O voto condutor traz o exatos termos da consulta, in verbis:

“Esclarece o consulente que:

‘No caso do supracitado PLC nº 165/2017, a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda se manifestou pela necessidade de veto aos dispositivos ali tratados, visto que as propostas não foram acompanhadas das estimativas de impacto orçamentário e financeiro, o que representaria inconstitucionalidade em virtude da afronta ao art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 95/2016, de 15 de dezembro de 2016’.

O consulente informa ainda que:

‘Contudo, os vetos presidenciais apostos à Lei nº 13.606, de 2018, foram rejeitados em sessão conjunta do Congresso Nacional ocorrida em 03 de abril de 2018. Os cálculos de impacto orçamentário e financeiro, posteriormente elaborados com base nas informações fornecidas pelas instituições financeiras públicas federais, indicaram que o custo potencial da derrubada desses vetos poderia alcançar o montante de R\$ 17,14 bilhões até o final do exercício de 2018, período para adesão aos benefícios autorizados”

Esses pontos são deveras relevantes porque o tema levado à consulta dizia respeito a leis autorizativas e a hipóteses em que o Presidente da República usou de seu poder de veto, mas ainda assim o Congresso Nacional manteve a lei. O caso do presente processo é completamente diverso.

O relator informa que PGFN/AGU, pela CAF, se manifestou sobre o tema antes da consulta, e já se sustentou a inviabilidade de execução de medidas legislativas que impliquem aumento de despesa, “independentemente da natureza da despesa”. Ocorre que a leitura da consulta formulada e dos pareceres que a acompanham, como anexos, revela que a manifestação da PGFN/AGU (Parecer/SEI n. 430/2018/CAF/PGACFFS/PGFN-MF) foi no sentido de que “as despesas de caráter discricionário não são alcançadas pelo art. 113 do ADCT, muito embora tenham necessariamente que observar as normas da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, e as exigências impostas pelas leis orçamentárias”. Por isso, a PGFN/AGU encaminhou no sentido de que somente seria possível a impugnação da Lei n. 13.606/2018 por ADI com relação aos artigos 29 a 32, bem como ainda sobre o § 4º do art. 4º da Lei n. 13.340/2016. Ocorre que os artigos 28 a 32 da Lei n. 13.606/2016 foram revogados pela MP 842, posteriormente convertida na Lei n. 13.729/2018. A consulta relata a preocupação pelo fato de que MP 842 ainda estar, à época, em fase de confirmação, de modo que a sua conversão pode inclusive ser compreendida como um fator de perda de objeto superveniente da consulta em si, consideradas as razões que lhe deram causa.

No mérito, o Parecer da PGFN/AGU, prévio à consulta formulada, também deixou clara a sua aplicação a casos de subvenção, benefício e subsídios, cuja execução pelas instituições financeiras oficiais deve depender de consentimento expresso e prévio do Tesouro Nacional, com vistas à observância dos artigos 16 a 17 da LRF. Foi nesse sentido que parecer anterior, qual seja o Parecer PGFN/CAR n. 567/2017, “concluiu pela suspensão da eficácia dos dispositivos da Lei n. 13.340, de 28 de setembro de 2016, afetados pela rejeição dos vetos da Lei n. 13.606, de 2018, até que seja possível comprovar a devida adequação orçamentária e financeira”.

Portanto, não é justificável o apego do Acórdão a uma só frase do Parecer da PGFN/AGU, desconsiderando todo o restante do longo conteúdo. Igualmente, é contraditório que o Acórdão tenha estendido o objeto da consulta a toda e qualquer despesa criada por Lei, quando os termos claros da consulta revelam a sua restrição a objeto específico.

Nessa linha, o Acórdão 1907/2019 está restrito ao objeto da consulta ali formulada, ou seja, aos casos de Leis que autorizam subvenção, benefício e subsídios. Isso porque leis autorizativas exigem atos posteriores do Poder Executivo, que devem observar a legislação orçamentária. É somente nesse âmbito que a consulta pode ser respondida, considerado o seu objeto limitado, exatamente como previsto na legislação de regência. E não se pode, pois, cogitar de sua aplicação ao presente feito.

Registre-se, por importante, que o âmbito de aplicação do Acórdão 1907/2019 está visivelmente em aberto, consoante evidenciou discussão ocorrida na sessão plenária do dia 11 de setembro de 2019, envolvendo a TC 000.605/2019-0. A situação posta era deveras similar àquela tratada no Acórdão em apreço, tratando-se exatamente de hipóteses de renúncia fiscal, mas entendeu-se que “razões excepcionabilíssimas de interesse público” poderiam afastar a aplicação da consulta inclusive nesse caso. Portanto, mais uma razão para que se tenha em conta a diferenciação do presente caso também, afastando-se qualquer nível de aplicação do Acórdão 1907/2019 ao presente feito.

DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

O item 9.9 do Acórdão traz potencial repercussão da decisão na apreciação das Contas do Presidente da República referentes ao exercício de 2019. Portanto, é preciso reiterar aqui que inexistente qualquer descumprimento de Lei por parte do Poder Executivo, inexistindo, pois, qualquer razão de repercussão de qualquer natureza na análise de contas do Presidente.

O caso todo aqui trata de estrito e escorreito cumprimento de lei válida e vigente, sem qualquer ato do Poder Executivo que transborde dos preceitos legais. Inclusive a própria Semag/TCU reconheceu a ausência de irregularidades nos pagamentos efetivados até o presente momento, exatamente porque ocorreu tão-somente o cumprimento direto e objetivo da lei posta. E o Ministro relator encampa essa manifestação técnica, ou seja, reconhece a ausência de irregularidade no pagamento do BEP.

Não é demais lembrar que o cumprimento de lei posta é dever clássico do Poder Executivo, de modo que compreensão diversa configuraria subversão direta do próprio conceito de legalidade estrita aplicável à Administração Pública, bem como inescapável violação ao princípio da separação dos Poderes e à própria autoridade do Parlamento.

DO PEDIDO

Ante todo o exposto, requer-se o conhecimento e o provimento do presente pedido de reexame para:

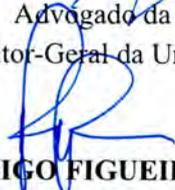
- a. Afastar os itens 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.9 e 9.13 do Acórdão; e
- b. Adequar os itens 9.7 e 9.8, para que os requisitos ali indicados sejam direcionados ao ato regulamentador do BEP.

Nesses termos, pede deferimento.

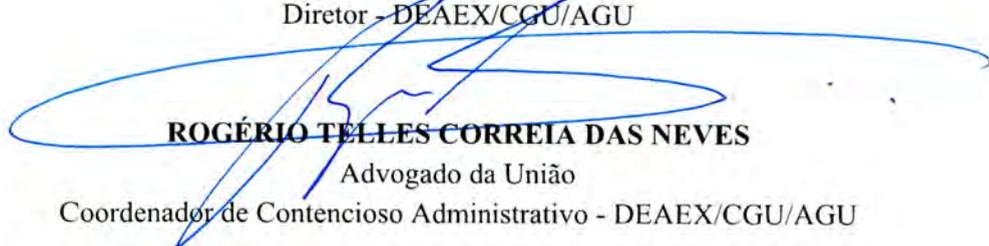
Brasília, 13 de setembro de 2019.


GIORDANO DA SILVA ROSSETTO

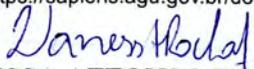
Advogado da União
Consultor-Geral da União substituto


RODRIGO FIGUEIREDO PAIVA

Advogado da União
Diretor - DEAEX/CGU/AGU


ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS NEVES

Advogado da União
Coordenador de Contencioso Administrativo - DEAEX/CGU/AGU

**VANESSA AFFONSO ROCHA**

Advogada da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00400000456201985 e da chave de acesso fccdadbf

Documento assinado eletronicamente por VANESSA AFFONSO ROCHA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 315002523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VANESSA AFFONSO ROCHA. Data e Hora: 13-09-2019 14:34. Número de Série: 17275173. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.