



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

ED. SEDE I - SETOR DE AUTARQUIAS SUL - QUADRA 3 - LOTE 5/6, ED. MULTI BRASIL CORPORATE - BRASÍLIA-DF - CEP 70.070-030 FONES:

(61) 2026-8800 / 2026-9214 - E-MAIL: CGU.DEAEX@AGU.GOV.BR

NOTA n. 00227/2021/DEAEX/CGU/AGU

NUP: 00400.000456/2019-85

INTERESSADOS: MINISTERIO DA ECONOMIA E PLANEJAMENTO E OUTROS

ASSUNTOS: BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE - BEP. ACÓRDÃO EM PEDIDO DE REEXAME. ANÁLISE E INDICAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE OUTRAS ATUAÇÕES PELO DEAEX.

TC 005.283/2019-1

O processo retorna em razão de ter vindo formalmente ao conhecimento da AGU o Acórdão 1675/2021 – TCU – Plenário, julgado na sessão de 14 de julho de 2021. Faz-se oportuna, pois, análise do Acórdão, em confronto com o entendimento defendido por este DEAEX/CGU/AGU.

O Acórdão 1675/2021 foi lavrado nos seguintes termos:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. não conhecer dos recursos interpostos pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) e pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait), em razão da ausência de legitimidade, nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992 e arts. 144, 286, parágrafo único, e 285 do RITCU;

9.2. conhecer do recurso interposto pela Advocacia-Geral da União – AGU, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

9.3. conferir a seguinte redação ao subitem 9.3 do Acórdão 1.921/2019-TCU-Plenário: “9.3. dar ciência ao Ministério da Economia e à Casa Civil da Presidência da República de que a regulamentação de matéria de reserva de lei por ato infralegal está em desacordo com princípio constitucional da estrita reserva legal, conforme vasta jurisprudência do STF, a exemplo daquela tratada na ADI 3.369 MC/DF;”;

9.4. tornar sem efeito o disposto no subitem 9.9 do Acórdão 1.921/2019-TCU-Plenário, renumerando os subitens seguintes;

- 9.5. manter inalterados os demais subitens do Acórdão 1.921/2019-TCU-Plenário;
- 9.6. anexar cópia da presente decisão ao TC 011.648/2018-0, para fins de subsidiar sua instrução;
- 9.7. encaminhar cópia da presente decisão ao Procurador-Geral da República para fins de ciência e, a seu juízo, adotar as medidas que entender pertinentes, caso ocorra a regulamentação por ato infralegal da composição da base de cálculo para fins de pagamento do BEP variável a que se refere a Lei 13.464/2017;
- 9.8. notificar os recorrentes da presente decisão.

O provimento parcial dado ao recurso consubstancia-se basicamente em dois itens do Acórdão 1921/2019-Plenário, quais sejam os itens 9.3 e 9.9.

No item 9.3, foi excluída a determinação contida no item original, do Acórdão 1921/2019-Plenário, que foi substituída por um encaminhamento para ciência, ao Poder Executivo Federal, de entendimento esposado pelo TCU. O TCU esposou entendimento no sentido de que a regulamentação do Bônus de Eficiência e Produtividade (BEP) por ato infralegal viola o princípio constitucional da reserva legal, e para tanto suscitou "vasta jurisprudência do STF", pontuando como exemplo a ADI 3.369 MC/DF. Todavia, apesar do entendimento esposado, o TCU reconheceu expressamente que a questão é de análise de constitucionalidade da Lei n. 13.464/2017, consoante se visualiza no voto condutor:

35. Assim, a Lei 13.464/2017, ao deixar de prever a base de cálculo para a incidência do IEL, sem estabelecer qualquer limite para o valor global do BEP, permitiu que ato infralegal fixasse, à exclusiva mercê da autoridade que o expedirá, parcela remuneratória para os servidores das carreiras da Atividade Tributária e Aduaneira e da Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, em clara afronta ao princípio constitucional de reserva de lei.

(...)

37. Em outras palavras, não tenho dúvidas de que o ato infralegal a ser expedido na forma da Lei 13.464/2017 estaria a regular matéria de estrita reserva legal por força da CF/1988, a extrapolar sua característica de ato regulamentar.

(...)

41. Há que se considerar, contudo, como apontado pela AGU em sede recursal, que a determinação acima insculpida acabou por promover, de forma incidental, controle abstrato de constitucionalidade, porquanto, em última análise, o TCU negou vigência a dispositivo legal plenamente válido, vez que regularmente incurso no mundo jurídico, conforme conclusões uníssonas dos pareceres precedentes.

42. A imposição de termo para condicionar a vigência dos arts. 6º e 16 da Lei 13.464/2017 à edição de nova lei, apesar de adequado materialmente, conforme já amplamente debatido neste voto, consubstancia medida processual fora do alcance desta Corte de Contas.

(...)

45. Por tal razão, referido decisum revogou medida cautelar anteriormente deferida e determinou que os pagamentos do BEP a aposentados e

pensionistas fossem analisados nos casos concretos submetidos ao TCU para fins de registro, oportunidade em que este Tribunal exerceria o controle difuso de constitucionalidade, assegurado, até então, pela Súmula STF 347.

46. Ocorre que, ainda que o caso ora em análise se cuidasse de controle de constitucionalidade em relação a caso concreto, de que não se trata, a Corte Suprema, diante das competências constitucionais do TCU e do entendimento de que o controle de constitucionalidade é típica atividade jurisdicional, tem defendido que a Súmula STF 347 não se sustenta na ordem constitucional inaugurada pela CF/1988.

47. Esse posicionamento foi sedimentado, recentemente, quando da apreciação de mérito dos MS 35.410, 35.490, 35.494, 35.498 e 35.500 pelo STF, todos de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Transcrevo, por oportuno, trecho do voto do digníssimo relator (peça 190):

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade – principalmente, como no presente caso, em que simplesmente afasta a incidência de dispositivos legislativos para TODOS os processos da Corte de Contas – nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso 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.

(...)

Exatamente como na presente hipótese, o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes no âmbito daquele tribunal. (grifo não presente no original)

48. Assim, apesar de compreender que a Lei 13.464/2017, ao emudecer na questão que trata da base de cálculo do BEP variável, abriu espaço indevido para futura regulamentação autônoma de matéria típica de lei, em face do disposto no art. 37, inciso X, da CF/1988 e da jurisprudência do STF, entendo que ao TCU não seria permitido impor o termo condicionante a regular sua aplicação, tal qual restou decidido no subitem 9.3.

O Ministro Revisor, Bruno Dantas, apresentou divergência, afastando a ocorrência de controle de constitucionalidade pelo TCU e decidindo pela manutenção do item 9.3 como determinação. Nada obstante, o Ministro Relator, Vital do Rego, apresentou voto complementar reafirmando suas conclusões, inclusive asseverando expressamente que "a Lei 13.464/2017, com relação à lacuna atinente à não delimitação da base de cálculo do BEP variável, foi efetivamente cotejada por este TCU, em seu aspecto material, à CF/1988" (item 25 do voto complementar).

E houve ainda a declaração de voto do Ministro Weder de Oliveira, que apontou a sensibilidade do tema e votou por tornar insubsistentes os itens 9.4, 9.5, 9.6, 9.9 e 9.13 do Acórdão

recorrido, e de forma precisa asseverou que "a Lei de Responsabilidade Fiscal não se destina fundamentalmente ao gestor de recursos públicos, ao ordenador de despesa, mas ao Legislador: Poder Executivo, que propõe projetos de leis e edita medidas provisórias, e o Poder Legislativo, que os aprecia, emenda e aprova, segundo as normas constitucionais, legais e regimentais. (...) Quem controla a ação legislativa do Legislador? Nos termos da Constituição, o Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, não os tribunais de contas" (itens 8 e 10 da declaração de voto).

A declaração de voto do Ministro Weder de Oliveira merece ainda ser destacada na parte em que expressamente aduz que as condições instituídas pela LRF e também pelas LDO devem ser cumpridas durante o processo legislativo, sob pena de arguição de inconstitucionalidade perante o Poder Judiciário, "a quem cabe o controle da atividade legislativa do Legislador, da constitucionalidade e legalidade das normas por ele produzidas" (item 13 da declaração de voto). E também no ponto em que destaca a impropriedade da novel tese de ineficácia de lei, pois eventual inobservância das regras orçamentárias durante o processo legislativo enseja inconstitucionalidade da lei, o que inclusive já foi decidido pelo STF na ADI 5816, em que se julgou inconstitucional lei do Estado de Rondônia pela inexistência de estimativa do impacto orçamentário e financeiro no processo legislativo, entre outros fundamentos. Vale transcrever trecho da declaração de voto em apreço:

22. Uma interpretação no sentido de que leis que não cumpriram, em seu processo de formação, requisitos da Constituição, da Lei de Responsabilidade Fiscal e da lei de diretrizes orçamentárias seriam válidas, porém inexecutáveis até que os requisitos não cumpridos venham a ser "implementados", viola a lógica de responsabilidade fiscal da LRF e da LDO.

23. Essa interpretação, embora pareça ir ao encontro da defesa da Lei de Responsabilidade Fiscal, atua em sentido contrário ao do modelo de controle que essa lei instituiu.

24. A lógica da LRF e da LDO é a de fazer com que despesas obrigatórias e fontes de custeio sejam decididos simultaneamente, no processo legislativo, e não separadamente, como era antes.

25. A esse respeito, os depoimentos de Martus Tavares e José Roberto Afonso, em audiência na comissão especial que apreciou o Projeto de Lei de Responsabilidade na Câmara dos Deputados em 1995 :

Toda despesa de longo prazo só pode ser criada se houver mecanismo de compensação, quer pela retirada do orçamento de uma despesa também de longo prazo, já existente e programada, quer pela inclusão de uma receita também de longo prazo, ou seja, um financiamento adequado. Não posso criar uma despesa que seja permanente se não houver um financiamento permanente adequado, compatível. O princípio é atuar na origem. Quando essa despesa for criada, o Estado tem obrigação de atender. (...) Quando essa despesa chega ao orçamento, ela é dada. Não há o que discutir, tem que pagar. Então, tem de agir na origem, na criação da despesa ou benefício ou na elevação do benefício.

26. A interpretação que vem sendo criada altera essa lógica, afasta a ideia de simultaneidade, e contribui para o retorno, mitigado, ao passado, quando aumentos de despesa e de benefícios eram aprovados, deixando-se o seu financiamento para depois.

27. Essa interpretação fere frontalmente o artigo 17, o art. 14, a literalidade do art. 113 da Constituição, dos artigos 114 e 115 da LDO/2019, todos

dispositivos dirigidos ao processo de formação da lei.

(...)

31. Não é logicamente possível atender, posteriormente, aquilo que era condição imposta por lei complementar a ser cumprida no processo legislativo de formação da lei ordinária, antes de sua aprovação. Não se pode entender que o Tribunal está autorizado a suspender, de modo geral e em abstrato, pagamentos derivados de lei vigente e não declarada inválida pelo Poder Judiciário, sob o fundamento de que não se devem implementar posteriormente medidas compensatórias previstas na LRF para que possa ser exequível, medidas essas exigíveis, previamente, durante o processo legislativo.

32. **Ou seja, estaria sendo entendido que o Tribunal de Contas da União aceita que leis cujo processo de produção legislativa não observaram o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal são válidas, mas inexequíveis até que os requisitos previstos na LRF como etapas intrínsecas para serem observados no processo legislativo sejam cumpridas depois da lei aprovada, podendo esta Corte de Contas determinar a não aplicação da lei por ser “inexequível”. É disso que se está tratando aqui, tal como se tratou no caso do BPC (benefício de prestação continuada), o que, na prática, corresponderia a uma forma de controle de constitucionalidade, por impedir a produção dos efeitos de lei em vigor aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. (grifo nosso)**

O i. Ministro pontuou exatamente o objeto posto para julgamento quando da consulta respondida por meio do acórdão 1907/2019-Plenário, que dizia respeito ao que deveria o gestor público fazer, ao perceber a aprovação de medidas legislativas sem a devida adequação orçamentária e financeira, e em inobservância ao que determina a legislação vigente. E a resposta apresentada nos encaminhamentos da Semag e do MPTCU foram exatamente no sentido de se encaminhar à AGU e ao MPF, para avaliação acerca do interesse de arguir a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de tais medidas legislativas nas instâncias competentes. Portanto, a resposta dada pelo Acórdão 1907/2019 teria sido dissociada da própria consulta realizada, mantendo as dificuldades para o gestor e ainda ampliando um poder que não cabe ao TCU. "A resposta dada requereria difícil interpretação do gestor sobre o que o Tribunal respondeu quanto aos procedimentos que deveria adotar, e deixaria muitas outras questões em aberto: De que adequação orçamentária e financeira se está falando: a do processo legislativo ou a adequação do momento de ordenação da despesa (coisas muito distintas)? Poderia o gestor negar-se a dar cumprimento à lei com base nessa resposta? Poderia o gestor condicionar o “dar cumprimento à lei” a eventos futuros, fora de seu controle, indefinidamente? Poderia deixar de reconhecer direitos assegurados por lei sob fundamento de entendê-la inconstitucional, muito embora assim ainda não declarada judicialmente, sem incidir em sanções jurídicas? Deveria acionar a AGU?" (item 39 da declaração de voto).

E, ainda, pontuou o insubstituível papel do TCU no acompanhamento e na avaliação das finanças públicas e na responsabilização de administradores, que fica ressaltado, fortalecido e legitimado quando se mantém em plena consonância com sua missão constitucional (item 48 da declaração de voto).

Nada obstante, o Acórdão seguiu o Voto condutor, pelo que ficou definida a inviabilidade do TCU obstar a regulamentação do BEP pelo Poder Executivo, nada obstante ter

expressado que a Lei n. 13.464/2017 violou o princípio da reserva legal ao permitir essa atuação. Restou, portanto, apenas a orientação para os requisitos a constarem em eventual e futura regulamentação, constantes dos itens 9.7 e 9.8 do Acórdão 1921/2019-Plenário.

Também restou afastada a menção a eventual comprometimento das contas do Presidente da República em razão do cumprimento da Lei n. 13.464/2017, o que se deu pela exclusão do item 9.9 do Acórdão 1921/2019.

Percebe-se, pois, que os pontos fulcrais do recurso de reexame apresentado foram atendidos pelo novo Acórdão, o que a nosso sentir afasta a necessidade de nova atuação do DEAEX no feito. Diga-se, por importante, que o Ministério da Economia já afirmou e reafirmou o devido enquadramento da verba nos moldes da legislação orçamentária, de modo que em princípio estariam cumpridos os itens 9.4, 9.5, 9.6 do Acórdão 1921/2019, que foram mantidos.

Nada obstante o sucesso recursal já acima delineado, há dois pontos de sucumbência, que precisam ser abordados para completude desta análise.

O primeiro diz respeito à ausência de reconhecimento, pelo TCU, do cumprimento da legislação orçamentária, embora o tema tenha sido afirmado e reafirmado pelo Ministério da Economia e pela AGU na atuação processual. esse ponto de sucumbência inclui a manutenção do entendimento de isenção tributária na Lei n. 13.464/2017, e não de hipótese de não-incidência.

Ficou aberta, pois, a possibilidade de monitoramento que venha a imputar ao Poder Executivo o descumprimento de normas orçamentárias, inclusive relativas à necessidade de medidas de compensação previstas no art. 14 da LRF. Essa ausência poderia ensejar a oposição de embargos de declaração, por omissão, de modo a se buscar desde já esse reconhecimento. Todavia, a chance de êxito se mostra bastante reduzida, de modo que se afigura mais segura e oportuna a opção pelo aguardo de eventual monitoramento que pretenda imputar descumprimento da legislação orçamentária, para, aí sim, se buscar a reversão relativa ao tema, inclusive reversão judicial. A potencial análise futura do tema foi inclusive expressamente suscitada no voto condutor:

73. Com relação à natureza jurídica da renúncia fiscal associada ao pagamento do BEP e as repercussões previdenciárias associadas, acolho as propostas da Serur e do MPTCU e deixo, nesta oportunidade, de aprofundar sua análise, em razão de que o presente processo cuida da instituição do citado Bônus sob os aspectos da adequação fiscal, orçamentária e financeira, cujas principais regras balizadoras encontram-se na LRF.

74. Aliás, a natureza jurídica do BEP e as repercussões decorrentes devem ser analisadas de forma detida no âmbito do TC 011.648/2018-0, atualmente sobrestado aguardando decisão definitiva do STF acerca de questões similares tratadas nos MS 35.410, 35.490, 35.494, 35.498 e 35.500, razão pela qual entendo que cópia da presente decisão deve ser anexada àqueles autos.

Já o segundo ponto de sucumbência diz respeito ao entendimento firmado no Acórdão 1907/2019-Plenário, em que se definiu a lógica de ineficácia de leis que sejam aprovadas sem a observância das regras orçamentárias. Ocorre que essa argumentação foi trazida, neste caso, a título de reforço, com o objetivo de se evitar que a sua aplicação acabasse por obstar a continuidade

da execução regular da Lei n. 13.464/2017. Assim, como o novo acórdão afasta qualquer comprometimento nesse sentido, observadas as questões potenciais indicadas no parágrafo acima, afigura-se razoável concluir que não se trata de sucumbência hábil a desafiar nova atuação pelo DEAEEX.

Conclui-se, pois, que o Acórdão 1675/2021 – TCU – Plenário, julgado na sessão de 14 de julho de 2021, atendeu ao que foi defendido pela AGU, via DEAEEX/CGU/AGU, no processo TC 005.283/2019-1, não havendo outras medidas a serem tomadas no momento.

Encaminho o processo à Coordenação de Contencioso Administrativo para ciência e providências subsequentes, a seu juízo.

Brasília, 23 de julho de 2021.

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 fccdabfe

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 685830061 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VANESSA AFFONSO ROCHA. Data e Hora: 23-07-2021 17:59. Número de Série: 17275173. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
