

## VOTO

MS 34.410; 35.490; 35.494; 35.498; 35.500; 35812; 35824; 35836.

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator):** Trata-se de mandados de segurança coletivos preventivos, que têm por objeto acórdão do Tribunal de Contas da União que afastou a aplicação dos parágrafos 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017, que fundamentavam a extensão a inativos e pensionistas do benefício denominado Bônus de Eficiência e Produtividade, concedido a auditores fiscais do trabalho e analistas tributários da Receita Federal do Brasil que integram a carreira tributária e aduaneira, por reputá-los inconstitucionais por não incidir sobre a referida parcela desconto de Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor – CPSS.

Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação:

“Art. 7º Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de:

I – 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;

II – 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

(...)

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela ‘a’ do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo.

§ 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo:

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela "a" do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela "a" do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída; II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela "a" do Anexo IV desta Lei.

(...)

Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro).

(...)

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela "b" do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo.

§ 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo:

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela "b" do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela "b" do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída.

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela "b" do Anexo IV desta Lei."

Discute-se se a Corte de Contas tem competência para exercer controle difuso de constitucionalidade.

Inicialmente, no tocante à alegação de incompetência do Tribunal de Contas da União para realizar controle difuso de constitucionalidade, é interessante notar que, entre nós, a jurisprudência antiga, encartada na Súmula 347 desta Corte, abre ensejo para que o Tribunal de Contas afaste a aplicação de uma lei a um caso sob o seu exame, por julgá-la inconstitucional.

Ocorre que o referido Enunciado foi aprovado em Sessão Plenária de 13.12.1963, em contexto constitucional totalmente diferente do atual.

Com efeito, até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, da aplicação de lei considerada inconstitucional.

Na vigência da Constituição de 1967/69, firmou o Supremo Tribunal Federal entendimento no sentido de que seria constitucional decreto de

Chefe de Poder Executivo estadual que determinasse aos órgãos a ele subordinados que se abstivessem da prática de atos que implicassem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. O precedente, de relatoria do Ministro Moreira Alves, restou assim ementado:

“É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto nº 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente”. (Rp 980, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 19.9.1980)

Cuidava-se de hipótese inequívoca de inconstitucionalidade e que, por isso, não se baseava em inconformismo de um Poder em face de outro. Ao contrário, a Corte vislumbrou no ato uma situação de autodefesa de prerrogativa que a Constituição conferia ao Executivo para melhor atender ao interesse público.

Tal como demonstra Ruy Carlos de Barros Monteiro em minucioso estudo sobre o tema, a questão de um eventual descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo deu ensejo a intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial (O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo. Revista Forense, v. 79, n. 284 e ss., p. 119, out/dez 1983).

O autor, inicialmente, noticia a existência de três correntes doutrinárias relativas à possibilidade de o Poder Executivo deixar de aplicar a legislação, por entendê-la inconstitucional. A primeira, capitaneada por Miguel Reale, defende que o Executivo pode deixar de aplicar determinada lei quando entender que ela estaria em desacordo com os comandos constitucionais. A segunda, representada, entre outros, por Alfredo Buzaid, entende que apenas o Poder Judiciário detém competência para apreciar a constitucionalidade das leis, sendo vedado ao Legislativo e Executivo deixar de aplicá-las, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. E a última, assumindo um viés intermediário e tendo como principal representante Victor Leal Nunes, consigna que apenas até a edição da EC 16/65 se apresentava autêntica a recusa do Poder Executivo de cumprir lei supostamente inconstitucional.

Em seguida, Ruy Carlos de Barros Monteiro manifesta-se – já em 1983! – no sentido de que compete exclusivamente ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade das leis. Na ocasião, o autor afirmou que, ao se conferir essa prerrogativa ao Poder Executivo, estar-se-ia destruindo, em termos definitivos, a independência e a harmonia entre os poderes. Nesse sentido, afirma que:

“Por isso, antes de quase institucionalizar a conduta, cumpre tratá-la diante de indagação imperiosa: conferindo essa atribuição ao Poder Executivo, como querem a doutrina e a jurisprudência, não se estaria destruindo a independência e a harmonia entre os poderes, numa real perda do equilíbrio no cumprimento das funções plasmadas pela Constituição?”

Da resposta afirmativa sobressai, data vênua, patente fraude ao consagrado princípio, concebido que foi, como é cediço, para que o poder pudesse conter o poder: que aquele que faz as leis não seja o encarregado de aplicá-las e nem de executá-las; que o que execute não possa fazê-las nem julgar de sua aplicação; que o que julgue não as faça e nem as execute”. (O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo. Revista Forense, v. 79, n. 284 e ss., p. 101, out/dez 1983.)

Finalmente, conclui o autor: “ *cada autoridade deve manter-se nos limites da própria competência, que é a que o direito objetivo lhe determina* ”, sob pena de configurar-se o abuso de poder. Assim, deve sempre prevalecer “ *a claríssima intenção do legislador constituinte que, em todo tempo, deferiu a alta missão privativamente ao Poder Judiciário, vedando assim que o Poder Executivo, tanto pelo seu Chefe, como pelos seus agentes, se sobreponha aos órgãos da jurisdição*” (O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo. Revista Forense, v. 79, n. 284 e ss., p. 119, out/dez 1983).

A introdução do controle abstrato entre nós, em 1965, representou uma alteração relevante de nosso sistema de controle de constitucionalidade. Já o texto constitucional de 1988 introduziu mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, afigura-se conveniente, senão necessário, assentar que a Constituição de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade.

A ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias (ANSCHÜTZ, Gerhard. Verhandlungen des 34. juristentags. Berlin, 1927. v. 2, p. 208).

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

Ressalte-se que essa alteração se operou de forma ainda mais profunda com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pela Lei 9.882/1998. Isso porque, desde então, admite-se o ajuizamento de ação de controle abstrato contra direito pré-constitucional

em face da nova Constituição e também a verificação de compatibilidade entre esta última e o direito municipal.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade para que foi pensado esse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a ideia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei.

A outorga do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional realiza, de forma radical, a ideia, exposta inicialmente por Kelsen, da utilização da jurisdição constitucional, especialmente do controle abstrato de normas, para a defesa das minorias (KELSEN, Hans. *Entwicklung der staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 30).

De mais a mais, o constitucionalismo brasileiro permite atualmente ampla participação de órgãos estatais, instituições públicas e privadas, cidadãos e grupos no processo de interpretação da Constituição. Trata-se da concretização do que o jurista alemão Peter Häberle define como Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997).

A propósito, é oportuno consignar que a Lei 9.868/1998 prevê a possibilidade de designação, no curso do contencioso constitucional, de audiências públicas, para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria analisada (art. 20, §1º). Além disso, referida lei estabelece a

possibilidade de manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, de órgãos e entidades diversos, desde que haja relevância do tema analisado e representatividade dos postulantes (art. 7, §2º).

Ao ampliar o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, ou a se manifestar nos processos de controle abstrato de normas, acabou o Constituinte de 87/88 por restringir a amplitude do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, limitando-os aos órgãos jurisdicionais. Além disso, a própria criação da ação declaratória de constitucionalidade revela a preocupação da Carta Magna em prestigiar a presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos.

De fato, esse sensível incremento do controle abstrato de constitucionalidade, inclusive com efeito vinculante e eficácia contra todos, implica a desnecessidade de que o sistema de controle difuso de constitucionalidade extrapole a esfera do Judiciário.

Nesse contexto, é relevante reafirmar que a possibilidade de os órgãos de controle administrativo deixar de cumprir decisão legislativa, com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade, é controvérsia que, sob o regime constitucional anterior, ganhou alguma densidade doutrinária e jurisprudencial, mas certamente já perdeu muito do seu significado prático, em face da nova disciplina conferida à ação direta de inconstitucionalidade. A outorga do direito para propor a ação direta aos Chefes do Executivo federal e estadual, bem como às Mesas das Casas Legislativas, retira, senão a legitimidade desse tipo de conduta, pelo menos, na maioria dos casos, a motivação para a adoção dessa conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito.

Evidentemente, a simples instauração de controvérsia sobre a legitimidade ou não de uma determinada decisão legislativa já se mostra apta a produzir uma ampla insegurança jurídica, podendo dar ensejo ao adiamento da implementação de determinadas decisões legislativas. Foi nesse contexto que surgiu também a necessidade de que se desenvolvesse um instrumento que assegure ao Legislativo e ao Executivo a possibilidade de provocar o Judiciário, não para provocar uma declaração de inconstitucionalidade, mas, ao revés, para afirmar, de maneira definitiva, a legitimidade de uma dada lei.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, veio, ainda que parcialmente, colmatar a lacuna identificada, permitindo que, em caso de dúvida ou

controvérsia sobre a legitimidade de uma lei federal, pudessem o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal ou, ainda, o Procurador-Geral da República provocar o Supremo Tribunal com o objetivo de colher, com eficácia contra todos e efeito vinculante, uma declaração de constitucionalidade de ato normativo.

Nessa linha, é coerente com nosso sistema constitucional que a presunção de constitucionalidade das normas somente possa ser afastada por órgãos jurisdicionais competentes.

Nesse sentido, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil demonstra a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 do STF em face da ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1988.

Órgãos administrativos, como o Tribunal de Contas da União, não encontram esteio no novo texto constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade, dados o franco acesso ao Poder Judiciário e a existência de instrumental seguro e célere no controle abstrato de constitucionalidade, dirigido diretamente ao STF.

No tocante à jurisprudência do STF, esse entendimento já foi espelhado monocraticamente por alguns Ministros nos seguintes casos: MS 26410 MC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 2.3.2007; MS 27743 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 15.12.2008; MS 27337, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 28.5.2008; MS 28745 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 13.5.2010; MS 27796 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Presidente Min. GILMAR MENDES, DJe 9.2.2009; e, MS 29123 MC, de minha relatoria, DJe 9.9.2010.

Essa orientação aplica-se, também, ao Banco Central, ao CADE, às Agências Reguladoras, ao CNJ, ao CNMP, ao CARF, ou seja, qualquer órgão pertencente a outro Poder, que não o Judiciário.

Observo, no entanto, que, apesar desse entendimento pacífico, não há empecilho para que a Administração Pública deixe de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional ou interpretação tida como incompatível com a Constituição **pela Suprema Corte**, consoante jurisprudência pacífica.

Quando o STF, no papel do intérprete constitucional, procede à determinada leitura da norma constitucional, não podem os demais órgãos públicos *lato sensu*, no exercício de atividade administrativa típica ou atípica, simplesmente desprezá-los e passarem a contorná-los com artimanhas jurídicas.

Dito de outro modo, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais entes federativos, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão.

Tal interpretação deve ser igualmente entendida pelos órgãos da Administração Pública e também pelos tribunais de contas, como indicativa do sentido normativo-constitucional, mesmo no caso de se tratar de jurisprudência firmada sem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Isso porque, na hipótese contrária, já há obrigatoriedade de observância da jurisprudência, na forma do §2º art. 102 da CF, a saber:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Feitas essas considerações, acompanho o voto do Ministro Relator.