



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO **ALEXANDRE DE MORAES**
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Memorial da Procuradoria-Geral da República

Tema central:

Modulação de Efeitos, por Embargos de Declaração, do Julgamento do Tema 395 da Sistemática de Repercussão Geral (Incorporação de Quintos)

Segundos Emb. Decl. do Recurso Extraordinário 638.115/CE

Relator: Ministro **Gilmar Mendes**
Embargante: Procuradoria-Geral da República
Embargados: União e outros

I. TESES DEFENDIDAS PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

1. Embargos de declaração que visem a modulação de efeitos de decisão de mérito de repercussão geral não devem ser julgados pelo Plenário Virtual ou por lista, por estar em discussão o próprio alcance da matéria com repercussão geral reconhecida.
2. Cabe embargos de declaração para sanar omissão quanto a não apreciação de modulação de efeitos com base em aplicação equivocada de precedente da Corte. O decidido do RE 730.462-RG se limitou a afirmar que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de preceito normativo não implica reforma automática de decisões judiciais contrastantes.
3. O reconhecimento da inconstitucionalidade da incorporação de quintos por servidores no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/98 e a publicação da Medida Provisória 2.225-45/2001 não afasta o direito à incorporação dessa parcela reconhecida por decisão judicial transitada em julgado ou por decisão administrativa proferida contra a qual se operou os efeitos da decadência.
4. Conhecimento e acolhimento dos embargos de declaração para que seja sanada a omissão dos primeiros embargos e, dessa forma, sejam modulados os efeitos do acórdão que julgou o mérito da repercussão geral de acordo com a forma proposta.

1. BREVE RELATÓRIO

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 638.115/CE, selecionado como paradigma para o Tema 395 da Repercussão Geral (Incorporação de quintos decorrentes do exercício de funções comissionadas e/ou gratificadas), decidiu, por maioria, pela **impossibilidade da incorporação** da parcela no período entre a edição da Lei 9.624/98 a publicação da Medida Provisória 2.225-45/2001, ao fundamento de que esta MProv não extinguiu o direito à incorporação, revogado pela Lei 9.624/98, mas transformou em VPNI a

incorporação referida nas Leis 8.911/94 e 9.624/98, sem repristinação expressa do direito aos quintos. Fixou a tese de que *“ofende o princípio da legalidade a decisão que concede a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada no período entre 8.4.1998 até 4.9.2001, ante a carência de fundamento legal”*. Modulou os efeitos para desobrigar a devolução dos valores recebidos de boa-fé até a data do julgamento e cessou a ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente.

Contra esse julgado foram opostos cinco embargos de declaração, um deles pela Procuradoria-Geral da República, que requereu a modulação dos efeitos do acórdão para assegurar a manutenção dos quintos implementadas por decisão judicial transitada em julgado ou pela via administrativa há mais de cinco anos, em virtude da incidência da decadência administrativa e em observância aos princípios da irreduzibilidade de vencimentos e da segurança jurídica.

Os embargos de declaração da Procuradoria-Geral da República, embora conhecidos, foram rejeitados ao fundamento de que *“em qualquer hipótese, deve ser cessado o pagamento dos quintos pelo exercício de função comissionada no período entre 8.4.1998 até 4.9.2001, seja decorrente de decisão administrativa ou judicial transitada em julgado”*. Em relação às decisões judiciais transitadas em julgado e aos efeitos de decisões administrativas concessivas de quintos a mais de cinco anos, consignou que a cessação imediata do pagamento de quintos no período de 8.4.1998 até 4.9.2001 não ofende a coisa julgada e independe de ação rescisória, pois a declaração de inconstitucionalidade de relação de trato continuado não autoriza a manutenção da eficácia executiva futura da norma reputada inconstitucional, segundo o decidido no RE 730.462-RG.

O Ministério Público Federal opôs segundos embargos de declaração, onde aponta equívocos tanto da sistemática de julgamento

dos primeiros embargos, por lista e sem inclusão em pauta, quanto do acórdão embargado, que não sanou os pontos omissos e obscuros indicados nos declaratórios anteriores.

A União, embora intimada, deixou de apresentar contrarrazões aos segundos embargos de declaração opostos pela Procuradoria-Geral da República (*vide* peças eletrônicas 196, 218, 224, 227 e 230).

2. EQUÍVOCOS DA SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO

2.1 JULGAMENTO EM LISTA E COM APLICAÇÃO EQUIVOCADA DO DECIDIDO NO RE 730.462-REPERCUSSÃO GERAL

Julgamento de embargos de declaração que visam a modulação de efeitos de acórdão proferido na sistemática de repercussão geral, de forma presencial, não admite julgamento em lista, por se tratar de decisão com reflexos em todos os processos que envolvam idêntica controvérsia. Por conseguinte, a **discussão quanto a modulação dos efeitos da decisão** do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em tema com repercussão geral, deve ser discutido da forma mais ampla possível pelos ministros que participaram do julgamento, a fim de gerar maior segurança jurídica aos órgãos do Judiciário que aplicarão o *leading case* e, dessa forma, observar os efeitos pacificadores do pronunciamento em repercussão geral.

Por outro lado, do inteiro teor do acórdão embargado, conta apenas o voto do relator, Ministro GILMAR MENDES, fundado, contudo, em premissa equivocada. Isso porque ampliou o decidido no RE 730.462-RG, para alcançar situações **não abrangidas** por esta decisão. A tese fixada nesse precedente de repercussão geral

foi a consignada na ata de julgamento, no sentido de que “*a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)*”.

A ementa do RE 730.462-RG, embora perfilhe o entendimento do seu relator, Ministro TEORI ZAVASCKI (aplicado como precedente pelo Ministro GILMAR MENDES no julgamento dos primeiros embargos de declaração), não reflete o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade preservação, ou não, do direito à incorporação de parcela remuneratória de trato sucessivo reconhecido a servidores por decisão judicial transitada em julgado.

Por ocasião do julgamento dos primeiros embargos de declaração, estavam ausentes os Ministros ROBERTO BARROSO, CELSO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI. No julgamento do RE 730.462-RG, os três ausentes, além dos Ministros MARCO AURÉLIO e LUIZ FUX, rechaçaram expressamente a tese de mitigação da coisa julgada em rescisória no caso de trato sucessivo, proferindo, naquela ocasião, votos em sentido oposto ao defendido pelo Ministro GILMAR MENDES no acórdão dos embargos de declaração julgado inadequadamente por lista.

As implicações gravosas aos princípios da ampla defesa e da colegialidade são bastante evidentes no caso.

O julgamento em lista dos embargos permitiu que, em nome da celeridade, fosse alcançada uma conclusão com reflexos em todo o desenho já traçado do Direito Administrativo e na própria concepção do que sejam a coisa julgada e a segurança jurídica, causando graves prejuízos ao Judiciário e aos jurisdicionados.

A manutenção do acórdão embargado, em última análise, resulta na supressão do debate exigido para o tema de expressiva relevância, com fundamento em mitigação de princípios basilares do Direito, a partir da aplicação incorreta de precedente que, diga-se de passagem, trata de matéria absolutamente diversa.

2.2 CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A sistemática da repercussão geral exige que se proceda com a máxima explicitação da esfera de aplicação do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. Os embargos de declaração constituem oportunidade para que as partes, os interessados e o Ministério Público possam destacar pontos de relevo envolvidos no deslinde da questão e, com isso, evitar que a matéria venha a ser re-discutida, sob diversos ângulos, pelo Supremo Tribunal Federal.

Os segundos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal visa a esclarecer tanto o âmbito de aplicação da tese de repercussão geral definida no RE 638.115/CE, facilitando a tarefa de *distinguish* que também se impõe na sistemática da repercussão geral, quanto da própria modulação dos efeitos.

2.2.1 OMISSÃO RELATIVA A MATÉRIA PASSÍVEL DE CONHECIMENTO E PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO

O art. 1.022, II, do Código de Processo Civil admite embargos de declaração para suprir a omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento. Cabe, portanto, embargos com o fim de provocar julgamento sobre matéria cognoscível de ofício. A coisa julgada e a decadência são questões passíveis de conhecimento de ofício, podendo ser declaradas em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos dos arts. 485, V, § 3º, 487, II, do CPC e do art. 210 do Código Civil.

Surpreende, então, que o Plenário do STF, provocado em recurso adequado, insista em não apreciar a coisa julgada e a decadência, questões cognoscíveis de ofício e capazes de afastar, para aqueles abrangidos por estes institutos, a conclusão alcançada no julgamento da tese de repercussão geral.

2.2.2 APLICAÇÃO EQUIVOCADA DE PRECEDENTE PARA AFASTAMENTO DA COISA JULGADA E DA DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 730.452-RG, optou por adotar a tese “minimalista e objetiva”, nas palavras do Ministro Roberto Barroso, segundo a qual somente se afasta a coisa julgada, em caso de declaração de inconstitucionalidade de norma na qual se assenta, no prazo da ação rescisória. Rechaçou-se, de modo expresso, a tese mais ampla, que pretendeu o Ministros GILMAR ver aplicada na hipótese em apreço, para admitir mitigação da coisa julgada sem ação rescisória no caso de trato sucessivo.

A tese é reforçada pelo art. 525, §§ 12 e 15, do CPC, que afirma a impossibilidade de o pronunciamento em repercussão geral servir de fundamento suficiente para, isoladamente, gerar efeitos de procedência de uma ação rescisória.

O acórdão embargado, ao aplicar equivocadamente a tese firmada no RE 730.452/RG, parece ter confundido os Ministros da Corte, o que é compreensível pelas transcrições constantes do voto do relator e pela sistemática de julgamento de embargos de declaração em lista. A premissa equivocada na qual se assenta o acórdão embargado, além de contrariar a jurisprudência do STF, viola a literalidade das normas do art. 525, §§ 12 e 15 do CPC vigente.

3. OMISSÕES DO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

3.1 ABRANGÊNCIA DO PRONUNCIAMENTO EM FACE DE BENEFICIADOS POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO

O direito à incorporação de quintos por servidores públicos no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/98 e a publicação da Medida Provisória 2.225-45/2001, foi trazido diversas vezes ao Judiciário. A controvérsia acerca do direito de servidores públicos à incorporação de quintos era tida pela jurisprudência do STF como matéria de caráter infraconstitucional. A partir da premissa de ofensa indireta ao texto constitucional, várias causas envolvendo esse tema foram decididas, com trânsito em julgado e consequente inscrição da rubrica nas remunerações de servidores públicos.

Tendo em conta a garantia constitucional da coisa julgada (CF,

art. 5º, XXXVI), o julgamento da matéria, mesmo na sistemática da repercussão geral, não desconstitui os títulos judiciais anteriormente formados sob o manto da coisa julgada. São numerosos os julgados do STF no sentido de que vantagem incorporada à remuneração de servidor público por decisão judicial transitada em julgado só pode ser suprimida pela via da ação rescisória, sem prejuízo da apreciação judicialmente de absorção da parcela por reajustes posteriores. Daí a fixação de tese, em repercussão geral, de que “*a sentença que reconhece ao trabalhador ou servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual nos ganhos*” (RE 596.663-RG, Redator para o acórdão o Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25.11.2014).

Em observância à imutabilidade da coisa julgada, deferiu o Min. CELSO DE MELLO liminar em mandado de segurança para garantir o direito à incorporação de quintos no período entre a publicação da Lei 9.624/98 e a edição da MProv. 2.225-45/2001, suprimido pelo TCU ao apreciar a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria de servidor público (MS 35.078/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 25.8.2017). A esse respeito, destacou a decisão monocrática:

Cabe ter presente, nesse ponto, o que a própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal vinha proclamando, já há quatro décadas, a respeito da invulnerabilidade da coisa julgada em sentido material, ênfatizando, em tom de grave advertência, que sentenças transitadas em julgado, ainda que inconstitucionais, somente poderão ser invalidadas mediante utilização de meio instrumental adequado, que é, no domínio do processo civil, a ação rescisória. [...]

Vê-se, a partir das considerações que venho a expor, que não se revela processualmente ortodoxo nem juridicamente adequado, muito menos constitucionalmente lícito, recursar-se a cumprir sentença transitada em julgado, sob o pretexto

de que ela apoiou-se em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

É que, em ocorrendo tal situação, a sentença de mérito tornada irrecorrível em face do trânsito em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de uma específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória), desde que utilizada esta, no entanto, pelo interessado, no prazo decadencial definido em lei, pois, esgotado referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, que se revela insuscetível de modificação ulterior, ainda que haja sobrevindo julgamento do Supremo Tribunal Federal declaratório de inconstitucionalidade da própria lei em que baseado o título judicial exequendo [...].

Em suma: a decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional, em momento posterior, determinado diploma legislativo em que se apoie o ato sentencial transitado em julgado, não obstante impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede, *ordinariamente*, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada [...], detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, *nesse contexto*, limite oponível à força resultante dos pronunciamentos que emanam da Suprema Corte, ainda que proferidos no âmbito de julgamento de mérito de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Por conseguinte, e imperativo que se explicite no acórdão que os servidores amparados por decisão judicial transitada em julgado continuam com o direito de perceberem os quintos, como forma de explicitar o alcance dos efeitos da decisão proferida pelo STF na sistemática da repercussão geral e, com isso, evitar o retorno da controvérsia pela via da reclamação constitucional.

3.2 ABRANGÊNCIA DO PRONUNCIAMENTO EM FACE DE BENEFICIADOS POR DECISÃO ADMINISTRATIVA PROLATADA HÁ MAIS DE 5 ANOS

Desde 2002, vários órgãos reconheceram administrativamente

o direito de servidores à incorporação dos quintos. A despeito de constarem do processo e de estarem imunizadas por força do art. 54 da Lei 9.784/99, o acórdão embargado não se pronunciou sobre a decadência administrativa.

A não aplicação da decadência administrativa em situações de “inconstitucionalidade prima facie evidente” ou “flagrantemente inconstitucional” não se aplica à controvérsia acerca do direito de servidores a incorporação de quintos no período de 8.4.1998 até 4.9.2001. A complexidade da causa, a ausência de entendimento uniforme entre órgãos do Judiciário, o tempo que a questão vem sendo debatida e até mesmo a ausência de unanimidade entre os ministros do STF em torno do tema demonstram que não se trata de situação flagrantemente inconstitucional ou de inconstitucionalidade evidente a primeira vista. É crucial, portanto, que na modulação dos efeitos da decisão também conste a manutenção das incorporações implementadas há mais de 5 anos, por força da decadência administrativa.

3.2 MODULAÇÃO DE EFEITOS E IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS COMO FORMA QUALIFICADA DE DIREITO ADQUIRIDO

O julgamento de matéria, em repercussão geral, não desconstitui títulos judiciais transitados em julgado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da incorporação de parcela remuneratória não prevista em lei, sob pena de irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV), **forma qualificada de direito adquirido**.¹

A garantia da irredutibilidade de vencimentos, por estar direta-

¹ STF. Plenário. Mandado de Segurança 24.875/DF. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ de 6.10.2006.

mente relacionada à segurança jurídica das relações do Poder Público com servidores que tenham o direito à incorporação de quintos reconhecido por decisão judicial transitada em julgado ou por decisão administrativa proferida há mais de 5 anos, prepondera, em eventual juízo de ponderação, sobre o princípio da legalidade.

Logo, a carência de fundamento legal para incorporação dos quintos no período entre a edição da Lei 9.624/98 e a publicação da Medida Provisória 2.225-45/2001, ainda que em repercussão geral, não afasta a irredutibilidade de vencimentos da parcela, incorporada por força de decisão judicial transitada em julgado ou por decisão administrativa alcançada pela decadência.

Por fim, conforme citação extraída de voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES no julgamento do RE 197.917/SP (paradigma sobre a possibilidade de modulação de efeitos em controle incidental de constitucionalidade), “tanto o decurso do prazo de decadência ou de prescrição, quanto o advento da coisa julgada impõem limite à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. Essa constatação mostra também que a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência e os limites das fórmulas de preclusão, fixando, *ipso jure* os próprios limites da ideia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 7.5.2004).

4. CONCLUSÃO

Forte nas razões expostas, ao ver da Procuradoria-Geral da República, os segundos embargos de declaração devem ser co-

nhecidos e acolhidos, para que sejam modulados os efeitos do acordo que julgou o mérito da repercussão geral, a fim de que a decisão não atinja os servidores com direito à incorporação amparado em decisão judicial transitada em julgado ou por decisão administrativa proferida há mais de 5 anos.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2017.


Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

FC