



## Nota Técnica

Brasília-DF, 20 de julho de 2015.

Ementa: Administrativo. Servidor Público. Incorporação de Quintos. MP 2.225-45/2001. Supremo Tribunal Federal. RE 638.115. Alteração jurisprudencial. Negativa do direito à incorporação. Efeitos do julgamento. Novas ações. Verbas incorporadas administrativa e judicialmente. Execuções em andamento.

Consultam-nos acerca dos efeitos judiciais e administrativos do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 638.115, onde entendeu ser descabida a incorporação de Quintos aos servidores públicos federais em razão do exercício de cargos em comissão e funções comissionadas entre 8 de abril de 1998 e 4 de setembro de 2001, ante a suposta ausência de autorização normativa na Medida Provisória 2.225-45, de 2001.

O mencionado julgamento ocorreu sob o rito da repercussão geral (artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil), em decisão assim publicada:

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 395 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário, vencidos os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão para desobrigar a devolução dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores até esta data, nos termos do voto do relator, **cessada a ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente**, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.03.2015. (DJ Nr. 66 do dia 09/04/2015 – grifou-se)

Embora o acórdão do julgamento não tenha sido publicado, as notícias do julgamento contidas no Informativo STF nº 778 autorizam uma análise provisória dos fundamentos do julgado.

Com efeito, a causa foi decidida com base em critérios de direito intertemporal na medida em que, desde a discussão sobre a sua admissão, assentou-se que estava em jogo a aplicação temporal do direito ordinário que, dada a excepcionalidade do caso, poderia ter reflexos sobre o princípio da legalidade (e não sobre alguma regra constitucional), a permitir a apreciação em recurso extraordinário.

Dos seguintes trechos constantes do Informativo STF nº 778, percebe-se que o princípio da legalidade foi invocado pelo Supremo Tribunal Federal



apenas para permitir a excepcional admissão do recurso extraordinário:

Incorporação de quintos e princípio da legalidade - 2

O Colegiado ponderou que uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afetasse situação individual, revelar-se-ia contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação. Se admitido, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculariam todos os Poderes e que a decisão judicial deveria observar a Constituição e a lei, então a decisão judicial que se revelasse desprovida de base legal afrontaria ao menos o princípio da legalidade. Essa orientação poderia converter a Corte em autêntico tribunal de revisão, **se fosse admitido que toda decisão contrária ao direito ordinário seria inconstitucional. Por isso, deveria ser formulado um critério a limitar a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. A admissibilidade dependeria da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o juiz tivesse desconsiderado por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão fosse manifestamente arbitrária na aplicação do direito ordinário ou, ainda, que tivessem sido ultrapassados os limites da construção jurisprudencial. Assim, uma decisão que, por exemplo, ampliasse o sentido de um texto penal para abranger determinada conduta seria inconstitucional, por afronta ao princípio da legalidade. Seria, portanto, admitida uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior fosse o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Em suma, seria possível aferir uma questão constitucional na violação da lei pela decisão ou ato dos Poderes constituídos. A decisão ou ato sem fundamento legal ou contrário ao direito ordinário violaria, portanto, o princípio da legalidade.** O Ministro Teori Zavascki também conheceu do recurso, mas por outro fundamento. Afirmou que, em razão de o mesmo tema também chegar ao STF por meio de mandados de segurança, a Corte não fugiria do exame do mérito da questão. Não faria sentido distinguir uma decisão com repercussão geral de outra, sem essa qualidade, a conferir eficácias diferentes para decisões do Supremo. Todas elas, por sua própria natureza, teriam eficácia expansiva necessária e peso institucional semelhante. O Ministro Marco Aurélio acresceu que não se deveria exigir, para ter-se configurado o prequestionamento, a referência no acórdão recorrido a dispositivo da Constituição. Seria suficiente a adoção de entendimento sobre a norma constitucional. No caso, a decisão recorrida trataria claramente da existência de direito adquirido por parte dos servidores. Além disso, citou precedentes da Corte em recursos extraordinários nos quais discutida transgressão ao devido processo legal ou ao princípio da legalidade. Frisou que se estaria diante de situação concreta a reclamar manifestação do STF, para pacificar-se o tema. O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) sublinhou que, na repercussão geral, o STF teria a discricionariedade de admitir certos casos, se eles se enquadrassem nos conceitos abertos de relevância política, econômica, social ou jurídica. Vencidos, quanto ao conhecimento, os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Entendiam que o tema cuidaria de ofensa meramente reflexa à Constituição. Além disso, o acórdão recorrido seria calcado em matéria infraconstitucional. (Informativo STF nº 778).



Tanto é que, para a resolução do mérito, o princípio da legalidade foi coadjuvante, pois o Supremo Tribunal Federal resolveu a “ilegalidade” da concessão de quintos tomando por parâmetro a eficácia temporal revogatória da Medida Provisória 1.595-14, de 1997, que não teria sido alterada pela Medida Provisória 2.225-45, de 2001:

### Incorporação de quintos e princípio da legalidade - 3

No mérito, o Plenário pontuou que a decisão judicial a determinar incorporação dos quintos careceria de fundamento legal e, assim, violaria o princípio da legalidade. A decisão recorrida baseara-se no entendimento segundo o qual a Medida Provisória 2.225-45/2001, em seu art. 3º, permitiria a incorporação dos quintos no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a edição da aludida medida provisória. O referido art. 3º transformara em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação das parcelas a que se referem os artigos 3º e 10 da Lei 8.911/1994 e o art. 3º da Lei 9.624/1998. Não se poderia considerar que houvera o restabelecimento ou a reinstituição da possibilidade de incorporação das parcelas de quintos ou décimos. **A incorporação de parcelas remuneratórias remontaria à Lei 8.112/1990.** Seu art. 62, § 2º, na redação original, concedera aos servidores públicos o direito à incorporação da gratificação por exercício de cargo de direção, chefia ou assessoramento à razão de um quinto por ano, até o limite de cinco quintos. A Lei 8.911/1994 disciplinara a referida incorporação. Por sua vez, a Medida Provisória 1.195/1995 alterara a redação dessas leis para instituir a mesma incorporação na proporção de um décimo, até o limite de dez décimos. A Medida Provisória 1.595-14/1997, convertida na Lei 9.527/1997, extinguiu a incorporação de qualquer parcela remuneratória, com base na Lei 8.911/1994, e proibira futuras incorporações. As respectivas parcelas foram transformadas em VPNI. A Lei 9.527/1997 não teria sido revogada pela Lei 9.624/1998, pois esta seria apenas a conversão de uma cadeia distinta de medidas provisórias — reeditadas validamente — iniciada anteriormente à própria Lei 9.527/1997. **Desde a edição da Medida Provisória 1.595-14/1997, portanto, seria indevida qualquer concessão de parcelas remuneratórias referentes a quintos ou décimos. Em suma, a concessão de quintos somente seria possível até 28.2.1995, nos termos do art. 3º, I, da Lei 9.624/1998, enquanto que, de 1º.3.1995 a 11.11.1997 — edição da Medida Provisória 1.595-14/1997 — a incorporação devida seria de décimos, nos termos do art. 3º, II e parágrafo único, da Lei 9.624/1998, sendo indevida qualquer concessão após 11.11.1997.** Nesse quadro, a Medida Provisória 2.225/2001 não viera para extinguir definitivamente o direito à incorporação que teria sido revogado pela Lei 9.624/1998, mas somente para transformar em VPNI a incorporação das parcelas referidas nas Leis 8.911/1994 e 9.624/1998. Assim, o direito à incorporação de qualquer parcela remuneratória, fosse quintos ou décimos, já estaria extinto. O restabelecimento de dispositivos normativos anteriormente revogados, a permitir a incorporação de quintos ou décimos, somente seria possível por determinação expressa em lei. Em outros termos, a repristinação de normas dependeria de expressa determinação legal. Assim, se a Medida Provisória 2.225/2001 não repristinara expressamente as normas que



previam a incorporação de quintos, não se poderia considerar como devida uma vantagem remuneratória pessoal não prevista no ordenamento. Em conclusão, não existiria norma a permitir o ressurgimento dos quintos ou décimos levada a efeito pela decisão recorrida. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que desproviavam o recurso. Assentavam que a incorporação de gratificação relativa ao exercício de função comissionada no período de 8.4.1998 a 5.9.2001, transformando as referidas parcelas em VPNI, teria sido autorizada pela Medida Provisória 2.225-45/2001, em razão de ter promovido a revogação dos artigos 3º e 10 da Lei 8.911/1994. Por fim, o Plenário, por decisão majoritária, modulou os efeitos da decisão para desobrigar a devolução dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores até a data do julgamento, cessada a ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. (Informativo STF nº 778).

Embora seja cediço que o julgamento de repercussão geral, em regra, afeta apenas os recursos sobrestados com a mesma matéria, o alcance da menção constante na ata de que deveria cessar a “ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente” preocupa os servidores (i) que possuem Quintos incorporados em folha por força de decisão judicial ou administrativa, (ii) bem como passivos a receber em processos judiciais com trânsito em julgado em fase de execução.

Face a esses temores, a análise que segue, dispensando aprofundamentos doutrinários que não sejam diretamente pertinentes ao problema, investigará as chances das demandas em andamento e as possibilidades desses servidores serem afetados pelo resultado da repercussão geral.

## **1. Sobre os efeitos da repercussão geral**

Em que pese o movimento em prol da *objetivação* (ou *abstrativização*) do recurso extraordinário<sup>1</sup>, não se pode afirmar peremptoriamente que os resultados dos julgamentos em sede de repercussão geral possuam autoridade vinculante e *erga omnes*, porquanto a inovação trazida para a hipótese recursal (Emenda Constitucional 45, de 2004) é apenas “um pressuposto específico de cabimento do recurso extraordinário”<sup>2</sup> que não altera a sua vocação para o controle concreto, com as suas limitações.

Conquanto parte da doutrina afirme que haveria uma intrínseca

---

<sup>1</sup> Cf. DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. Constituição, jurisdição e processo. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 329-45.

<sup>2</sup> Cf. DANTAS, B. Repercussão geral: Perspectivas históricas, dogmática e de direito comparado. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009. P. 577.



*vinculação vertical*<sup>3</sup>, em verdade, as decisões daí advindas possuem “efeitos persuasivos bastante elevados”<sup>4</sup> que, embora orientem (fortemente) o livre convencimento das instâncias inferiores, não dispensa a motivada adesão dos demais julgadores, nas etapas propícias do processo ordinário.

Isso porque, da leitura objetiva dos §§ 3º e 4º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, denota-se que o julgamento de mérito da repercussão geral tem efeitos imediatos apenas sobre o caso paradigma levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal (por óbvio) e sobre aqueles recursos especificamente sobrestados pela *regra multiplicadora*, assim entendida:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

**§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.**

**§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (grifou-se)**

Sequer pode-se cogitar em *efeito vinculante dos fundamentos determinantes* (STF, Rcl 4987 MC) das decisões havidas em sede de repercussão geral pois, não por menos, não copiam os mecanismos de garantia da autoridade das decisões do controle abstrato ou de súmulas vinculantes, tal como a possibilidade de reclamação constitucional, segundo a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, firmada a partir do seguinte julgado:

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO

<sup>3</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 716.

<sup>4</sup> MONNERAT, Fábio Victor Da Fonte. Efeitos Objetivos do Julgamento do Recurso Extraordinário. In: Revista da Faculdade de Direito da USJT. N° 1. Primeiro Semestre de 2014. P. 233.





EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. **3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento.** 4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. 5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. 7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. **8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao leading case da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.** 9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. 10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade. 11. No caso presente tal medida não se mostra necessária. 12. Não-conhecimento da presente reclamação. (Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 13/04/2011, DJe 03/06/2011)<sup>5</sup>

Vale dizer, a repercussão geral não vincula formalmente os juízos ordinários, embora, no processo de conhecimento, quanto maior a proximidade da instância extraordinária, maiores serão as chances de aproveitamento dos seus

<sup>5</sup> Também nesse sentido Rcl 16551 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 27/02/2014, DJe-056 20/03/2014; Rcl 12692 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 27/02/2014, DJe-056 20/03/2014



fundamentos, sendo certo que será observado ao chegar no Supremo Tribunal Federal (*vinculação horizontal*).

A mesma lógica aplica-se aos processos em fase de execução (que serão especificamente abordados adiante), pois o Supremo Tribunal Federal entende não ser o caso de sobrestamento de execução para se aplicar imediatamente o resultado de repercussão geral, *mutatis mutandis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DE PROCESSOS EM FASE DE EXECUÇÃO: INTERPRETAÇÃO DO ART. 328 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 591.797 – TEMA 265 DA REPERCUSSÃO GERAL: PLANOS ECONÔMICOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 664470 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 25/03/2014, DJe 03/04/2014)

Nesse contexto, de acordo com as regras legais que a disciplinam, pode-se afirmar que a repercussão geral decidida no RE nº 638.115 não deveria afetar imediatamente quaisquer outros processos que não sejam o caso paradigma levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal e os recursos especificamente sobrestados, consoante a inteligência do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

Contudo, considerando o peso e a influência do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é alta a probabilidade e juridicamente possível que os juízos dos processos em fase de conhecimento adotem a negativa do direito à incorporação de Quintos, o que fortemente desaconselha o ajuizamento de novas ações sobre o tema.

E tendo em vista esse cenário de ineficácia imediata da repercussão geral sobre outros processos que não aqueles afetados, sem desconsiderar a persuasão da decisão sobre os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública, faz-se necessário investigar as possibilidades de encampação desse posicionamento para alterar as incorporações de Quintos já concedidas, nos termos em que se passa a tratar.

## **2. Sobre as verbas incorporadas**

Tem-se notícias de que o trecho constante na ata de julgamento do RE nº 638.115, sobre a cessação da “ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente”, derivou de debates sobre a aplicação desse posicionamento para processos administrativos e judiciais não afetados pelo julgamento que asseguraram o pagamento em contracheque dos Quintos.



Caso isso se confirme, a partir do inteiro teor do acórdão (ainda não publicado), conforme abordado anteriormente, insiste-se aqui na impropriedade desse pretense *feito pan-processual* da repercussão geral, ante as balizas da legislação de regência. Como o sentido e alcance daquela sentença se definirá com o acórdão a ser publicado, passa-se a hipotetizar as possibilidades de alteração (exclusão) das incorporações de Quintos não discutidas especificamente no RE nº 638.115.

A começar pelas incorporações concedidas mediante reconhecimento administrativo, tendo em vista não haver vinculação imediata na medida em que não se trata de súmula vinculante nem decisão judicial específica, não se ignora que a premissa da autotutela será invocada pela Administração Pública para excluir as parcelas regularmente pagas em folha.

A provável alegação da Administração será que, se as incorporações administrativas resultaram da pacificação da jurisprudência<sup>6</sup>, com a sua alteração, o motivo determinante do ato foi substancialmente alterado, principalmente por se tratar de decisão do Supremo Tribunal Federal cuja importância já foi abordada.

Mas porque a alteração de entendimento se trata de decisão autônoma da Administração (ainda que espelhada no entendimento do Supremo Tribunal Federal), tal esbarra nos óbices na Lei 9.784, de 1999, primeiramente na vedação da interpretação retroativa disposta no inciso XIII do seu artigo 2º:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**.

Por isso, a doutrina entende que a vedação contida no inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.784 impede o uso da nova interpretação “a efeitos jurídicos passados de atos pretéritos, praticados em consonância com interpretação administrativa assente ao tempo de sua edição e que se revelem viciados à luz da inteligência superveniente do texto base”.<sup>7</sup>

Reside aqui um imperativo de segurança jurídica, expressa no artigo

<sup>6</sup> Do Superior Tribunal de Justiça, em épocas passadas - RMS 21.960

<sup>7</sup> RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.





2º da Lei nº 9.784<sup>8</sup>, que na relação administrativa se traduz no postulado da proteção da confiança, pois, “se o estado atribui a seus atos uma presunção de legitimidade e se constringe os jurisdicionados a respeitar esses atos, a contrapartida inafastável é que os efeitos concretos desses atos sejam respeitados”<sup>9</sup>.

Outra consequência disso para as incorporações recebidas há mais de cinco anos<sup>10</sup> é a consumação da decadência prevista no artigo 54 da Lei 9.784, de 1999, que reza:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

Assim, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal agora entenda pela ilegalidade da incorporação de Quintos, dada a estabilização desse pagamento, “a consequência é a de que o ato administrativo, conquanto inquinado de vício de legalidade, subsiste no mundo jurídico e prossegue irradiando seus regulares efeitos em favor do titular”<sup>11</sup>.

Em remate, seja pela vedação da interpretação retroativa, seja pela decadência da prerrogativa de anular, a Lei nº 9.784, de 1999, impede que a Administração exclua as incorporações de Quintos autonomamente (autotutela).

Nada obsta o ajuizamento de ações contra as incorporações administrativas<sup>12</sup>, no entanto, se observado o fato de que tais impeditivos são garantias fundamentais dos servidores (inciso XXXVI artigo 5º da Constituição), os mencionados impeditivos da Lei 9.784, de 1999, impedem a revisão judicial ou administrativa desses atos, na mesma medida.

Já sobre as incorporações de Quintos concedidas por força de

<sup>8</sup> Lei 9.784, de 1999: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

<sup>9</sup> FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 386

<sup>10</sup> Acredita-se que a maioria das incorporações de Quintos contem com mais de 5 anos pela antiguidade da tese e pela “pacificação” jurisprudencial.

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal: comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 285.

<sup>12</sup> Afasta-se a possibilidade de serem ajuizadas pela Advocacia-Geral da União, uma vez que, em se tratando de atos da União, não poderia o órgão agir contenciosamente contra o seu próprio mandatário, por força do artigo 131 da Constituição da República e a inteligência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (cf. ADI nº 72 e 2.906)



provimento jurisdicional, adotando-se como pressuposto de que decorram de decisões transitadas em julgado (por força do artigo 2º-B da Lei 9.494, de 1997<sup>13</sup>), cuja fase de execução também tenha se esgotado (a hipótese de execuções em andamento será tratada a seguir), restaria apenas o combate mediante ações rescisórias.

Ocorre que, se ultrapassada a barreira temporal de 2 anos do ajuizamento imposta pelo artigo 495 do Código de Processo Civil<sup>14-15</sup>, o mérito da ação é de duvidosa procedência porque não parece se encaixar nos permissivos de rescisão.

Isso porque, para tais casos de alteração jurisprudencial, comumente busca-se enquadrar a ação rescisória na vaga hipótese da violação literal de disposição de lei (inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil). No entanto, considerando a injustificada violação da coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula STF 343, que assevera:

SÚMULA 343

NÃO CABE AÇÃO RESCISÓRIA POR OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI, QUANDO A DECISÃO RESCINDENDA SE TIVER BASEADO EM TEXTO LEGAL DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS.

O verbete chegou a ser mitigado pelo Supremo Tribunal Federal em casos em que envolvem questão constitucional, irrelevante a matéria ser controvertida ou a decisão rescindenda ser anterior à nova orientação do órgão prolator<sup>16</sup>. Contudo, em sede de repercussão geral, a Corte firmou o entendimento de que a alteração superveniente de orientação jurisprudencial que não envolva controle de constitucionalidade não se qualifica como hipótese de rescindibilidade do julgado, a

<sup>13</sup> Lei 9.494, de 1997: “Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

<sup>14</sup> CPC: Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

<sup>15</sup> Reitere-se que, considerando a antiguidade da tese, principalmente da pacificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é pouco provável que as possíveis ações rescisórias respeitem o prazo de 2 anos, momento em que se opera a *coisa julgada soberana*.

<sup>16</sup> Por exemplo: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. (RE 328812 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-078 30/04/2008)

despeito do inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil:

AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, **inexistente controle concentrado de constitucionalidade**, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda. (RE-RG 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 22/10/2014, DJe-230 21/11/2014)

Assim, não se vislumbra a subsunção da possível ação rescisória com o permissivo do inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, pois, em que pese aparentar, o julgamento dos Quintos não se aproveitou de qualquer técnica de controle de constitucionalidade (conforme analisado no início desta anotação), razão pela qual incide a mencionada vedação da Súmula nº 343.

A melhor percepção acerca da inoportunidade de controle de constitucionalidade, que justificasse o processamento de ação rescisória, será alcançada no estudo do tópico seguinte, porque essa mesma constatação diz respeito à hipótese de rescindibilidade específica das execuções de Quintos em andamento, nos termos em que se passa a explicar.

### **3. Das verbas pendentes de execução**

Por fim, resta investigar a possibilidade do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 638.115 impedir a continuidade dos processos sobre Quintos em fase de execução.

Em situações tais, tem-se utilizado da regra do inciso II e parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil para impedir (rescindir) a continuidade de execuções quando houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria<sup>17</sup>, que tem o seguinte teor:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [...]

---

<sup>17</sup> Dispensa-se aqui tratar das hipóteses em que a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal tenha ocorrido depois do prazo de embargos, mas sem que tenha findado o processo de execução, dada a possibilidade do uso da desregrada exceção de pré-executividade, há muito tempo aceita pelos Tribunais. De toda forma, como tal exceção se basearia nas hipóteses do inciso II e parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, o estudo se aplica na mesma medida.



## II - inexigibilidade do título; [...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Não bastasse a sua duvidosa constitucionalidade<sup>18</sup>, é importante considerar que, por se tratar de exceção à imperatividade da coisa julgada, o dispositivo deve ser lido restritivamente, pois seu indevido alargamento “constitui evidente e inconcebível violação à regra de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível”<sup>19</sup>.

Portanto, deve-se isolar as hipóteses normativas que autorizariam ser o título judicial considerado inexigível, as quais redundam apenas no caso de seu fundamento jurídico ter sido declarado inconstitucional - mediante o uso das técnicas de declaração de nulidade da lei total, parcial, parcial sem redução de texto ou da interpretação conforme -, tendo por parâmetro a aferição de compatibilidade direta com a Constituição da República.

Nessa mesma linha, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.189.619, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil), se debruçou detidamente sobre o alcance normativo do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil<sup>20</sup>:

[...] Em suma, a eficácia rescisória dos embargos à execução, prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, está submetida aos seguintes pressupostos: a) que a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma integralmente inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª parte do dispositivo); e (b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

Em contrapartida, nas hipóteses em que o título judicial derive da

<sup>18</sup> Que será discutida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2.418.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 716.

<sup>20</sup> O julgado adotou como razão de decidir a conclusão que já tinha sido adotada pela 1ª Turma do STJ nos autos do REsp nº 783.500, sob a relatoria do então Min. Teori Zavascki, julgado em 06/04/2006, DJ 24/04/2006, razão pela qual os termos aqui transcritos são comuns à ambos os julgados.



aplicação (ou não) de norma que não foi declarada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal dentro daqueles métodos decisórios, não incide a normativa do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, segundo o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g. quando o título executivo: a) deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicou preceito da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixou de aplicar preceito da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; **d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado** ou não recepcionado, **deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.** (grifou-se)

Para o que interessa ao caso, é importante a compreensão da última hipótese transcrita, em que, diferentemente do controle de constitucionalidade, trata da mera discussão fundada em direito intertemporal. Esse tipo de matéria, *per se*, sequer deveria ser discutida à luz do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, contudo, por vezes, o Supremo Tribunal Federal pode encontrar alguma *questão constitucional incipiente* que, no entanto, não autoriza dizer que houve efetiva declaração de inconstitucionalidade.

É incipiente porque, dado o modelo pós-positivista adotado pela Constituição da República de 1988, em que prepondera o cuidado com direitos fundamentais, todas as normas devem uma mínima observância reflexa (ou indireta) ao bloco de constitucionalidade, a começar pelo princípio da legalidade<sup>21</sup>, não mais na sua função estrita, mas sim em sua acepção ampla:

O princípio da legalidade passou então a assentar-se em bases valorativas, 'amarrando' a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. Então, o princípio da legalidade significa não mais a relação lei - ato administrativo, **mas a dimensão global, ordenamento** - administração<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Aqui compreendido no sentido proposto por Alexy, na qualidade de *mandamento de otimização*, "haja vista que proporcionam a realização de determinadas condutas e a implementação de consequências (positivas ou negativas, de um modo geral) da melhor ou da mais completa maneira possível, considerando as vicissitudes práticas e jurídicas do caso concreto [...] ao contrário das regras, os princípios permitem ao julgador uma interpretação e aplicação otimizada ou personalizada da norma, a qual, não raras vezes, instrumentaliza-se no desvendamento de relações equalizáveis, cujas variáveis, como mencionado, **são as consequências legais previstas e a verificação da ocorrência dos seus pressupostos fáticos de implementação**" (SOUSA JUNIOR, Jeferson Soares Marinho de; BARBOSA, Robson R. Princípios jurídicos e implementação dos direitos fundamentais enquanto elementos de legitimação da jurisdição constitucional: o debate entre Alexy e Habermas. No prelo).

<sup>22</sup> MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT, 1992. p. 145.





Fabrizio Motta demonstra que o pós-positivismo impõe uma releitura englobada da legalidade, ressignificada em função da força normativa da Constituição:

No cenário do pós-positivismo, antes comentado, o princípio da legalidade deve ser visto sob um prisma diferenciado que abranja a totalidade do ordenamento, notadamente dos princípios e valores constitucionais. Ao lado da exigência da lei em sentido formal para a disciplina de determinadas matérias e para a habilitação à prática de determinados atos pela Administração, devem coexistir outras formas de manifestação da legalidade. [...]

A compreensão do significado das dimensões tradicionais dos princípios da legalidade (compostas pelos subprincípios da reserva de lei e preferência da lei), contudo, não esgota a questão da submissão da Administração às leis. Com efeito, deve-se buscar um significado para o princípio que, ao mesmo tempo: a) considere a normatividade dos demais princípios constitucionais, notadamente os aplicáveis à Administração; b) importe em uma vinculação mais estrita que a imposta aos particulares, por força do art. 5º, inciso II, da Constituição; c) **leve em consideração a força normativa da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais, e a estrutura escalonada do ordenamento jurídico**; d) **não importe em vinculação a ponto de ser, na prática, irrealizável**<sup>23</sup>.

Logo, o princípio da legalidade se tornou norte interpretativo para todas as regras, pois, por óbvio, no Estado Democrático de Direito tudo deve estar em consonância com esse postulado. No entanto, para que mantenha essa pretensão de irradiar efeitos sobre todo o ordenamento,<sup>24</sup> somente pode ser concebido com uma normatividade (ou vinculatividade) baixa, tal como explicou Fabrizio Motta.

Daí que a resolução de alguma causa com simples invocação do princípio da legalidade, desacompanhada de outro preceito constitucional com maior grau de vinculatividade<sup>25</sup>, em tese, não permite a afirmação de que foi realizado algum controle de constitucionalidade (dentro daquelas técnicas decisórias), mas tão somente controle de legalidade.

É o que ocorre com a resolução das causas mediante questões de direito intertemporal, entendido como “o conjunto de regras de solução de conflitos entre normas de igual objeto e hierarquia, decorrentes da sucessão das leis no tempo [...] as regras de direito intertemporal devem ser cogitadas apenas nos casos de

<sup>23</sup> MOTTA, Fabrizio. Função normativa da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 90-128

<sup>24</sup> Ou como “um preceito multifuncional cujo núcleo essencial se espalha e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico” In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.; Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 158.

<sup>25</sup> Por exemplo, o princípio da legalidade, na sua vertente da reserva legal, não teria tamanha força normativa no caso da extinção de cargos públicos federais caso não fosse acompanhado do comando inserto no inciso XXV do artigo 84 da Constituição da República, que remete essa possibilidade à efetiva permissão de Lei.



intertemporalidade *confitual*, ou seja, quando a sucessão de leis gerar conflito”<sup>26</sup>.

Ora, discutir o âmbito de eficácia temporal da norma aplicada pode resvalar no princípio da legalidade, contudo, a invocação desse postulado não é ponto central para a resolução da causa. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça afasta o parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil quando, a pretexto de exercer o controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal tenha decidido questão de direito intertemporal no lugar da declaração de inconstitucionalidade da norma:

À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).

A partir dessas premissas, a despeito do julgamento do RE nº 638.115, resta evidente a conclusão de que, embora tenha invocado o princípio da legalidade, o Supremo Tribunal Federal não reputou inconstitucional a Medida Provisória 2.225-45, de 2001, mas apenas entendeu que a sua aplicação para permitir a incorporação de quintos até 2001 extrapolaria a sua eficácia temporal, conforme análise da decisão realizada no início desta anotação.

Logo, ainda que o título judicial transitado em julgado sobre Quintos divirja da superveniente orientação do Supremo Tribunal Federal dada no RE nº 638.115, deve ser privilegiada a segurança jurídica da coisa julgada (inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição), porque não houve julgamento de inconstitucionalidade que permita a aplicação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, bem como o processamento de ação rescisória com base no inciso V do artigo 485 do diploma processual (conforme abordado anteriormente).

#### **4. Conclusão**

---

<sup>26</sup> LEVADA, Felipe Antônio Marchi. O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido. Dissertação de Mestrado. USP – Faculdade de Direito. São Paulo, 2009, p. 40



**Ante o exposto**, ressalvada a possibilidade de alteração de entendimento com a publicação do acórdão do RE nº 638.115 e com a modulação dos seus efeitos, concluímos que:

(a) a repercussão geral decidida no RE nº 638.115 não deveria afetar imediatamente quaisquer outros processos que não sejam o caso paradigma levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal e os recursos especificamente sobrestados pela regra do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

(b) contudo, considerando o peso e a influência do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é alta a probabilidade e juridicamente possível que os juízos dos processos em fase de conhecimento adotem a negativa do direito à incorporação de Quintos, o que desaconselha o ajuizamento de novas ações sobre o tema;

(c) a Administração está impedida de excluir as incorporações de Quintos concedidas administrativamente por conta da vedação da interpretação retroativa e da decadência da prerrogativa de anular tratadas na Lei nº 9.784, de 1999;

(d) as incorporações de Quintos asseguradas por força de provimento jurisdicional definitivo não devem ser alteradas por ação rescisória, por incidência da vedação da Súmula STF nº 343;

(e) os processos judiciais de Quintos em fase de execução não devem ser barrados pela regra do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, consoante a interpretação da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.189.619.

**Aracéli A. Rodrigues**  
OAB/DF 26.720

**Jean P. Ruzzarin**  
OAB/DF 21.006

**Marcos Joel dos Santos**  
OAB/DF 21.203

**Rudi M. Cassel**  
OAB/DF 22.256