

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: FRANCISCO RICARDO LOPES MATIAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (ASSERTSE)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (SINDILEGIS/DF)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DAS JUSTIÇAS FEDERAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (SISEJUFE/RJ) E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL
INTDO.(A/S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (FENAJUFE)
ADV.(A/S)	: CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL (SINDIJUS/DF)
ADV.(A/S)	: JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA FUNDAÇÃO COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE ENSINO SUPERIOR (ASCAPES)
ADV.(A/S)	: ESTEFÂNIA VIVEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SINPOJUFES)
ADV.(A/S)	: LISE MOREIRA CARNEIRO E OUTRO(A/S)

RE 638115 / CE

AM. CURIAE.	:SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DOS ESTADOS DO PARÁ E AMAPÁ - SINDJUF - PA/AP
ADV.(A/S)	:RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CONFEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - CONDSEF
ADV.(A/S)	:JOSÉ LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES FEDERAIS DA EDUCAÇÃO BÁSICA E PROFISSIONAL - SINASEFE
ADV.(A/S)	:JOSE LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:UNIÃO DOS AUDITORES FEDERAIS DE CONTROLE EXTERNO - AUDITAR
ADV.(A/S)	:JULIANO COSTA COUTO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DE SANTA CATARINA - SINTRAJUSC
ADV.(A/S)	:PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO

Recurso extraordinário. 2. Administrativo. 3. Servidor público. 4. Incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a MP 2.225-48/2001. 5. Impossibilidade. 6. Recurso extraordinário provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas: preliminarmente, apreciando do Tema 395 da repercussão geral, por maioria, conhecer do recurso, vencidos Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello; em seguida, dar-lhe provimento, vencidos Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello; por maioria, modular os efeitos da decisão, nos termos do voto do Relator. Vencido Marco Aurélio que não lhe modulava e impedido Roberto

RE 638115 / CE

Barroso.

Brasília, 19 de março de 2015.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

18/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, a propósito desse recurso extraordinário que vai entrar em julgamento, eu preciso declarar a minha suspeição.

E apenas para dar uma satisfação aos advogados, que eu os recebi. Ao estudar o processo hoje pela manhã, eu me dei conta de que eu recebi os advogados sobre esse assunto - quando era advogado ainda -, estudei a causa, cogitei de atuar na causa e, por isso, me sinto impedido de julgá-la.

Portanto, eu estou declarando o meu impedimento em relação...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Neste RE e, também, nos mandados de segurança.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque eu acho que tem repercussão direta.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, são, os temas, idênticos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115

PROCED. : CEARÁ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S) : FRANCISCO RICARDO LOPES MATIAS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ANA LAURA NASCIMENTO BELÉM PONTES

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL (ASSERTSE)

ADV.(A/S) : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO
FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (SINDILEGIS/DF)

ADV.(A/S) : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DAS JUSTIÇAS FEDERAIS NO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO (SISEJUFE/RJ) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RUDI MEIRA CASSEL

INTDO.(A/S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO
FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (FENAJUFE)

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL (SINDIJUS/DF)

ADV.(A/S) : JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA FUNDAÇÃO COORDENAÇÃO DE
APERFEIÇOAMENTO DE ENSINO SUPERIOR (ASCAPES)

ADV.(A/S) : ESTEFÂNIA VIVEIROS E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SINPOJUFES)

ADV.(A/S) : LISE MOREIRA CARNEIRO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO
FEDERAL DOS ESTADOS DO PARÁ E AMAPÁ - SINDJUF - PA/AP

ADV.(A/S) : RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO
FEDERAL - CONDSEF

ADV.(A/S) : JOSÉ LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES FEDERAIS DA
EDUCAÇÃO BÁSICA E PROFISSIONAL - SINASEFE

ADV.(A/S) : JOSE LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO DOS AUDITORES FEDERAIS DE CONTROLE EXTERNO -
AUDITAR

ADV.(A/S) : JULIANO COSTA COUTO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO
FEDERAL DE SANTA CATARINA - SINTRAJUSC

ADV.(A/S) : PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, pela União,
do Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União;

pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDIJUS/DF, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence, OAB/DF 578; pelo Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de Contas da União - SINDILEGIS/DF, o Dr. Ibaneis Rocha Barros Junior, OAB/DF 11.555, e pelo Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro - SISEJUFE/RJ, o Dr. Rudi Meira Cassel, OAB/DF 22256, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: FRANCISCO RICARDO LOPES MATIAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (ASSERTSE)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (SINDILEGIS/DF)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DAS JUSTIÇAS FEDERAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (SISEJUFE/RJ) E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL
INTDO.(A/S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (FENAJUFE)
ADV.(A/S)	: CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL (SINDIJUS/DF)
ADV.(A/S)	: JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA FUNDAÇÃO COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE ENSINO SUPERIOR (ASCAPES)
ADV.(A/S)	: ESTEFÂNIA VIVEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SINPOJUFES)
ADV.(A/S)	: LISE MOREIRA CARNEIRO E OUTRO(A/S)

RE 638115 / CE

AM. CURIAE.	:SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DOS ESTADOS DO PARÁ E AMAPÁ - SINDJUF - PA/AP
ADV.(A/S)	:RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CONFEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - CONDSEF
ADV.(A/S)	:JOSÉ LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES FEDERAIS DA EDUCAÇÃO BÁSICA E PROFISSIONAL - SINASEFE
ADV.(A/S)	:JOSE LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:UNIÃO DOS AUDITORES FEDERAIS DE CONTROLE EXTERNO - AUDITAR
ADV.(A/S)	:JULIANO COSTA COUTO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DE SANTA CATARINA - SINTRAJUSC
ADV.(A/S)	:PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça ementado nos seguintes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. GRATIFICAÇÃO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. TRANSFORMAÇÃO EM VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA – VPNI. ARTIGOS 62-A DA LEI 8.112/90, 3º E 10 DA LEI 8.911/94, 3º DA LEI 9.624/98, E 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.225-45/2001. PERÍODO DE 8/4/1998 A 5/9/2001. DIREITO RECONHECIDO. PRECEDENTES.

RE 638115 / CE

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no âmbito da Terceira Seção, no sentido de que é possível a incorporação de quintos, em relação ao exercício da função comissionada, no período de 08 de abril de 1998 - data do início da vigência da Lei 9.624/98 - até 05 de setembro de 2001 - data referente ao início da vigência da MP 2.225-45/01.

2. Agravo regimental improvido”.

Houve oposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados.

Na espécie, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acórdão da Corte regional que manteve o entendimento do juízo de primeiro grau no sentido de ser possível a incorporação de quintos referentes ao período de 8.4.1998 até 4.9.2001.

No caso, cuida-se da constitucionalidade da incorporação de quintos supostamente adquiridos por servidores públicos em razão do exercício de funções gratificadas/comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/98 e a MP 2.225-45/2001.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal de origem. Dei provimento ao agravo de instrumento interposto para convertê-lo neste recurso extraordinário.

Em 27.4.2011, a repercussão geral do tema foi reconhecida, conforme ementa:

“Recurso extraordinário. Administrativo. Servidor Público. Incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a MP 2.225-48/2001. Repercussão geral reconhecida”.

No recurso extraordinário, a União alega violação aos artigos 2º; 37, *caput*; 5ª, XXXVI; 40, § 4º; 62; 63 e 105 da Constituição Federal. Defende

RE 638115 / CE

que não é permitido criar vantagem não prevista em lei. Sustenta ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que está sendo concedida vantagem extinta por lei.

Além disso, aduz que a MP 831 extinguiu a possibilidade de incorporação de quintos e determinou que os valores incorporados fossem convertidos em vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI. Assevera que a *“Lei nº 9.624/98, que é apenas uma lei de medida provisória, e que portanto não tem vigência autônoma, mas atrelada aos atos que a precederam, violaria o disposto no artigo 62 da Constituição”*.

Ademais, afirma que o acórdão recorrido fundamentou-se na premissa equivocada de que:

“(...) a Lei nº 9.624/98 revogou o disposto no artigo 15 da Lei nº 9.527/97 e que, assim, a Lei nº 9.624/98 teria reinstituído a possibilidade de incorporação de novos quintos o que, conforme se explicitou até aqui, não se deu (...). Fundamentam ainda que, se prevalecesse o entendimento de que referida extinção já se teria aperfeiçoado com a Lei nº 9.527/97 (conversão da MP nº 1.595-14, não teria sentido a nova norma acrescentada à Lei nº 8.112/90 pela MP nº 2.225-45/2001, que transformou as parcelas incorporadas em VPNI, pois essa mesma transformação já teria havido com a própria Lei nº 9.527/97, e o novo artigo 62-A da Lei nº 8.112/90 seria inútil”.

Por fim, sustenta que a MP 2.225-45/2001 possui dois objetivos:

“(...) um interpretativo, pois o artigo 15 da Lei nº 9.527/97, em seu § 1º, transforma as parcelas já incorporadas em VPNI, mas, em seu § 2º, autoriza que se façam novas concessões para os servidores que, até 11.11.97, tenham cumprido todos os requisitos, ainda que esse reconhecimento somente se dê após essa data, sendo que a redação do novo artigo 62-A da Lei nº 8.112/90 esclarece que mesmo essas incorporações tardias, lastreadas nos artigos 3º e 10 da Lei 8.911/94 e no artigo 3º da Lei nº 9.624/98, mas que têm seu período aquisitivo

RE 638115 / CE

limitado, de qualquer forma, a 11.11.97, também são transformadas em VPNI; o outro topográfico, para manter consolidada na Lei nº 8.112/90 as regras permanentes referentes aos servidores estatutários federais, considerando que as rubricas de VPNI continuarão sendo pagas no futuro a todos os servidores que adquiriram quintos e décimos até 11.11.97”.

Em contrarrazões ao recurso extraordinário, o recorrido defende, em síntese, que não existe ofensa à Constituição Federal.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, ao fundamento de que não houve prequestionamento. Além disso, aduz que o momento de interpor o recurso extraordinário precluiu, uma vez que, no julgamento do recurso especial, não houve nenhum debate de envergadura constitucional. Em razão disso, recomendou a indicação de outro recurso extraordinário que represente a controvérsia.

No mérito, opinou pelo provimento do recurso extraordinário, ao fundamento de que “o artigo 15 da Lei 9.527/97 extinguiu o direito à incorporação dos quintos/décimos, transformando-os, já incorporados em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, e o art. 18, da mesma norma, revogou expressamente os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911/97, que regulamentavam a forma de incorporação de quintos.

Sustenta, ainda, que a MP 2.225-45/2001 não restituiu o direito à incorporação de quintos/décimos, mas somente transformou-os em VPNI e que a MP possui como objetivo aparente a sistematização da matéria na Lei 8.112/1990. O parecer da PGR está assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS NO PERÍODO ENTRE A EDIÇÃO DA LEI Nº 9.624/1998 E A MP 2.225-48/2001. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NOS

RE 638115 / CE

AUTOS. LEIS NO TEMPO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. REPRISTINAÇÃO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA.

1. O art. 62, § 2º, da Lei nº 8.112/90, em sua redação original, concedia aos servidores o direito à incorporação da gratificação por exercício de cargo de direção, chefia ou assessoramento à razão de 1/5 (um quinto) por ano, até o limite de 5 (cinco) quintos.

2. O art. 15 da Lei nº 9.527/97 extinguiu o direito à incorporação dos quintos/décimos, transformando-os, quando já incorporados, em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, e o art. 18 da mesma norma revogou, expressamente, os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911/94, que regulamentavam a forma de incorporação dos quintos.

3. A Lei nº 9.624/98 não reinstituiu os quintos/décimos, mas limitou temporalmente a incorporação da referida vantagem entre 19 de janeiro de 1995 até a data da sua publicação em 08.04.1998.

4. Em nenhum momento a MP nº 2.225-45/01 estabeleceu novo marco temporal à aquisição dos quintos/décimos, apenas transformou-os em VPNI, deixando transparecer o objetivo de sistematizar a matéria no âmbito da Lei nº 8.112/90, a fim de eliminar a profusão de regras sobre o mesmo tema.

5. A simples menção, no texto da MP nº 2.225-45/01, aos arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911/94, e do art. 3º da Lei nº 9.624/98, não tem o efeito de repristiná-los, ressuscitando vantagem extinta desde 08.04.1998 (data de publicação da Lei nº 9.624/98).

6. A repristinação da norma revogada somente é admissível em nosso ordenamento jurídico quando houver previsão legal expressa contida na norma repristinadora (art. 2º, § 3º, da Lei 12.376/10 – antiga LICC).

7. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário”.

Deferi o ingresso dos seguintes entes, na qualidade de *amicus curiae*: Associação dos Servidores do Tribunal Superior Eleitoral (ASSERTSE); Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de

RE 638115 / CE

Contas da União (Sindilegis/DF); Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro (Sisejufe/RJ); Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (Fenajufe); Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal (Sindijus/DF); Associação dos Servidores da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (Ascapes); Sindicato dos Trabalhadores no Poder Judiciário Federal em Santa Catarina (Sintrajusc) e Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal no Estado do Espírito Santo (Sinpojufes).

Posteriormente, determinei a inclusão do processo na pauta de julgamentos.

É o relatório.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Em primeiro lugar, atesto a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário e ressalto que a questão nele discutida teve repercussão geral reconhecida por esta Corte (decisão de 27.4.2011).

O parecer da Procuradoria-Geral da República sugere que o presente recurso extraordinário não seria cabível contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, mantendo o entendimento fixado pelo Tribunal Regional, não debateu questão constitucional nova. Dessa forma, não havendo prequestionamento, a oportunidade para invocar matéria constitucional estaria preclusa, pois não teria sido interposto o recurso extraordinário contra a decisão da Corte regional. Para tanto, cita a consolidada jurisprudência desta Corte sobre o tema (AI-AgR 145.589, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.6.1994).

De fato, a jurisprudência desta Corte é no sentido de ser inadmissível o recurso extraordinário interposto contra decisão do STJ que, em recurso especial, fundamenta-se em matéria constitucional já apreciada e decidida na instância inferior e não impugnada diretamente no STF mediante recurso extraordinário. Assim, não interposto o recurso extraordinário contra a decisão de segunda instância dotada de duplo fundamento (legal e constitucional), fica preclusa a oportunidade processual de questionar a matéria constitucional. Novo recurso extraordinário somente é admissível para suscitar a questão constitucional surgida originariamente no julgamento do recurso especial pelo STJ (AI-AgR 155.502, rel. min. Carlos Velloso, DJ 27.5.1994; RE-AgR 365.989, rel. min. Celso de Mello, DJ 10.02.2006).

Ocorre, porém, que o caso apresentado nos presentes autos é

RE 638115 / CE

deveras peculiar. O tema referente à incorporação de quintos, por suscitar a interpretação da legislação aplicável a essa matéria (leis 8.112/90, 8.911/94, 9.624/98 e MP 2.225-45/2001), costuma ser tratado como de índole estritamente infraconstitucional. Assim, ele tem sido enfrentado pelos tribunais e também pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, essa forma de abordar a matéria representa apenas um dos enfoques possíveis quanto à questão da *legalidade*. Nada impede que a questão debatida em todas as instâncias inferiores, inclusive no âmbito do STJ, seja abordada desde outra perspectiva no Supremo Tribunal Federal, mesmo porque a *causa de pedir* do recurso extraordinário é *aberta* (RE 298.695, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6-8-2003, Plenário, DJ de 24-10-2003). A mesma questão debatida, devidamente prequestionada, pode ser apreciada desde outro enfoque pelo Supremo Tribunal Federal, o qual poderá enfrentar o tema desde o enfoque constitucional, inegavelmente presente nesta matéria. Nessa hipótese, é cabível o recurso extraordinário, tendo em vista que, apreciada a questão novamente pelo STJ, apenas resta a via do recurso extraordinário para que o STF possa analisá-la sob outra perspectiva, a constitucional. E, no caso, a matéria, apreciada de forma adequada, é visivelmente constitucional.

Destarte, não há, aqui, mera questão de ilegalidade, por ofensa ao direito ordinário, mas típica *questão constitucional* consistente na afronta ao postulado fundamental da legalidade.

Embora a doutrina ainda não tenha contemplado a questão com a necessária atenção, é certo que, se de um lado, a transferência para o Superior Tribunal de Justiça da atribuição para conhecer das questões relativas à observância do direito federal acabou por reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal às controvérsias de índole constitucional, não subsiste dúvida de que, por outro, essa alteração deu ensejo à Excelsa Corte de **redimensionar o conceito de *questão constitucional***.

RE 638115 / CE

O próprio significado do princípio da legalidade, positivado no art. 5.º, II, da Constituição, deve ser efetivamente explicitado, para que dele se extraiam relevantes consequências jurídicas já admitidas pela dogmática constitucional.

O princípio da legalidade, entendido aqui tanto como princípio da supremacia ou da preeminência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), quanto como princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*), contém limites não só para o Legislativo, mas também para o Poder Executivo e para o Poder Judiciário.

A ideia de supremacia da Constituição, por outro lado, impõe que os órgãos aplicadores do direito não façam *tabula rasa* das normas constitucionais, ainda quando estiverem ocupados com a aplicação do direito ordinário. Daí porque se cogita, muitas vezes, sobre a necessidade de utilização da interpretação sistemática sob a modalidade da interpretação conforme à Constituição.

É de se perguntar se, nesses casos, tem-se simples *questão legal*, insuscetível de ser apreciada na via excepcional do recurso extraordinário, ou se o tema pode ter contornos constitucionais e merece, por isso, ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda, nessa linha de reflexão, deve-se questionar se a decisão judicial que se ressentir de falta de fundamento legal poderia ser considerada contrária à Constituição, suscitando uma legítima *questão constitucional*.

Na mesma linha de raciocínio seria, igualmente, lícito perguntar se a aplicação errônea ou equivocada do direito ordinário poderia dar ensejo a uma *questão constitucional*.

Tal como outras ordens constitucionais, a Constituição brasileira

RE 638115 / CE

consagra como princípio básico o postulado da legalidade segundo o qual “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5.º, II).

O princípio da legalidade contempla, entre nós, tanto a ideia de *supremacia da lei* (*Vorrang des Gesetzes*), quanto a de *reserva legal* (*Vorbehalt des Gesetzes*).

O princípio da reserva legal explicita as matérias que devem ser disciplinadas diretamente pela lei. Este princípio, em sua dimensão negativa, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da lei. Na dimensão positiva, admite que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra, 1992, p. 799).

Por seu turno, o princípio da supremacia ou da preeminência da lei submete a Administração e os tribunais ao regime da lei, impondo tanto a exigência de aplicação da lei (*dimensão positiva*) quanto a proibição de desrespeito ou de violação da lei (*dimensão negativa*) (CANOTILHO. *Direito Constitucional, op. cit.*, p. 796-795).

A propósito, são elucidativas as lições de Canotilho:

“Em termos práticos, a articulação de suas dimensões aponta: (I) para a exigência da aplicação da lei pela administração e pelos tribunais (cf. CRP arts. 206, 266/2), pois o cumprimento concretizador das normas legais não fica à disposição do juiz (a não ser que as ‘julgue’ inconstitucionais) ou dos órgãos e agentes da administração (mesmo na hipótese de serem inconstitucionais); (II) a proibição de a administração e os tribunais actuarem ou decidirem contra lei, dado que esta constitui um limite (‘função limite’, ‘princípio da legalidade negativa’) que impede não só as violações ostensivas das

RE 638115 / CE

normas legais, mas também os ‘desvios’ ou ‘fraudes’ à lei através da via interpretativa; (III) nulidade ou anulabilidade dos actos da administração e das medidas judiciais ilegais; (VI) inadmissibilidade da ‘rejeição’ por parte dos órgãos e agentes da administração (mas já não por parte dos juízes), de leis por motivo de inconstitucionalidade. Neste sentido pôde um autor afirmar recentemente que o princípio da legalidade era um ‘verdadeiro polícia na ordem jurídica’ (J. Chevallier).”

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*) (SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, Munique, 1985, p. 108).

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que **a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.**

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã:

“Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*) devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de

RE 638115 / CE

recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) (BverfGE 7, 198 (207); 12, 113 (124); 13, 318 (325) (BverfGE 18, 85 (92 s.); cf., também, ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. 2.^a ed., Munique, 1988, p. 220).

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico Tribunal de revisão. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões hão de ter sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal (SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht, op. cit.*, p. 109).

Enquanto essa orientação prevalece em relação a leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial (Cf., sobre o assunto, SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht, op. cit.*, p. 109). Não raras vezes, observa a Corte Constitucional que determinada decisão judicial afigura-se insustentável, porque assente numa interpretação objetivamente arbitrária da norma legal (*Sie beruht vielmehr auf schlechthin unhaltbarer und damit objektiv willkürlicher Auslegung der angewendeten Norm*) [BverfGE 64, 389 (394)].

RE 638115 / CE

Assim, uma decisão que, *v.g.*, amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afronta ao princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* (LF, art. 103, II).

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerd.* 2.^a ed., Munique, 1968, p. 221).

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes sobretudo do sistema concentrado, **é certo que a ideia de que a não observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.**

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5.^º, § 1.^º).

Enfim, é possível aferir uma questão constitucional na violação da lei pela decisão ou ato dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. **A decisão ou ato sem fundamento legal ou contrário ao direito ordinário viola, dessa forma, o princípio da legalidade.**

No caso, a decisão judicial que determina a incorporação dos quintos carece de fundamento legal e, portanto, viola o princípio da legalidade.

A decisão recorrida baseou-se no entendimento segundo o qual a

RE 638115 / CE

Medida Provisória 2.225-45, de 2001, especificamente o seu art. 3º, permitiu a incorporação dos quintos no período de 8.4.1998 (edição da Lei 9.624/98) até 4.9.2001, data de sua edição.

O art. 3º da MP 2.225-45/2001 tem a seguinte redação:

“Art. 3º. Fica acrescido à Lei 8.112, de 1990, o art. 62-A, com a seguinte redação:

‘Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei 9.624, de 2 de abril de 1998.

Parágrafo único. A VPNI de que trata o *caput* deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais’.”

Como se pode perceber, o art. 3º da MP 2.225-45, de 2001, apenas transformou em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI a incorporação das parcelas a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei 9.624, de 2 de abril de 1998. O texto é claro.

Não há como considerar, a menos que se queira ir de encontro à expressa determinação legal, que o citado artigo tenha restabelecido ou reinstituído a possibilidade de incorporação das parcelas de quintos ou décimos.

A incorporação de parcelas remuneratórias remonta à Lei 8.112, de 1990. O art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90, em sua redação original, concedeu aos servidores públicos o direito à incorporação da gratificação por

RE 638115 / CE

exercício de cargo de direção, chefia ou assessoramento à razão de 1/5 (um quinto) por ano, até o limite de 5 (cinco) quintos. A Lei 8.911/94 (arts. 3º e 10) disciplinou a referida incorporação. A Medida Provisória 1.195/95 alterou a redação da Lei 8.112/90 e da Lei 8.911/94 para instituir a mesma incorporação na proporção de 1/10, até o limite de dez décimos.

Em 1997, a Medida Provisória 1.595-14, convertida na Lei 9.527/97, extinguiu a incorporação de qualquer parcela remuneratória (quintos/décimos).

A Advocacia-Geral da União bem explica que a Lei 9.527/1997 (art. 15) – resultado da conversão da MP 1.595-14, de 11.11.1997) – extinguiu a incorporação de quintos com base na Lei 8.911/1994, proibiu futuras incorporações e transformou as respectivas parcelas em vantagens pessoais nominalmente identificadas.

A Procuradoria-Geral da República também afirma que “o art. 15 da Lei 9.527/97 extinguiu o direito à incorporação dos quintos/décimos, transformando-os, quando já incorporados, em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, e o art. 18, da mesma norma, revogou expressamente os arts. 3º e 10 da Lei 8.911/94, que tão somente regulamentavam a forma de incorporação dos quintos”.

A Lei 9.527/97 não foi revogada pela Lei 9.624/98 pela simples razão de que esta é apenas a conversão de uma cadeia distinta de medidas provisórias (reeditadas validamente) iniciada anteriormente à própria Lei 9.527/97.

Desde 11.11.1997, portanto, é indevida qualquer concessão de parcelas remuneratórias referentes a quintos ou décimos.

Em suma, como esclarecido pela AGU, “a concessão de quintos somente é possível até 28.02.95 (Lei 9.624/98, art. 3º, I), enquanto que, de 1º.03.95 a

RE 638115 / CE

11.11.97, a incorporação devida é a de décimos (Lei 9.624/98, art. 3º, II e parágrafo único), sendo indevida qualquer concessão após 11.11.97 (MP 1.595-14 – data de publicação – e Lei 9.527/97, art. 15)”.

Nesse quadro normativo, a MP 2.225/2001 não veio para extinguir definitivamente o direito à incorporação que teria sido revigorado pela Lei 9.624/98, como equivocadamente entenderam alguns órgãos públicos, mas apenas e tão somente para transformar em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI a incorporação das parcelas a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei 9.624, de 2 de abril de 1998.

Como bem explicou a Advocacia-Geral da União, “*em verdade, esta (a MP 2.225-45/2001) possui dois objetivos: um, interpretativo, pois o art. 15 da Lei 9.527/97, em seu § 1º, transforma as parcelas já incorporadas em VPNI, mas, em seu § 2º, autoriza que se façam novas concessões para os servidores que, até 11.11.97, tenham cumprido todos os requisitos, ainda que esse reconhecimento somente se dê após essa data, sendo que a redação do novo artigo 62-A da Lei 8.112/90 esclarece que mesmo essas incorporações tardias, lastreadas nos artigos 3º e 10 da Lei 8.911/94 e no artigo 3º da Lei 9.624/98, mas que têm seu período aquisitivo limitado, de qualquer forma, a 11.11.97, também são transformadas em VPNI; o outro, topográfico, para manter consolidadas na Lei 8.112/90 as regras permanentes referentes aos servidores estatutários federais, considerando que as rubricas de VPNI continuarão sendo pagas no futuro a todos os servidores que adquiriram quintos e décimos até 11.11.97”.*

Assim, como afirmado, o direito à incorporação de qualquer parcela remuneratória, sejam quintos ou décimos, já estava extinto desde a Lei 9.527/97.

O restabelecimento de dispositivos normativos anteriormente revogados, os quais permitiam a incorporação dos quintos ou décimos, somente seria possível por determinação expressa na lei. Em outros

RE 638115 / CE

termos, a repristinação de normas, no ordenamento jurídico brasileiro, depende de expressa determinação legal, como dispõe o § 3º do art. 3º da Lei de Introdução do Código Civil.

Sobre esse ponto, assim se manifestou a Procuradoria-Geral da República:

“Emerge daí o ponto nodal da controvérsia: averiguar os efeitos da MP 2.225-45/01 no tempo, ou seja, se teve por efeito restaurar o direito à incorporação de quintos/décimos em momento posterior à edição da Lei 9.624/98, que o limitou à data de sua publicação (08.04.98).

Pois bem. A irretroatividade das leis é princípio geral do ordenamento jurídico pátrio, cuja finalidade é preservar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Na hipótese vertente, em nenhum momento a MP 2.225-45/01 estabeleceu novo marco temporal à aquisição dos quintos/décimos, apenas

transformou-os em VPNI, deixando transparecer o objetivo de sistematizar a matéria no âmbito da Lei 8.112/90, a fim de eliminar a profusão de regras sobre o mesmo tema.

A simples menção, no texto da MP 2.225-45/01, dos arts. 3º e 10 da Lei 8.911/94, e do art. 3º da Lei 9.624/98, não tem o efeito de repristiná-los, ressuscitando vantagem extinta desde 08.04.1998 (data de publicação da Lei 9.624/98). Repita-se: embora a MP tenha se apropriado do conteúdo das normas revogadas, mencionando-as expressamente, não teve por efeito revigorá-las, reinserindo-as no ordenamento jurídico.

O fenômeno da repristinação, não presumível, impõe suporte em cláusula normativa expressa, o que não ocorreu na espécie. Quer dizer, a repristinação da norma revogada somente é admissível em nosso ordenamento jurídico quando houver previsão legal expressa contida na norma repristinadora (art. 2º, § 3º, da Lei 12.376/10 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – antiga LICC)”.

RE 638115 / CE

Assim, se a MP 2.225-45/2001 não repristinou expressamente as normas que previam a incorporação de quintos, não se poderia considerar como devida uma vantagem remuneratória pessoal não prevista no ordenamento jurídico.

É princípio comezinho o que determina que a concessão de vantagens a servidores públicos somente pode ocorrer mediante lei. Logo, se não há lei, não é devida a incorporação dos denominados quintos/décimos.

Em conclusão, não há no ordenamento jurídico norma que permita essa “ressurreição” dos quintos/décimos levada a efeito pela decisão recorrida.

Não se pode revigorar algo que já estava extinto por lei, salvo mediante outra lei e de forma expressa, o que, como demonstrado, não ocorreu.

Essas considerações são suficientes para atestar a violação ao princípio da legalidade por parte da decisão recorrida.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, fixando 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.

Além disso, em razão da segurança jurídica, modulam-se os efeitos da presente decisão para obstar a repetição de indébito em relação os servidores que receberam de boa-fé os quintos pagos até a data do presente julgamento, cessada a ultra-atividade das incorporações em qualquer hipótese.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: FRANCISCO RICARDO LOPES MATIAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ANA LAURA NASCIMENTO BELÉM PONTES
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (ASSERTSE)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (SINDILEGIS/DF)
ADV.(A/S)	: IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DAS JUSTIÇAS FEDERAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (SISEJUFE/RJ) E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL
INTDO.(A/S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (FENAJUFE)
ADV.(A/S)	: CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL (SINDIJUS/DF)
ADV.(A/S)	: JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA FUNDAÇÃO COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE ENSINO SUPERIOR (ASCAPES)
ADV.(A/S)	: ESTEFÂNIA VIVEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SINPOJUFES)
ADV.(A/S)	: LISE MOREIRA CARNEIRO E OUTRO(A/S)

RE 638115 / CE

AM. CURIAE.	:SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DOS ESTADOS DO PARÁ E AMAPÁ - SINDJUF - PA/AP
ADV.(A/S)	:RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CONFEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - CONDSEF
ADV.(A/S)	:JOSÉ LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES FEDERAIS DA EDUCAÇÃO BÁSICA E PROFISSIONAL - SINASEFE
ADV.(A/S)	:JOSE LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:UNIÃO DOS AUDITORES FEDERAIS DE CONTROLE EXTERNO - AUDITAR
ADV.(A/S)	:JULIANO COSTA COUTO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DE SANTA CATARINA - SINTRAJUSC
ADV.(A/S)	:PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Conforme acertamos no final da tarde de ontem, hoje o primeiro julgamento seria a continuação daqueles três iniciados na Sessão anterior, na Sessão de ontem. Trata-se do Recurso Extraordinário 638.115/CE, cujo Relator é o Ministro Gilmar Mendes, e de dois mandados de segurança que estão sob pedido de vista também de Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes; trata-se dos Mandados de Segurança 25.763 e 25.845. As sustentações orais foram feitas, o relatório também foi proferido. E agora o Ministro Gilmar Mendes trará o seu voto no Recurso Extraordinário e também o voto-vista nos dois Mandados de Segurança.

Vossa Excelência está com a palavra.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

A P A R T E

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar Mendes, com a vênia de Vossa Excelência.

Senhor Presidente, até por uma questão de manutenção, não da impossibilidade de rever ponto de vista, porque isso faz parte do próprio Colegiado, mas por uma questão de coerência. Eu tenho decidido, constantemente, que esta é uma matéria que, realmente, é de natureza infraconstitucional. Nós julgamos um recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça sob o ângulo infraconstitucional, e o acórdão recorrido também enfrenta a questão sob esse ângulo infraconstitucional.

Ontem o eminente Advogado, da tribuna, sustentou também algo que nós chegamos, depois de um debate, à conclusão de que é possível haver um equívoco de afetação de um recurso à repercussão geral e, posteriormente, observar-se a ausência de um requisito de admissibilidade.

Então, somente para manter a coerência, com a vênia do Ministro Gilmar, eu reitero que o tema foi tratado sob o ângulo infraconstitucional; até um confronto de Medida Provisória com a Lei Federal. Então eu, só apenas por uma questão de coerência, e como foi muito referido o acórdão ontem da tribuna, houve muita remissão a essa minha manifestação...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu gostaria que Vossa Excelência aguardasse o meu voto, porque estou apenas...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, mas eu estou até agora... eu até explico a Vossa Excelência, por uma questão até, no meu modo de ver, de elegância: não vou esperar Vossa Excelência se desgastar no mérito, se houver algum...

RE 638115 / CE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência pretende colocar esta preliminar à votação?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ah, bom. Então, perdoe-me, eu pensei que fosse passar para o mérito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Até porque, Presidente, esta é uma questão de que nós raramente tratamos no Tribunal, com as implicações que o tema tem: da legalidade como matéria, de fato, constitucional.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, apenas uma ponderação: julgamos em conjunto o Mandado de Segurança? Não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Podemos julgar.

Nós temos um mandado de segurança, do Rio Grande do Sul, contra ato do Tribunal de Contas, este é o Mandado de Segurança nº 22.423, que, em processo de homologação de aposentadoria, determinou a supressão de parcela referente a adicional do tempo de serviço deferido aos impetrantes, por decisão judicial com o trânsito em julgado, em data anterior à Constituição de 88.

Temos, também, o Mandado de Segurança nº 25.763, no qual os impetrantes discutem – a impetrante aqui é a União: os acórdãos 731 e 732 foram objeto de pedidos de reexame – aquela questão que foi posta – por parte de diversos sindicatos, o que culminou, após um processo conturbado, em uma votação apertada, no Acórdão 2248, de 13 de dezembro de 2005, que, modificando entendimento anterior, reconheceu ser devida aos servidores a incorporação dos denominados quintos, décimos, com fundamento no art. 3º da Medida Provisória 2.225, nos seguintes termos: Relatados e discutidos – e aí tem uma série de instituições e sindicatos que pedem isso:

"(...) ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em conhecer os Pedidos de Reexame, consoante os termos do artigo 48, c/c o artigo 33 da Lei 8.443/92, para:

Modificar o subitem 9.1 (...)."

Portanto, inicialmente, como se vê, o Tribunal de Contas tinha negado essa pretensão.

RE 638115 / CE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, a matéria de fundo do Extraordinário está abrangida pelas impetrações.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estou satisfeito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E aqui, Ministro Marco Aurélio, apenas para complementar e esclarecer o douto Plenário, no Mandado de Segurança 25.763, a questão do conhecimento já foi suscitada, tanto é que o Ministro Eros Grau não conhecia desse Mandado de Segurança.

Com relação ao Mandado de Segurança 25.845, o Ministro Joaquim Barbosa rejeitava a preliminar de competência - certamente conhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal -, e o Ministros Peluso, Sepúlveda Pertence e Ayres Britto assentavam o prejuízo da segurança, antecipando o voto.

De maneira que essa questão do conhecimento, uma questão preliminar que já foi ferida, já foi discutida e, a meu ver, deve ser apreciada em primeiro lugar, antes do mérito. O Ministro Barroso se declarou...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Parece-me que esse mandado de segurança era preventivo, não é isso, Presidente?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, são questões distintas, sob o ângulo da admissibilidade: do extraordinário e das impetrações.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perfeito.

Mas eu estou dizendo que essa questão da cognoscibilidade por

RE 638115 / CE

parte do Supremo Tribunal Federal está subjacente a essa questão toda, tanto é que o Ministro Gilmar Mendes, numa argumentação muito substancial, feriu esse tema. O Ministro Fux colocou imediatamente sua posição com relação a esse tema. Eu acho que precisaríamos votar sobre a admissibilidade ou não, conhecimento ou não, como preliminar, se os Colegas estiverem de acordo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Com repercussão geral, Ministro?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É com repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, o mandado de segurança já não teria essa eficácia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, vamos julgar o conhecimento, ou não, da repercussão geral.

O Ministro Barroso está impedido, portanto não vota, nem na preliminar.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ****VOTO SOBRE PRELIMINAR DE CONHECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, a questão do conhecimento deste recurso realmente é delicada, porque se situa justamente na distinção, nem sempre muito clara, entre o que é uma questão constitucional e o que é uma questão infraconstitucional, notadamente quando se fala no princípio da legalidade.

Se eu bem entendi o voto do Ministro Gilmar, um voto criativo como sempre, Sua Excelência faz uma distinção entre uma sentença que aplica determinada norma dando-lhe determinada interpretação, e outra sentença que, sem base em lei alguma, reconhece uma vantagem que só a lei poderia reconhecer. Aqui, haveria absoluta ausência de lei. No primeiro caso, a questão seria infraconstitucional; no segundo, seria constitucional, por ofensa ao princípio da legalidade.

Eu diria, em abono à tese do Ministro Gilmar, que certamente não está de todo excluída da apreciação do Supremo, por recurso extraordinário, o juízo sobre o conteúdo e aplicação de leis. O exemplo mais patente, no meu entender, é a própria Súmula Vinculante nº 10. O que ela diz, em outras palavras? Se o juiz deixa de aplicar uma lei sem declará-la inconstitucional, fere a Constituição. Óbvio que, para se chegar a essa conclusão, será indispensável fazer juízo a respeito da aplicação de lei ao caso. Isso significa que a ofensa à Constituição seria reflexa. Então, realmente é difícil separar exatamente o que é constitucional e o que não é.

Todavia, neste caso específico, há um ponto contrário importante que é a circunstância de não ter sido interposto recurso extraordinário do acórdão do Tribunal na origem. Essa é a questão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Por isso, eu trouxe o tema, e esse é um tema que devemos resolver, porque essas questões estão aí como fantasmas, por quê? Porque estava se

RE 638115 / CE

tratando – e ontem, inclusive, da tribuna, destacou-se, todos nós temos vários casos, como tínhamos em matéria de FGTS e outras, dizendo que era matéria infralegal –, então, obviamente a questão se colocou.

Agora, a questão foi posta no STJ, houve embargos de declaração discutindo essa temática, os embargos foram discutidos com essa perspectiva de afronta ao princípio da legalidade. Por isso, eu disse: o caso realmente é singular, tendo em vista exatamente essa situação.

A difícil situação de separar, de cindir, como, muitas vezes, aparece nas questões de duplo fundamento: fundamento constitucional e um fundamento meramente legal, que leva então a esse modelo.

O ministro Marco Aurélio, inclusive, já há muito faz críticas e já tentou, inclusive, na reforma do Judiciário, mudar esse sistema. Fez sugestões de emenda, porque essa separação, essa autonomia dos recursos, em casos como esse, realmente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Inclusive a Proposta de Emenda Constitucional já passou pelo Senado da República. Está na Câmara dos Deputados. E, por incrível que pareça, há oposição a essa competência, que seria idêntica à do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, por Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Ter-se-á, aprovada a PEC, a admissibilidade do especial, como ocorre a admissibilidade do RESP do Eleitoral e também a do recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, ou seja, por infringência à Carta da República, afastando-se, portanto, a quebra do princípio da unirrecorribilidade.

Lembro-me que certo presidente do Superior Tribunal de Justiça chegou a proclamar que aquele Tribunal não era uma Corte de passagem

RE 638115 / CE

para o Supremo. Os senhores advogados sabem como é difícil, considerado acórdão do citado Superior, chegar ao Supremo, mediante recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, realmente a questão é delicada.

Eu reconheço que aqui o campo de distinção entre o que é matéria constitucional e o que não é matéria constitucional é um campo ainda ser desbravado, mas, por não ainda plenamente convencido, não gostaria de me comprometer com a tese agora definida pelo Ministro Gilmar.

Entretanto, vou acompanhar Sua Excelência por uma outra razão, que tem um conteúdo prático importante. A questão posta no recurso está chegando no Supremo por duas vias: pelo Recurso Extraordinário e por ataque às decisões do Tribunal de Contas. Estamos julgando aqui também mandado de segurança a respeito, a significar que não vamos poder fugir do exame do mérito. Dir-se-á, e com razão, que são decisões com efeitos diferentes, uma decisão numa repercussão geral e uma decisão no mandado de segurança.

Do meu ponto de vista pessoal, tenho defendido isso aqui em outras oportunidades -, penso que essa distinção já não faz mais sentido, a de conferir eficácias diferentes para decisões do Supremo Tribunal Federal. Penso que, pela posição que o Supremo Tribunal Federal ostenta no contexto da organização judiciária brasileira, pela sua função institucional prevista na Constituição, as decisões do Supremo Tribunal Federal, por sua própria natureza, tem uma eficácia expansiva, necessária. Não faria nenhum sentido darmos peso diferente para decisões do Supremo, com mesma orientação, tomadas no mesmo dia, na mesma hora, uma em recurso extraordinário e outra em mandado de segurança. Não vejo, sinceramente, razão para deixarmos de reconhecer que essas duas decisões têm um peso institucional semelhante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

RE 638115 / CE

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda que se conclua pela não existência, em um dos mandados de segurança, de ato cogente do Tribunal de Contas da União, como preconizou o Relator, ministro Eros Grau, em outro, no qual impugnada determinação do Tribunal de Contas da União no sentido de se observar, quanto aos servidores da Casa, tem-se caminho aberto para o exame da matéria de fundo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É por essa razão, Senhor Presidente...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria fazer uma ponderação. Vossa Excelência está levantando, além dos aspectos teóricos, os aspectos práticos também. Do ponto de vista prático, a repercussão geral poderia, se for caso, estudar uma eventual modulação dos efeitos da decisão. Como é uma decisão que será tomada sobre situações já consolidadas, poderíamos, eventualmente - talvez até devêssemos -, modular essa decisão, tendo em conta essas situações já consolidadas, o que não seria possível fazer em sede de mandado de segurança.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte mais uma vez?

Indago: qual foi a postura administrativa autônoma do Supremo nessa matéria? Determinou a observância dos quintos? Não. E o Supremo, administrativamente, observa o direito dos respectivos servidores.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Em suma, Senhor Presidente, ainda que por essa razão pragmática, não fugiremos do exame do mérito. E, se o Supremo Tribunal Federal examinar o mérito, a

RE 638115 / CE

sua decisão deverá ter eficácia vinculativa ou expansiva, para não confundir conceitos.

De modo que, por essa razão, vou acompanhar o Relator para conhecer e examinar o mérito.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ****VOTO S/ PRELIMINAR DE CONHECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) – Senhor Presidente, louvo o voto do Ministro Gilmar Mendes, que, como disse o Ministro Teori, como sempre foi extremamente criativo, substancioso e profundo. Mas não estou ainda pronta para um avanço tão grande.

Tenho procurado observar a jurisprudência desta Corte e tenho ficado, já em outras oportunidades, inclusive em processos de repercussão geral, vencida no que diz com o conhecimento.

Eu, com todo respeito, entendo que a forma como enfrentada a matéria no acórdão do Superior Tribunal de Justiça não enseja o conhecimento do extraordinário. Temos, em um primeiro momento, uma decisão monocrática da Ministra Maria Thereza; depois uma decisão da Sexta Turma, se bem recorde, apreciando o agravo regimental manejado contra essa decisão monocrática que, por sua vez, estava a confirmar a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região; e, por fim, o julgamento de embargos declaratórios opostos, onde Sua Excelência, diante da invocação de preceitos constitucionais, destacou a inexistência de qualquer omissão, contradição, obscuridade no acórdão que levasse a seu acolhimento, e não enfrentou, de forma alguma, a questão sob a ótica constitucional.

A isso, acresço o fato, agora também lembrado, de que não houve a interposição de recurso extraordinário simultaneamente com o manejo do recurso especial contra a decisão do Tribunal Regional da 5ª Região.

Penso que a posição trazida pelo Ministro Gilmar Mendes é profundamente respeitável, no que diz com o princípio da reserva legal. Comprometo-me até a refletir a respeito, mas, de fato, Senhor Presidente, nem por questões pragmáticas sinto-me, no momento, em condições de dar esse passo que, ao meu olhar, seria demasiado largo, ainda que possa enfrentar o tema em mandados de segurança, que são processos de natureza subjetiva.

RE 638115 / CE

Então, **não conheço**.

É como voto.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

VOTO S/ PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, em primeiro lugar, gostaria de louvar o voto do Ministro Gilmar Mendes, que, como evidente, é um voto que traz juridicidade e inova com relação a esse conceito e à configuração da violação ao princípio da legalidade.

Mas o que eu observo? Todos os recursos para os Tribunais Superiores são recursos que tutelam imediatamente a ordem legal ou a ordem constitucional imediatamente o direito à parte. Então, cabe ao Superior Tribunal de Justiça a defesa da ordem normativa infraconstitucional, e, ao Supremo Tribunal Federal, a ordem constitucional.

É claro, nós não vamos fugir de enfrentar a questão de mérito, com a devida vênia e muito embora também me comprometa a refletir, mas essa criação da violação do princípio da legalidade derrui uma jurisprudência quase que secular do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da ofensa reflexa, porque, no fundo, no fundo, todas as normas jurídicas encontram a sua fonte primária na Constituição Federal. Então, **a fortiori**, qualquer violação da lei é também uma violação à Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vossa Excelência me permite só um esclarecimento? Por isso, eu disse que, para casos que tais, nós temos de fazer um exame quanto à intensidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exato. Eu ia chegar nesse ponto. Há violação à legalidade quando a decisão é arbitrária ou rotundamente violadora de todos os direitos manifestamente reconhecidos.

Eu não posso considerar essa decisão do Superior Tribunal de Justiça dentro desse conceito, porque ela é chancelada por mais de centenas de decisões monocráticas dos Ministros do Supremo Tribunal

RE 638115 / CE

Federal. Então, essa violação à legalidade, sob essa ótica, que eu até entendo interessante, suscitada pelo Ministro Gilmar, eu não consigo enxergar; e acho que, pelo contrário, se nós tivermos essa visão um pouco mais alargada, realmente nós vamos enxergar a violação do princípio da legalidade em todas as decisões com as quais nós não concordamos e que se referem à legislação infraconstitucional. E eu repito: a função dos Tribunais Superiores é imediatamente velar pela ordem jurídica; o Superior Tribunal de Justiça, pela ordem infraconstitucional, e nós, pela ordem constitucional.

Por outro lado, Senhor Presidente, o acórdão é todo calcado na matéria infraconstitucional. Então, o que importa não é que a parte veicule, no seu recurso, matéria constitucional, mas que o acórdão recorrido tenha ventilado matéria constitucional, e o acórdão recorrido não ventilou matéria constitucional; o acórdão recorrido é todo calcado em matéria infraconstitucional.

E aqui não é uma questão de apego à forma, a minha preocupação é o alargamento desse conceito a ponto de se admitir o recurso extraordinário por violação do princípio da legalidade.

Acresça-se a isso que os embargos de declaração opostos não prequestionaram esta matéria que nós estamos julgando, como foi aqui demonstrado à saciedade, não só na sustentação oral, mas também no documento anexado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

E, por outro lado, a inadmissão deste Recurso Extraordinário vai exatamente firmar aquilo que sempre assentamos aqui, não sei nem em quantas centenas de decisões monocráticas, a respeito deste tema.

Então, pedindo todas as vênias a Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes, eu também vou acompanhar a divergência aberta pela Ministra.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

VOTO S/ PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu peço vênia à divergência para acompanhar o Relator e o Ministro **Teori**.

Lembro-me, por exemplo, que esta Corte já se deparou com casos, como a retroatividade de novo valor das pensões previdenciárias, em que as duas Turmas desta Corte, tanto a Primeira quanto a Segunda, tinham dezenas de decisões proferidas no sentido de que a matéria era infra. Mesmo assim o tema foi trazido a este Plenário; e este Plenário conheceu do tema e depois de vários pedidos de vista o tema foi decidido pelo provimento do recurso da autarquia previdenciária federal (INSS).

Vossas Excelências têm bem claro na memória o quanto isso foi pensado e debatido naquela questão da previdência social no que diz respeito à retroatividade das leis, que transformaram as pensões parciais em pensões integrais. A Corte veio a conhecer dos recursos do Instituto de Previdência Social e a eles dar provimento.

O Ministro **Gilmar** lembrou o caso do FGTS: nesse caso, Ministro **Gilmar**, talvez haja milhares de decisões.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - No STJ e aqui.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No STJ e aqui. O tema veio para cá, para este Plenário, e aqui foi decidido.

Estamos agora com os planos econômicos. Não temos quórum para julgar, porque estamos só com sete Ministros aptos a julgar a ação. Também é tema que fora, por várias vezes, decidido nas duas Turmas, e que agora foi colocado em repercussão geral. Eu sou relator de dois feitos colocados em repercussão geral; o Ministro **Gilmar Mendes** é relator de

RE 638115 / CE

outros dois feitos.

De outra forma, nós vamos transformar o Superior Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal brasileiro; se eles acham que se tornariam tribunal de passagem, eles querem, então, é ser o Supremo Tribunal. E este Supremo não é mais Supremo.

Então, com a devida vênia e com esse registro histórico dos outros casos, não estamos aqui a alterar jurisprudência nenhuma. Com a devida vênia, eu acompanho o Relator, Senhor Presidente.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ****VOTO S/ PRELIMINAR CONHECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também começo por louvar o brilhante voto do Ministro Gilmar Mendes, mas a ele peço vênia para acompanhar a divergência, não conhecendo.

Como foi exposto inicialmente pela Ministra Rosa Weber e também pelo Ministro Teori, esta matéria parece-me que se cinge à matéria infraconstitucional. E, quando do reconhecimento da repercussão geral, até mesmo, houve referência que precisaria de ser conhecida e julgada, até porque, afirmou o Ministro Gilmar Mendes naquela ocasião, a questão, a controvérsia estava sendo apreciada nos Mandados de Segurança nºs 25.845 e 25.763. E, ao final, alertava que: "a controvérsia dos autos é relativa à questão de direito intertemporal" - o que ontem foi acentuado da Tribuna - "para, então, erigir a matéria a questão constitucional".

Entretanto, mesmo nesta matéria, Presidente, eu assinalo que há jurisprudência, por exemplo, eu cito, da relatoria do Ministro Moreira Alves, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 254.540, no qual afirmava Sua Excelência, expressamente:

"Saber, independentemente de questão de direito intertemporal, se foi violado, ou não, direito que se adquiriu pelo preenchimento da hipótese de incidência de uma lei é matéria que se resolve no terreno da legalidade e não da constitucionalidade."

E, no mesmo sentido, há outras inúmeras decisões que são prevaletes, porque, como bem afirma o Ministro Marco Aurélio, pode haver jurisprudência de todo viés.

Porém, eu fiz questão de fazer levantamento bem-apurado sobre o que prevalece, para dizer ao final, rapidamente, Presidente, que eu acompanho por considerar que, realmente, a matéria não pode ser conhecida nesta Sede, e não que ela não teria - diferentemente do que pensa tanto o Relator, quanto, por exemplo, o Ministro Teori agora - esse alcance prático, até porque a matéria foi sedimentada pelo recurso

RE 638115 / CE

repetitivo, tal como decidido no Superior Tribunal de Justiça.

Essa é a razão pela qual, com as vênias do Ministro-Relator, eu acompanho a divergência iniciada pela Ministra Rosa Weber.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, inicialmente, faço três registros: o primeiro é que, passo a passo, o Supremo vem flexibilizando a jurisprudência, consoante a qual a violência à Carta da República precisa ser frontal e direta. O Supremo tem adotado uma postura pragmática, tem adotado óptica pedagógica, visando a nortear o julgamento nas demais instâncias do Judiciário. Ontem, fez-se isso relativamente a reclamações que envolviam a controvérsia quanto à Sala de Estado Maior para ter-se a prisão provisória do advogado – fiquei vencido.

Segundo registro: ou julgamos a matéria de fundo sob a roupagem de recurso extraordinário, ou a julgamos sob a roupagem da impetração, do Mandado de Segurança, no que o Tribunal de Contas da União determinou o pagamento aos respectivos servidores.

O terceiro registro diz respeito à repercussão geral. Esta nada mais é do que um filtro para saber se haverá, ou não, apreciação sobre a matéria de fundo do recurso extraordinário. Quando o relator insere, no denominado Plenário virtual, um recurso extraordinário, manifestando-se, portanto, no sentido da configuração do instituto da repercussão geral, examinou esse mesmo recurso sob o ângulo do artigo 557 do Código de Processo Civil e do artigo 21 do Regimento Interno. Nós, outros vogais, nos pronunciamos apenas quanto, ao menos de início, à configuração, ou não, da repercussão geral.

Por isso, digo que está coberto de razões o advogado que assomou à tribuna, José Paulo Sepúlveda Pertence, no que asseverou, com fidelidade ao direito posto, que a admissibilidade da repercussão geral não gera automaticamente o conhecimento do recurso extraordinário pelo Plenário. São as observações que faço.

Presidente, há dois princípios muitos caros em um Estado Democrático de Direito, dois princípios da maior valia para a sociedade e que estão sob a guarda do Supremo, porque inseridos na Lei das Leis,

RE 638115 / CE

que é a Constituição Federal: o princípio da legalidade e o do devido processo legal, seja administrativo, legislativo ou jurisdicional.

Sob o ângulo do princípio da legalidade, não é crível que órgão investido do ofício judicante consigne, em uma decisão, que lei dispõe em certo sentido, mas que decide segundo o critério de plantão dele próprio, contrariando, portanto, a legislação e olvidando que a atuação do juiz é vinculada ao Direito posto. Para saber se transgredido o princípio da legalidade, é preciso ir à legislação comum, e então, cabe ao Supremo pinçar aqueles casos em que a transgressão salta aos olhos reclamando crivo.

Quanto ao devido processo legal, ocorre a mesma coisa. A grande maioria das normas instrumentais está na legislação comum.

Analiso a problemática de não ter sido interposto, simultaneamente, o Extraordinário: resolve-se, considerado o disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil. O ato do Superior Tribunal de Justiça que adentra o mérito, seja para confirmar ou para reformar o pronunciamento impugnado mediante o recurso especial, substitui a decisão de origem. Tanto é assim que, se tiver que ser proposta ação de impugnação autônoma, a rescisória, o será contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, e não o acórdão de origem.

Então, importante é saber, para ter-se como viável ou não o extraordinário, se o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento sobre a matéria de fundo, ou seja, o direito adquirido – estamos diante de cláusula pétrea da Constituição Federal – dos servidores. Não cabe potencializar-se o prequestionamento, chegando-se à conclusão de que não basta o debate e a decisão prévios do tema versado nas razões do Extraordinário, é necessário ter, no acórdão impugnado mediante o extraordinário, a referência a dispositivos, a artigos, da Constituição Federal.

Decidimos assim no célebre caso – e fui relator no Plenário – em que se discutia a chapa do PMDB para o Senado, tendo em conta a representação do Estado do Amapá. O Tribunal proclamou, aos quatro ventos, que não se deve exigir, para ter-se como configurado o

RE 638115 / CE

prequestionamento, a referência, no acórdão impugnado, a dispositivos da Constituição. Proclamou que é suficiente – para proceder-se, e é a razão de ser do prequestionamento, ao cotejo, visando elucidar se foi ou não infringida a Lei Maior – a adoção de entendimento sobre instituto versado na Carta da República.

No caso concreto, o ato primeiro da Relatora e a decisão posterior do Colegiado do Superior Tribunal de Justiça versam, iniludivelmente, a existência de direito adquirido por parte dos servidores.

Presidente, tem-se precedentes revelando caber ao Supremo, como guarda maior da Constituição Federal, distinguir as situações jurídicas quando versada a transgressão ao devido processo legal ou ao princípio da legalidade.

Assim decidiu a Segunda Turma, em 1º de abril de 1997 – e é verdadeira essa decisão em que pese o dia e mês. Conheceu do recurso extraordinário e o proveu. Decidiu a uma só voz, sem discrepância de votos. A situação concreta tratava sobre o devido processo legal, a tomada de depoimentos, para uma ação indenizatória por danos, colhidos na fase de inquérito policial e, portanto, sem a observância do contraditório, e o indeferimento da audição das mesmas pessoas em Juízo, já então sob o ângulo do contraditório.

Isso foi decidido no Recurso Extraordinário nº 198.016. À época, estavam presentes, na Segunda Turma, o Presidente, o ministro Carlos Velloso, que assim votou, eu próprio, relator, e o ministro Maurício Corrêa e ausente, justificadamente, o ministro Néri da Silveira.

Também houve decisão, e já se referiu a ela o ministro Gilmar Mendes, numa questão que versava a exclusão de associado de cooperativa – Recurso Extraordinário nº 158.215. Mais uma vez, considerado o devido processo legal – não foi bem o princípio da legalidade, mas evidentemente o precedente serve para elucidar a questão quanto a este –, a Segunda Turma conheceu e proveu o recurso, sem discrepância de votos. Glosou a expulsão de associação, sem o direito de ser, previamente, ouvido. Participaram os Ministros a que me referi, no caso anterior, e também o ministro José Néri da Silveira, que, durante

RE 638115 / CE

muito tempo, honrou esta cadeira onde estou hoje, Ministro apegado, sem dúvida alguma, a princípios.

Da mesma forma, decidiu o Tribunal quanto à completude da prestação jurisdicional, à necessidade de o órgão judicante enfrentar todas as causas de pedir veiculadas pela parte. Isso ocorreu no Recurso Extraordinário nº 154.159, também sem discrepância de votos, conhecendo-o e provendo-o a Turma, determinando o julgamento, na integralidade, de embargos declaratórios – que, confesso, são vistos, de forma distorcida, como uma crítica ao ofício judicante, quando, em última análise, é contribuição ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Por último, a Segunda Turma decidiu, considerados os dois princípios, no Recurso Extraordinário nº 194.295, admitindo-o e provendo-o, sendo que, desse julgamento, participaram, além de eu próprio, fui o relator, o ministro Maurício Corrêa e o ministro Nelson Jobim.

Mas, Presidente, vamos deixar o cabotinismo de lado, já que os precedentes são meus. Vejo que a Procuradoria-Geral da República, no parecer, citou precedente de lavra das mais ilustres, citou o precedente no Recurso Extraordinário nº 564.354/SE; que resultou de recurso extraordinário já submetido à repercussão geral. E conheceu o recurso – e a matéria é específica –, considerado o princípio da legalidade, ou seja, presente o direito adquirido, que, não tenho dúvida, é definido em uma norma de sobredireito, mas ordinária, no bom sentido, que é a Lei de Introdução ao Código Civil. E, então, admitiu o extraordinário. Eis o trecho pertinente à espécie:

"(...) garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução da controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados" – quer dizer, estava em jogo a interpretação de normas: normas legais, normas comuns – "os seus alcances para se dizer da existência ou ausência de retroatividade constitucionalmente vedada."

RE 638115 / CE

Isso foi decidido no Recurso Extraordinário nº 564.354, repito o número, relatado pela ministra Cármen Lúcia. E o foi na data de 15 de fevereiro de 2011.

Presidente, digo que, de início, e não estou ainda indo ao mérito, está-se diante de situação concreta que reclama a manifestação, quanto ao conflito de interesses, do Supremo, para pacificar-se o tema.

Por isso, acompanho o relator, conhecendo o recurso extraordinário.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

V O T O

(s/ preliminar de conhecimento)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhor Presidente, para, **dissentindo** do eminente Relator, **não conhecer** do presente recurso extraordinário, **por entender** que este processo, **longe** de revelar questão constitucional, **reflete** típica questão de ilegalidade, **por ofensa** ao direito ordinário.

Tenho para mim que a causa ora em exame não permite reconhecer a existência, *nela*, de decisão judicial que se mostre *objetivamente arbitrária* na aplicação da lei.

Reconheço que, *em situação diversa*, **desde** que caracterizada interpretação judicial *objetivamente arbitrária* de determinado preceito legal, **justificar-se-ia** a configuração, *no caso*, de transgressão ao postulado da legalidade.

Ocorre, *no entanto*, que tal não se verificou na espécie, como bem o demonstrou o eminente Ministro LUIZ FUX.

É por tal motivo que *não vislumbro*, no caso ora em análise, transgressão ao ordenamento legal **derivada** da interpretação que lhe deu o Tribunal ora recorrido.

Com efeito, a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem proclamado**, a propósito desse tema, que o procedimento hermenêutico do

RE 638115 / CE

Tribunal inferior – **quando examina** o quadro normativo positivado pelo Estado **e dele extrai** a **interpretação** dos diversos diplomas legais que o compõem, para, **em razão** da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos necessários à exata composição da lide – **não transgride, diretamente**, o princípio da legalidade (**AI 161.396-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 192.995-AgR/PE**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 307.711/PA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por essa razão – **ausência** de conflito **imediato** com o texto da Constituição – que esta Corte tem **ênfatisado** que “*A boa ou má interpretação de norma infraconstitucional não enseja o recurso extraordinário, sob color de ofensa ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II)*” (**RTJ 144/962**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei):

“E é pacífica a jurisprudência do S.T.F., no sentido de não admitir, em R.E., alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas infraconstitucionais, como as trabalhistas e processuais (...).”

(**AI 153.310-AgR/RS**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – grifei)

“A alegação de ofensa ao princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, II, da Constituição da República, não autoriza, só por si, o acesso à via recursal extraordinária, pelo fato de tal alegação tornar indispensável, para efeito de sua constatação, o exame prévio do ordenamento positivo de caráter infraconstitucional, dando ensejo, em tal situação, à possibilidade de reconhecimento de hipótese de mera transgressão indireta ao texto da Carta Política. Precedentes.”

(**RTJ 189/336-337**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não foi por outro motivo que o eminente Ministro MOREIRA ALVES, Relator, ao apreciar o tema pertinente ao postulado da legalidade

RE 638115 / CE

em conexão com o emprego do recurso extraordinário, **assim se pronunciou:**

“A alegação de ofensa ao artigo 5º, II, da Constituição, por implicar o exame prévio da legislação infraconstitucional, é alegação de infringência indireta ou reflexa à Carta Magna, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário.”

(AI 339.607/MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei)

Cumpre acentuar, por oportuno, que essa orientação acha-se presentemente sumulada por esta Corte, como resulta claro da Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal, cuja formulação possui o seguinte conteúdo:

“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” (grifei)

Nem se diga, de outro lado, que a decisão do Plenário Virtual, ao reconhecer a existência de repercussão geral na matéria ora em julgamento, teria assentado, em caráter definitivo, a índole constitucional da controvérsia jurídica em debate.

Esta Suprema Corte já decidiu, por mais de uma vez, que o reconhecimento da existência de repercussão geral não torna preclusa a reapreciação dessa específica matéria nem impede o exame dos demais requisitos pertinentes ao recurso extraordinário:

“3) Embargos parcialmente providos para que fique esclarecido que o reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Plenário Virtual não obstaculiza o superveniente julgamento pelo Pleno desta Corte no sentido do não conhecimento do Recurso Extraordinário com fundamento na exigência de interpretação da legislação infraconstitucional e do direito local.

RE 638115 / CE

4) O reajuste do vale-refeição é tema que se subsume à legislação infraconstitucional inviabilizando o recurso extraordinário.

5) Embargos de Declaração conhecidos e parcialmente providos, restando incidente a regra do art. 543-B do CPC para tornar inadmitidos os recursos extraordinários sobre o mesmo tema.”

(RE 607.607-ED/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno – grifei)

Vale destacar, no ponto, no sentido que venho de expor, a correta observação do eminente Ministro GILSON DIPP (“Aspectos Controversos da Repercussão Geral”, “in” Consulex, vol. 18, n. 247, p. 38/42) referida pelo SINDIJUS/DF, que interveio, nos autos, na condição de “amicus curiae”:

“(…) a avaliação da repercussão geral pelo Plenário Virtual não inclui nem esgota a apreciação da questão constitucional. Assim, é possível existir o reconhecimento da repercussão geral e nem por isso existir questão constitucional, e vice-versa. Ou seja, embora o Plenário Virtual possa admitir a repercussão geral, o STF pode não conhecer do recurso extraordinário por não existir questão constitucional.” (grifei)

Sendo assim, peço vênica para não conhecer do presente recurso extraordinário.

É o meu voto.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

VOTO S/ PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Interessantemente, eu queria dizer que, quando o assunto foi veiculado em sede de Plenário virtual, eu me manifestei no sentido de que a matéria não teria repercussão geral. Mas agora, depois de ouvir atentamente o voto do Eminentíssimo relator Gilmar Mendes, eu me convenci de que é possível e até desejável que se revise a questão constitucional subjacente a determinados temas que foram ordinariamente reconhecidos como sendo infraconstitucionais, em decisões monocráticas, ou mesmo em decisões colegiadas nas Turmas, tendo em conta a sua análise ou reanálise em sede agora de repercussão geral.

Todos nós sabemos que existem evidentes e enormes diferenças - e nós temos vários eminentes professores de Direito Constitucional aqui nesta Casa, senão todos, são professores de Direito Constitucional - entre o instituto da repercussão geral e o instituto norte-americano do *writ of certiorari*. O *writ of certiorari*, como todos nós sabemos, é aquele instrumento por meio do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos conhece de determinados casos; ele chama dos tribunais inferiores para admitir esses casos, deles conhecer e sobre eles decidir. Mas a doutrina, os autores especializados dizem que existem mais diferenças do que semelhanças entre esses dois institutos. Mas existem pelo menos duas semelhanças, Ministro Barroso, eminentes Pares, entre esses dois institutos que é exatamente o aspecto casuístico, ou a natureza casuística, e a natureza discricionária da decisão que se toma no *writ of certiorari* e na repercussão geral. E essa e me parece que essa semelhança deve ser notada, deve ser sublinhada, porque, na repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal tem a discricionariedade de, caso a caso, admitir, conhecer de certos casos se ele entender, se ele considerar que eles se

RE 638115 / CE

enquadram dentro dos conceitos abertos de relevância política, econômica, social ou jurídica.

Portanto, eu penso que, nesse tema, o Supremo Tribunal Federal tem ampla discricionariedade. Nós aqui, verifico que, por uma maioria embora apertada - maioria essa à qual eu me junto agora -, entende que esse caso tem, pelo menos, uma relevância jurídica, senão uma relevância econômica, no sentido de impacto nas finanças públicas.

Então, com essas breves considerações, sublinhando o aspecto discricionário e, de certo modo, casuístico, observadas as balizas constitucionais e legais da repercussão geral, eu conheço deste Recurso Extraordinário, muito embora, no Plenário virtual, tenha entendido que a matéria não tem repercussão geral.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu não necessitaria renovar os elogios ao voto do Ministro Gilmar Mendes - aqui todos já o fizeram.

Eu tive oportunidade de julgar este caso no Superior Tribunal de Justiça. Eu julguei em 2010, em decisão unânime, e posteriormente, em 2012, houve um recurso repetitivo, fixando-se a mesma tese. E qual foi a tese fixada? A tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a de que a incorporação de gratificação relativa ao exercício de função comissionada no período de 8/4/98 a 5/9/2001, transformando as referidas parcelas em vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI, foi autorizada pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001, em razão de ter promovido a revogação dos arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911/94, revestida, portanto, de plena legalidade.

E eu arriscaria afirmar a Vossa Excelência que várias centenas de recursos foram julgados nesse mesmo sentido, fazendo uma análise infraconstitucional do tema, não sob o enfoque que foi muito bem-analisado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Senhor Presidente, há um argumento de caráter interdisciplinar e um argumento de caráter hermenêutico. É que muitas vezes não se dá valor à interpretação histórica, que se vale, dentre outros instrumentos, exatamente da exposição de motivos, da razão de ser das leis. E a Medida Provisória nº 2.225-45/2001 surgiu no cenário no afã de alterar essa mixórdia de leis, quer dizer, essa orgia legislativa, ora prevendo a incorporação dos quintos, ora transformando a incorporação dos quintos em décimos. Mas a grande realidade é que a Medida Provisória nº 2.225-45/2001 dispôs para o art. 62-A:

"Art. 3º - Fica acrescido à Lei nº 8.112, de 1990, o art. 62-A, com a seguinte redação:

"Art. 62-A- Fica transformada em Vantagem Pessoal

RE 638115 / CE

Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei nº 9.624, de 2 de abril de 1998."

Ora, se não existisse o quinto, ia transformar o que em vantagem pessoal? Nada. Então, ou a gente diz que essa norma não teve validade, nem eficácia, nem mesmo, no plano da existência, não teve suporte para a sua sobrevivência, ou, então, ela quis dizer alguma coisa, que, diante desse quadro normativo inflacionado, a medida veio e disse: a partir de agora, fica transformada, em vantagem pessoal nominalmente identificada, a incorporação da retribuição pelo exercício de função e direção, a mesma regra que guia os quintos.

Se assim não bastasse a jurisprudência do STJ, essa interpretação histórica, eu entendo também que tão importante quanto o princípio da legalidade é o princípio da igualdade, talvez seja até um princípio norteador e, digamos assim, um princípio do qual decorre também o princípio da legalidade, porque o ferimento da isonomia é um flagrante desrespeito ao princípio da legalidade.

E veja Vossa Excelência que os servidores da secretaria do nosso Tribunal foram beneficiados com a decisão proferida no mandado de segurança e incorporaram os quintos. No Superior Tribunal de Justiça, o Conselho de Administração deliberou a incorporação dos quintos. Os servidores da Justiça do Trabalho foram beneficiados com decisão administrativa proferida pelo Plenário do TST. O Tribunal Superior Eleitoral deferiu os quintos. Os servidores da Câmara dos Deputados e do Senado Federal também já incorporaram e receberam as parcelas dos quintos. O Tribunal de Contas, eles foram impedidos e entraram com um mandado de segurança; mas isso é um caso raro.

De sorte, Senhor Presidente, que, à luz desses três fundamentos, o da isonomia, o da força da jurisprudência em matéria infraconstitucional do Superior Tribunal de Justiça e por meio de uma exegese histórica da

RE 638115 / CE

Medida Provisória nº 2.225/45, eu não tenho a menor dúvida de que não há que se discutir aqui efeito repristinatório - não é isso -, a Medida Provisória, nesse período, chancelou os quintos e acabou por determinar a transformação em vantagem pessoal.

Por todos esses motivos, Senhor Presidente, eu peço vênias à divergência que já se instaurou...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Divergência não, ao Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ao Relator, mas ... há sim, exato.

Eu peço vênias pela divergência, em razão da maioria ou do voto do Relator e de outros que já o seguiram, para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu peço vênias ao Relator para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux.

Os fundamentos de que me valho são basicamente os que foram apresentados; ou seja, tal como posto aqui ontem nas sustentações, nos trabalhos apresentados, parece-me mais firme, a despeito de toda a construção muito bem-exposta pelo Ministro Gilmar, de que não houve repristinação, nem, neste caso, a retomada de algo que tinha sido revogado, mas a dicção da Medida Provisória nº 2.225, na versão 45, que é de 2001, é expressa ao afirmar que "autoriza a incorporação"; só se incorpora aquilo que estaria em vigor na interpretação e na leitura de todas as medidas provisórias, de todas as edições, pelo que, a meu ver, realmente, haveria aqui dois princípios constitucionais a assegurar a continuidade: o da segurança jurídica, uma vez que foi pago exatamente, tal como agora também realça o Ministro Luiz Fux, pelo princípio da igualdade, porque aqueles que, acreditando na jurisprudência prevalecente e nas causas ganhas, receberam, vão estar no mesmo lugar, nas mesmas condições, trabalhando igualmente e, portanto, agora com a decisão, recebendo diferentemente. Claro que isso poderia ter argumentos contrários - como teve, como foi bem-exposto pelo Ministro Gilmar -, entretanto, parece-me que a Constituição dota de segurança essas relações que foram estabelecidas, e o faz com base na Lei.

Razão pela qual, mais uma vez, com as vênias do Ministro-Relator e dos que o seguiram, eu acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux.

É como voto, Presidente.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a quadra vivenciada no Brasil – que é muito estranha – é de correção de rumos, de saneamento, a meu ver, político e também jurídico, e digo que é de saneamento no campo da política institucional.

É muito sintomático, para dizer o mínimo, que o Supremo não tenha observado, no campo administrativo, o restabelecimento dos quintos. Observou, como também o Tribunal Superior Eleitoral, sob a minha Presidência, no tocante a beneficiários de decisões judiciais trânsitas em julgado.

Cheguei a preparar, Presidente, em 2009, para um processo administrativo, que seria examinado pelo Colegiado, voto sobre a matéria e vou me permitir proceder à leitura desse voto, até mesmo para não ficar frustrado, no que não tive a oportunidade de revelá-lo na sessão administrativa já que deliberado aguardar o término da via jurisdicional.

Fiz ver:

“1. Delimito a matéria. Conforme o item 30 da peça primeira do processo administrativo formado, versa a incorporação e a atualização da parcela ‘quintos’, considerado o período” – que está em jogo, no processo administrativo do Supremo – “de 8 de abril de 1998 a 4 de setembro de 2001. A base legal apontada é a Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001.” – na quadragésima quinta edição; ela está indexada com número 45 de 2001. “Visa-se” – aí eu coloquei entre aspas – “ao reconhecimento da dívida como um todo e a validação do que já foi efetivado.”

2. A ordem natural das coisas direciona a firmar-se certa premissa. O Supremo observa, administrativamente, em harmonia com a ordem jurídica em vigor, o direito dos servidores ativos e inativos integrados ao quadro funcional.

Causa perplexidade a dúvida levantada por setor administrativo sobre o menosprezo a direito dos servidores

RE 638115 / CE

passados mais de sete anos da data em que teria sido concedido mediante ato do Executivo federal. A Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, haveria implicado o restabelecimento, entre 8 de abril de 1998 e 4 de setembro de 2001 – três anos, quatro meses e vinte e seis dias –, da parcela ‘quintos’, viabilizando, com isso, somatório de tempo a resultar na unidade cinco anos, presente o fato de o período em curso em 1998 ter sido apanhado pela extinção do instituto, pela extinção do direito – fato incontroverso – por meio da Lei nº 9.624, de 2 de abril de 1998.

3. De logo, deve-se ressaltar haver transcorrido, da data do surgimento do alegado direito até a abertura, de ofício, do processo administrativo, sete anos, três meses e oito dias. A Medida Provisória nº 2.225-45 veio à balha em 4 de setembro de 2001 e o protocolo da peça de folha 2 a 7, em 12 de setembro de 2008.

Mesmo prevalecente a visão sobre a existência do direito dos servidores e a omissão do Supremo a alcançar relação jurídica de débito continuado – e a discussão é mais profunda, englobando situação concreta retratada em norma legal e em atos cercados de publicidade (medida provisória e contracheques), sem apresentação de pedido por qualquer dos interessados ou por entidades que os congregue –, não sendo assentada a prescrição total, há de ter-se a parcial. E isso eu preparei para o processo administrativo. As diferenças anteriores ao quinquênio estão prescritas, tomando o marco de 12 de dezembro de 2008 – quando formalizado este processo.

4. Quanto ao tema de fundo propriamente dito, a presunção de cumprimento de obrigações, espontaneamente, pelo Supremo, enquanto administrador, mais uma vez se confirma.

Cabe perceber, antes de mais nada, a inexistência de título executivo judicial a compeli-lo a satisfazer obrigação de dar – pagamento – ou de implementar parcela em contracheques. Conforme consta do processo, a decisão prolatada no Mandado de Segurança” – e cito o número quilométrico –, “da 17ª Vara

RE 638115 / CE

Federal – Brasília, foi cumprida,” – como foi cumprida também, e eu determinei o cumprimento, pelo primado do Judiciário, a decisão que beneficiou os servidores do Tribunal Superior Eleitoral – “presente o termo inicial revelado pela data da impetração.

Retrospecto sobre o instituto dos ‘quintos’ – e tantas foram as distorções interpretativas elastecendo-o que veio a ser extinto – faz-se interessante e, nesta parte, colho dados constantes da peça primeira do processo administrativo:

a) a Lei nº 6.732, de 1979, trouxe-o à balha, criou os quintos;

b) a Lei nº 8.112, de 1990, o placitou, dando-lhe feição própria – artigo 62;

c) a Lei nº 8.911, de 1994, dispôs sobre critérios a serem obedecidos;

d) a Medida Provisória nº 831, de 1995, extinguiu o direito a novas incorporações e atualizações, passando aqueles que já tinham jus à parcela a percebê-la a título de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI;

e) seguiram-se as Medidas Provisórias nº 892, reeditando a de número 831; e, em de 16 de março de 1995, a nº 939, versando incorporação e atualização de décimos” – não mais quintos;

“f) a Medida Provisória nº 1.160, de 26 de outubro de 1995, manteve a incorporação dos décimos a título de retribuição e não de vantagem pessoal;

g) a Medida Provisória nº 1.480” – e é uma loucura o emaranhado de medidas provisórias –, “de 4 de junho de 1996, alterando o artigo 3º da Lei nº 8.911, de 1994, veio a exigir cinco anos de exercício em funções de confiança para a incorporação do primeiro décimo à remuneração, permanecendo em vigor a atualização progressiva da Lei nº 8.112, de 1990;

h) a Medida Provisória nº 1.537-9, de 3 de julho de 1997, convertida na Lei nº 9.527, de 1997, alterou a Lei nº 8.112, de 1990” – o Estatuto dos Servidores – “extinguindo a incorporação até então observada e transformando, para os que

RE 638115 / CE

a alcançaram, a natureza da parcela em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada;

i) a Lei nº 9.624, de 1998, versou o direito à concessão e à atualização de quintos aos que completaram o fator tempo até a respectiva vigência, ou seja, 8 de abril de 1998, remetendo aos critérios fixados na Lei nº 8.911, de 1994.

Ante esse emaranhado normativo” – como eu disse –, “surge quadro definido: a contagem de tempo, para efeito de percepção de quintos, cessou em 8 de abril de 1998 e aqueles que perfizeram tempo considerada essa data-limite continuaram a perceber o valor sob o título primitivo – da Lei nº 8.911/94. Mas, confirmando-se a máxima segundo a qual a normatização por vezes imprecisa serve a confundir, e não a elucidar, editou-se a Medida Provisória que causou a celeuma, de nº 2.225-45, em 4 de setembro de 2001, gancho do entendimento sobre o ressuscitamento, limitado no tempo, dos ‘quintos’.

A extensão decorrente desse ato de vontade, que é a interpretação, faz corar os crentes na supremacia normativa.

Objetivando a documentação, transcrevo o preceito alusivo à matéria, o qual se mostra de clareza solar quanto ao alcance. Antes, deixo registrado que, até então, era estreme de dúvidas a extinção dos ‘quintos’, ocorrida há mais de três anos, em virtude da Lei nº 9.624, de abril de 1998:”

Vamos ao artigo 62-A – e daqui a pouco o alfabeto será insuficiente para acomodarem-se sucessivas modificações de diplomas legais, sem alterar a numeração dos artigos:

"Art. 62-A Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os art. 3º e 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei 9.624, de 2 de abril de 1998 (artigo introduzido na Lei 8.112 mediante a Lei 9.527/97).

RE 638115 / CE

Para alguns, a matéria ganhou conotação positiva, ganhou eficácia retroativa para efeito de determinar-se a extensão do direito.

O equívoco interpretativo” – para mim, com a devida vênia daqueles que entendem de forma diversa, e eu estou muito acostumado a ficar vencido no Plenário, sozinho – “salta aos olhos. A nova norma alterou, sim, a nomenclatura da parcela e, ao que tudo indica, visou a expungir, de uma vez por todas, óptica continuativa. A cláusula primeira versou a transformação em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada. A segunda veio a remeter à incorporação, já verificada, ficando explicitada, a mais não poder, a vinculação do fenômeno – incorporação – ao que já alcançado pelo servidor, conforme as Leis nº 8.911/94 e 9.624/98. Mais do que isso, o dispositivo legal em comento contém referência, para delimitar-se a parcela com a roupagem ulterior – a citada mudança de nomenclatura – ao artigo 3º da Lei nº 9.624, de 2 de abril de 1998, justamente aquele que fez estancar em tal ano, 1998, o cômputo do tempo para aquisição de novos períodos, consequência até aqui, abril de 2009” – data em que apreciaríamos a dúvida levantada pelo setor administrativo sobre a matéria –, “observada pelo Supremo:

"Art. 3º Serão concedidas ou atualizadas as parcelas de quintos a que o servidor faria jus, no período entre 19 de janeiro de 1995 e a data de publicação desta Medida Provisória, mas não incorporadas em decorrência das normas à época vigentes, observados os critérios: (...)".

Menciono, então, os critérios em dois incisos e em um parágrafo que transcrevo, para efeito de documentação.

Preparei, então, a assertiva: “Bem andou o Supremo, administrativamente” – e não se fez a reboque, como, aliás, tem que proceder, dos demais tribunais e órgãos administrativos –, “ao observar a inexistência do direito à incorporação no

RE 638115 / CE

decurso de tempo entre a Lei nº 9.624/98 e a Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, no que esta apenas tomou a situação jurídica alcançada até a citada lei e a transformou, em termos de nomenclatura, em simples termos de nomenclatura, em Vantagem Individual Nominalmente Identificada – VPNI, sem o restabelecimento suscitado.

Também acertou, de início” – faça-se o registro, e tenho esse órgão como muito importante em termos de saneamento das finanças públicas, bem acertou, de início, o Tribunal de Contas da União –, “ao assim decidir, vindo, ante pedido de reexame, a invuluir:

9.1 determinar a todos os órgãos do Poder Judiciário que se abstenham de conceder a seus servidores novas parcelas de quintos ou décimos posteriormente a 8/4/98, ressaltada a possibilidade de cômputo do tempo residual de exercício de funções comissionadas não empregado até 10/11/97, nos termos da Decisão nº 925/1999 – TCU – Plenário – Decisão nº 732/2003.

Colho da manifestação do Ministro Walton Alencar Rodrigues, revisor do pedido de reexame formulado por entidades de classe no Processo nº 013.092/2002-6 – TCU, ao divergir do relator, o seguinte trecho:

“Por fim, convém contextualizar os fatos ocorridos quando se deu a edição da MP nº 2.225-45/2001. Desde as publicações das medidas provisórias que precederam a Lei nº 9.527/1997, ficam evidentes os objetivos do Estado de reduzir os excessivos gastos de pessoal que pudessem frustrar o equilíbrio fiscal das contas de governo federal.

Como ressaltou a Secretaria dos Recursos, esse compromisso é reforçado pela própria exposição de motivos à MP nº 2.225-45/2001 (EM nº 287/MP, de 04 de setembro de 2001), segundo a qual a redação proposta para o art. 62-A da Lei nº 8.112/90 visa transformar em

RE 638115 / CE

VPNI as parcelas já incorporadas da retribuição devida pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, por tratar-se de vantagens que já não se incorporam às remunerações."

Além disso, a adoção do entendimento do relator, que considero absolutamente ilegal, causará imenso impacto orçamentário nos gastos públicos com pessoal, razões pelas quais acompanho a proposta da unidade técnica no sentido de conhecer dos pedidos de reexame, para, no mérito, negar-lhes provimento.

Da peça," Presidente, "elaborada pelo relator, constou a informação de que, no Superior Tribunal de Justiça, ficaram vencidos os ministros Ari Pargendler, José Delgado e Felix Fischer.

Esclareço que, conforme a Ata nº 49/2005 – Plenário do TCU, aprovada em 16 de dezembro de 2005, frutificou o pedido de reexame da matéria, tendo votado em sentido oposto – e o ministro Gilmar Mendes se referiu a um escore muito apertado no TCU – os ministros Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira e Benjamin Zymler.

Com a compreensão das vozes em contrário" – e não são poucas –, "dizer existente o direito que se busca ver assentado é desconhecer o preço módico que se paga por viver em um Estado de Direito, o respeito às regras estabelecidas" – daí a Babel vivenciada hoje –, "e pior, fazendo-o em detrimento da tão sofrida coisa pública. Concluo pela ausência do direito aventado.

Acompanho o relator, provendo o recurso.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhor Presidente, para acompanhar a divergência iniciada pelo eminente Ministro LUIZ FUX. *Em consequência*, **nego provimento** ao presente recurso extraordinário.

É o meu voto.

19/03/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênias à divergência e entender também que a Lei 9.624/98, como disse o Ministro Marco Aurélio, estancou, do ponto de vista temporal, o cômputo dos novos benefícios.

E também entendo, tal qual o Relator, que a MP 2.225-45/2001 não tem efeito repristinatório. Não vou repetir os argumentos que foram, com muita proficiência, a meu ver, desfiados pelo Relator e agora pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

Peço vênias à divergência para dar provimento também ao Recurso Extraordinário.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agora, nós nos deparamos com uma situação, Ministro-Relator, que é a seguinte: muitos servidores, de boa-fé, receberam esses quintos, incorporaram já de longa data, acreditando nas decisões administrativas dos respectivos Tribunais e das respectivas repartições públicas, das quais faziam parte, mesmo alguns receberam quintos por força de decisões judiciais, algumas transitadas em julgados, outras não. Essa é uma questão fática que, talvez, merecesse uma reflexão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, no intervalo chegamos a conversar sobre isso. A mim, me parece que seria adequado assentar que se provê o recurso, mas não se cogita de qualquer repetição de indébito em razão das concessões efetivadas, o que significa dizer que cessa a ultra-atividade das decisões. Portanto, não se dá mais continuidade, mas não haverá a possibilidade de efeito retroativo da decisão.

Acho que esse encaminhamento pacifica a temática, tendo em vista todo esse aranzel que se criou em torno do tema e com várias decisões.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E está na linha da jurisprudência da Corte, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É o que temos feito em vários casos. É verdade que, quando, em linhas gerais, há decisão judicial cautelar, nós temos entendido que isso não elide a repetição de indébito, porque a parte buscou. Mas, neste caso, como já foi ressaltado aqui por todos os votos, diante de toda essa perplexidade e dos anos que se passaram, parece-me que isso causaria um tamanho desassossego, que não se justifica. E aí a segurança jurídica, por todos os

RE 638115 / CE

títulos, impõe-se.

19/03/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115 CEARÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não há a menor dúvida de que será resguardado, implicitamente, o primado do Judiciário. Aqueles que se mostraram beneficiários de decisões judiciais preclusas na via da recorribilidade terão, de acordo com os parâmetros do título judicial, os direitos observados, mas indago: e os demais? Como fica o tratamento igualitário, no que certos servidores, os do Supremo, não foram beneficiados administrativamente? Não o serão, porque simplesmente o Supremo resolveu cumprir administrativamente o arcabouço normativo, enquanto os demais, dos Tribunais do País, terão as situações respaldadas? É um problema seríssimo.

Sou contra, todos sabem, a modulação das decisões judiciais, em especial, em processo subjetivo, em que há conflito de interesse definido, e não posso dizer simplesmente que o recorrente, que vislumbra o direito reconhecido pelo Supremo, ganha, mas não leva.

No caso, não há, nem sequer, discussão sobre inconstitucionalidade de ato normativo, quando se poderia cogitar de um direito posto, muito embora conflitante com a Constituição Federal.

O caso não é de molde a caminhar-se para o temperamento da decisão. Entendo que não se deve abandonar os muros subjetivos do processo, e como que transformá-lo em objetivo, para resguardar, sem a audição sequer das partes, situações que foram constituídas à margem da legislação de regência.

Por isso, peço vênia ao Relator mas compreendendo a colocação de Sua Excelência, e, por incrível que pareça, o Tribunal de Contas da União chegou a editar verbete de súmula, não o cancelando até aqui, revelando que, em se tratando de recebimento de boa-fé, não há a devolução e, de bem-intencionados, o Brasil está cheio – para não modular a decisão do Plenário.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.115

PROCED. : CEARÁ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S) : FRANCISCO RICARDO LOPES MATIAS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL (ASSERTSE)

ADV.(A/S) : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO
FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (SINDILEGIS/DF)

ADV.(A/S) : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DAS JUSTIÇAS FEDERAIS NO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO (SISEJUFE/RJ) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RUDI MEIRA CASSEL

INTDO.(A/S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO
FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (FENAJUFE)

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL (SINDIJUS/DF)

ADV.(A/S) : JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA FUNDAÇÃO COORDENAÇÃO DE
APERFEIÇOAMENTO DE ENSINO SUPERIOR (ASCAPES)

ADV.(A/S) : ESTEFÂNIA VIVEIROS E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SINPOJUFES)

ADV.(A/S) : LISE MOREIRA CARNEIRO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO
FEDERAL DOS ESTADOS DO PARÁ E AMAPÁ - SINDJUF - PA/AP

ADV.(A/S) : RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO
FEDERAL - CONDSEF

ADV.(A/S) : JOSÉ LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES FEDERAIS DA
EDUCAÇÃO BÁSICA E PROFISSIONAL - SINASEFE

ADV.(A/S) : JOSE LUIS WAGNER E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO DOS AUDITORES FEDERAIS DE CONTROLE EXTERNO -
AUDITAR

ADV.(A/S) : JULIANO COSTA COUTO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO
FEDERAL DE SANTA CATARINA - SINTRAJUSC

ADV.(A/S) : PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, pela União,
do Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União;

pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDIJUS/DF, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence, OAB/DF 578; pelo Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de Contas da União - SINDILEGIS/DF, o Dr. Ibaneis Rocha Barros Junior, OAB/DF 11.555, e pelo Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro - SISEJUFE/RJ, o Dr. Rudi Meira Cassel, OAB/DF 22256, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.03.2015.

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.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário