## *DESEMBARGADOR — VENCIMENTOS — EQUIPARAÇÃO*

*— O aumento concedido a Secretários de Estado, sob a simulação de verba para "diligências administrativas", deve repercutir nos vencimentos dos magistrados.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Desembargador Frederico Roberto de Azevedo Marques e outros *versus* Fazenda do Estado de São Paulo

Apelação cível n.º 90.447 — Relator: Sr. Desembargador EULER BUENO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 90.447, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo apelantes e recìprocamente apelados o Desembargador Frederico Roberto de Azevedo Marques e outros e a Fazenda do Estado: Acordam, em Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, negar provimento, sem qualquer divergência, ao agravo no auto do processo, e, já por maioria de votos, acolher, parcialmente, a apelação dos autores, para os fins adiante especificados, prejudicados os demais recursos.

Custas na forma da lei.

O 3.º Juiz, vencido em parte, acolhia o apêlo dos autores em maior extensão, para arredar por completo a eiva prescricional.

Ajuizaram os magistrados autores esta ação ordinária, para cobrar, à Fazenda do Estado, as diferenças de vencimentos destinados à composição dos níveis estabelecidos no art. 124, n.º VI da Constituição federal, com a averbação dos respectivos títulos. Sustentam que, a partir de 1948 e até 1954, inclusive, perceberam os Secretários de Estado, sob a rubrica "diligências administrativas", uma verba dissimuladora de aumento da quota própria para "representação", imaginando os idealizadores da burla evitar, assim, a repercussão constitucional nos vencimentos da magistratura. Pediram mais, os autores, juros moratórios e honorários de advogado. Contestou a Fazenda, opondo quatro preliminares de impraticabilidade de litisconsórcio, de ilegitimidade de parte, de inépcia da inicial e de prescrição e aduzindo, no mérito, que as verbas para "diligências administrativas", consignadas, nos orçamentos, a "materiais e serviços — despesas gerais", longe estiveram — como o reconheceu o egrégio Tribunal de Contas — de constituir proventos dos Secretários, incompatíveis que são, pela sua natureza, com as rubricas pessoais de vencimentos, pensões, gratificações, diárias, representação, etc.

Impugnadas as preliminares, prolatou-se o despacho saneador (fls.), que as repeliu, com ressalva da última, de prescrição, relegada para a sentença final. Agravou a Fazenda, no auto do processo (fls.).

Requisitaram-se elementos de instrução ao egrégio Tribunal de Contas e a diversas repartições do Estado; juntaram-se numerosos documentos e a Secretaria desta Côrte ofereceu as informações de fls.

Debatida a causa, sentenciou afinal o Juiz, julgando a ação procedente em parte, para condenar a Fazenda a pagar aos autores as diferenças mensais que se apurarem na fase executória, a partir de 1951 — consideradas, que foram, prescritas as anteriores — até 25 de janeiro de 1957 (data da Lei n.º 3.721, que elevou os vencimentos dos servidores estaduais), acrescendo juros da mora a partir do trânsito em julgado da decisão de acolhimento da deman-

da, 10% para honorários e custas proporcionais.

Recorreu o Magistrado de ofício. Apelaram os litigantes; os autores, visando a arredar totalmente a prescrição e a aumentar para 20% a verba advocatícia; a ré, com o escopo de obter a rejeição ampla da demanda.

Recebidas nos efeitos regulares, foram as apelações contra-arrazoadas, fazendo-se o preparo, nesta instância, ao quarto dia.

Agravo no auto do processo: O litisconsórcio em que se reuniram os autores — facultativo impróprio — foi impugnado pela Fazenda, sem indicação de prejuízo, qualquer que seja; admitiu-se o saneador. Em verdade, nenhum inconveniente houve, senão vantagens óbvias para os litigantes e para a Justiça, com a economia processual. Em caso mais grave — de falta, na sentença, de verba condenatória ou absolutória relativa a litisconsorte necessário e convocado — deixou o Pretório Excelso de decretar a nulidade, por inexistir prejuízo (*Revista Forense*, vol. 169-164); êste mesmo Tribunal, a seu turno, em casos qual o de que se trata, valorizou o *pas de nullité sans grief* imanente nos arts. 273, 274, 275, 276, 278 e 279 do Código Processual, aceitando, malgrado a impugnação, o litisconsórcio meramente viável, mas consumado (*Revista dos Tribunais*, vols. 160-202 e 265-432).

A legitimidade de parte, deduzida da ausência de prova liminar da qualidade de magistrados, dos autores, foi bem repelida no saneador. A prova podia vir depois da inicial, se alguma necessidade se desenhasse como consectário de eventual impugnação, na contrariedade; todavia, os fatos notórios, no Fôro, a que se reduz a condição de magistrados, dos autores, independeriam de prova (Código de Processo, art. 211). Mas aí está, a fls., a informação pormenorizada da Secretaria, que compromete qualquer progresso da objeção em exame.

A inépcia da inicial, circunscrita às pretensões, *verbis*, dos "doutos membros do Ministério Público" (fls.), não passa de lapso do ilustre representante da Fazenda; é que nenhum membro do Ministério Público se inscreveu entre os autores.

É expressiva, ainda, a circunstância de não haver a Fazenda, em sua apelação, feito a menor referência ao agravo no auto do processo, ou às preliminares de que se ocupou.

Fica, pois, desprovido dito agravo.

O instituto da prescrição suscitou eruditas considerações do advogado dos autores, nas duas instâncias. Aduz-se em primeiro plano a imprescritibilidade das diferenças cobradas, adstrita à natureza constitucional do mandamento que as assegura, com o alto escopo de abroquelar o próprio Judiciário (Constituição federal, art. 124, n.º VI). Sustenta-se, ainda, a vigência, entre nós, da máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, a tolher, no caso, o desenvolvimento da prescrição contra os autores, impedidos de agir pela fraudulenta dissimulação com que a Fazenda cuidou de esconder, dos Juízes, a vantagem concedida aos Secretários de Estado, sob o disfarce das chamadas "diligências administrativas".

Aquela primeira tese tratou-se com inegável brilho; mas não pode ser aceita, em sua latitude. A prescrição liberatória, verdadeiramente, extingue as ações; só por via de conseqüência, fere outros direitos sujetivos. Ora, as ações contra a Fazenda, para tutela de direitos patrimoniais, como a de que se trata, embora assentadas em preceitos de Direito Público, ainda o Constitucional, apenas são imprescritíveis no sentido em que o são também as ações prejudiciais, isto é, quando vivam a remediar para o futuro; estão, contudo, sujeitas à prescrição, quanto aos efeitos pretéritos. É, quanto ao paralelo lembrado, a lição do Professor Carpenter, forte em Planck, em Alfred Jourdan, em Gomez e em outros doutôres de grande aprêço

(cf. *Manual*, Paulo de Lacerda, vol. IV, págs. 73 e 198-200).

Ao contrário do que pareceu aos apelantes, em nada se comprometem as garantias do Poder Judiciário, se um magistrado deixa fenecer as ações para haver remotas diferenças de vencimentos, pelas quais se desinteressou, se a todos se asseguram, permanentemente, pelas ações oportunas, os efeitos patrimoniais da atuação plena da lei, no presente e para o futuro, abrangendo-se ainda, no passado, o lapso delimitado pela prescrição.

As ações para cobrança de diferenças de vencimentos dos magistrados, implantadas, embora, na Constituição federal, fulminam-se, como as demais, pela prescrição, consoante já decidiu êste mesmo Colégio, na disputa ajuizada pelo saudoso Desembargador Diógenes Pereira do Vale, contra a Fazenda estadual, trazida à colação pelos próprios apelantes (*Revista dos Tribunais*, vol. 168-299).

A tese seguinte, da vigência da máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, é o bordão em que se afirmam os autores para sustentar que o curso prescricional não se desatou, no caso, enquanto ignoraram o seu direito; estêve êste, durante alguns anos — dizem — oculto, pela dissimulação concebida com o rótulo mendaz das "diligências administrativas".

A máxima tradicional, deduzida pelos intérpretes de alguns textos do Direito Romano (sobrelevando o do Código, Livro VII, título XL, fr. 1, § 2.º, *in fine*; cf. Pugliese, *Della Prescrizione Estintiva*, 1892, pág. 141), é alvo de calorosos debates, sobretudo entre os tratadistas estrangeiros, assim no que diz com a sua própria admissibilidade contemporânea, como com a sua extensão. Laurent (*Principes*, XXXII, ns. 37 e segs.), Huc (*Comentaire*, XIV, n.º 415), Baudry e Tissier (*De la Prescription*, ns. 368 e 369), Marcadé ( *De la Prescription*, com art. 2.251, I, 187), Chironi (*Questioni di Diritto Civile*, 1, VII, ref. por Pugliese, op. cit., nota 2, à pág. 135), Fadda e Bensa (*Pandette di Windscheid*, nota 3, ao § 109), Mirabelli (*Della Prescrizione*, 1893, pág. 96), e outros, contra ela desferem os mais terminantes assédios. Pugliese, preponderantemente referido pelos autores, acolhe-a sem hesitações, em face do Direito positivo italiano do seu tempo; contra o impossibilitado de agir — diz — não corre a prescrição, pois não pode êle tachar-se de inerte, em sentido jurídico, faltando, por isso, um dos elementos conceituais do instituto (op. cit., ns. 77 e segs.). Mas é moderado, tanto que recusa a incidência da regra ao caso de ignorância do próprio direito (*Prescrizione Acquisitiva*, 1189, n.º 203). Pela aplicabilidade da máxima, em variável extensão, manifestam-se Troplong (*De la Prescription*, n.º 727), Merlin (*Repertoire*, verb. *Prescription*, secção I, § 7.º, art. II, ns. 10 e segs.; cf. Giorgi, *Obbligazioni*, 1911, VIII, nota à pág. 295), Aubry e Rau (*Cours de Droit Civil*, II, § 214), Zachariae, por Massé e Vergé (*Le Droit Civil Français*, § 848), Duranton (*Cours de Droit Civil*, XXI, n.º 286), Guillouard (*Traité de la Prescription*, vol. I, ns. 165 e segs.; cf. Fuzier-Herman, *Code Civil Annoté*, 1949, vol. VII-970, n.º 11), Colin e Capitant (*Cours Elémentaire*, vol. I-898), Planiol e Rippert (*Traité Pratique*, vols. III, n.º 736 e VII, n.º 1.379), Bonifaccy (*De la Règle: Contra Non Valentem...*), Carbonnier (*La Règle Contra Non Valentem..., in Rev. Crit. de Lég. et Jurispr.*, 1937-155), Giorgi (*Obbligazioni*, vol. VIII, n.º 245), e outros.

O nosso Carvalho Santos aceita a *praescriptio dormiens*, ante a impossibilidade absoluta de agir, doutrina compatível, segundo apregoa, com o nosso Direito, por motivos que deixa de aduzir, tão plausíveis lhe parecem (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III-405 e 415).

O mesmo resultado já se advogou por Clóvis, ao encarar os efeitos de simulação em face dos terceiros prejudicados: se o exercício da ação depende

do conhecimento do vício, pelo terceiro, forçoso é — diz êle — "que o prazo prescricional sòmente comece a correr do momento em que pode atribuir-se ao prejudicado negligência na defesa do seu direito", ou seja, "do dia em que o prejudicado tiver conhecimento da simulação contra êle engendrada" (Parecer *in Revista Judiciária*, São Paulo, vol. 1-50).

O voto vencido do saudoso e notável Costa Manso, no caso do fuzilamento do Cap. Luís Inácio Domingues, participante da Revolta da Armada, em 1893, sustentou que, enquanto a sua viúva e os seus herdeiros não tiveram seguro conhecimento do crime praticado por ordem do Cel. Moreira César, contra êles não correu a prescrição; fundava-se nas disposições coetâneas da legislação da Fazenda, principalmente no art. 7.º, n.º 2, do Decreto n.º 857, de 1851, semelhante ao art. 4.º do hoje vigente Decreto n.º 20.910-32, que suspende a prescrição durante a demora do órgão administrativo no estudo, reconhecimento ou pagamento da dívida. Acrescentava que quaisquer causas impedientes do exercício do direito se comportavam no Regimento da Fazenda, capítulo 209, como era dedutível, a seu ver, do art. 877, § 1.º, da *Consolidação das Leis Civis*, de Teixeira de Freitas. Mas o voto do grande Ministro não logrou prevalecer, apesar da arrebatadora eqüidade que o inspirou. Estabeleceu o Supremo Tribunal que o prazo da prescrição corre da data do ato ou fato lesivo, do delito ou quase-delito, momento no qual desponta a possibilidade jurídica da ação, sôbre a qual repousa a teoria vitoriosa da *actio nata* (*Revista de Direito*, vol. 115-190).

Carpenter exclui a máxima do *non valens*, opinando pelo entendimento taxativo dos casos de suspensão obrigados nos arts. 168 e 171 do Código Civil (*Manual*, P. Lacerda, vol. IV-242). Mostra pendores, contudo, por uma das conseqüências extremas do aforismo, quando observa que, nos casos de êrro e dolo, a prescrição só se "deveria" contar a partir do descobrimento do vício (op. cit., pág. 526); e vai, mesmo, além, admitindo implícita e contraditòriamente, como causas suspensivas compatíveis com a *lex lata*, os obstáculos judiciais e legais (op. cit., págs. 267-268), que, todavia, não envolvem a ignorância do direito, nem o fato do devedor.

Pontes de Miranda é terminante, entendendo que as causas de suspensão, ou interrupção, constituem problemas de técnica legislativa; jamais de interpretação (*Tratado de Direito Privado*, vol. VI, § 676).

Êste mesmo Tribunal já decidiu que a prescrição se conta a partir do ato simulado, ainda contra terceiros que o ignorem, por fôrça do que está expresso no art. 178, § 9.º, n.º V, *b*, do Código Civil (*Revista dos Tribunais*, vols. 256-144 e 264-217).

E assim deve ser, pena de se reeditar, por demasiado elastério da hermenêutica, um virtual eclipse da prescrição, a pretexto da ignorância, da ausência, da fraqueza do sexo, da imaturidade intelectual, da pobreza, da insolvência, da guerra, da peste, etc., para não mencionar senão as evasivas que enumerou o já lembrado Mirabelli (op. cit., pág. 95).

*Legem habemus*: está aí a enumeração objetiva dos casos em que a prescrição não corre, nos arts. 168 e 171 do Código Civil; aí está, outrossim, o art. 178, § 9.º, n.º V, *b*, do mesmo diploma, a mandar que, ainda nos casos de êrro, dolo, simulação ou fraude, seja o lapso contado a partir do evento.

Se justa parecer a mudança do critério, nesses casos de êrro, dolo, simulação ou fraude, modifique-se a lei, *v. g.*, pelo paradigma italiano, que já no Código de 1865 (art. 1.300), e, com mais desenvoltura, no de 1942 (arts. 1.442 e 2.941, n.º 8), apregoou a suspensão, até o descobrimento do vício. À nossa jurisprudência não é lícito derrogar a lei.

Se, de um lado, contràriamente ao que sustentam os autores, as diferen-

ças mensais pleiteadas são prescritíveis, e se, ainda, a argüida *praescriptio dormiens* não cabe em nossa lei, de outro lado, contudo, muitos dos referidos autores se beneficiaram com as interrupções que promoveram, mediante os protestos de fls.

Com efeito, a interrupção, da prescrição, contra a Fazenda Pública, só é possível uma vez e pela metade do prazo, por fôrça do que se determina nos Decretos federais ns. 20.910-32 e 4.597-42. O absurdo contrário ao Direito, consistente na redução do prazo prescricional, em detrimento do credor diligente, que se movimenta na primeira metade do qüinqüênio, foi logo marcado pelo intérprete; mas demorou a vencer-se. No ano de 1947, *v. g.*, publicava a *Revista Forense*, (vol. 113-542) um comentário de Ângelo Amorim Filho, ainda perplexo, defendendo a solução inexpressiva da inocuidade de tudo quanto se faça para interromper a prescrição contra a Fazenda, nos primeiros trinta meses. Tal conclusão, por exótica e singular invalidade, estranha à lei, é inaceitável. À interrupção regularmente provocada devem corresponder efeitos. Que a prescrição recomece a correr à data do ato que a interrompeu, é lógico, como regra geral, a valer sempre que o credor pode, antes da consumação, inutilizar o lapso passado, ilimitadas vêzes.

Mas, se a interrupção só se permite uma única vez, contra a Fazenda, e opera, por sua natureza, a benefício do credor, ensejando-lhe mais meio prazo, apenas, fatal é que se entenda, em tal hipótese, complementado com mais metade o prazo original computado por inteiro.

É o equacionamento possível, que empresta resultados positivos e lógicos às leis especiais referidas, salvando-as, em muitos casos, da inanição, ou da incongruência, a que o intérprete está proibido de chegar.

Por tal solução já se tem manifestado o Judiciário (*Revista dos Tribunais*, vols. 249-368, 264-219, 264-464, etc.; cf. também *Revista* cit., vol. 250-197).

Acolhe-se assim, parcialmente, neste ponto, a apelação dos autores, para se prestigiarem os protestos de fls., e se arredar a prescrição das diferenças que se venceram nos sete anos e meio anteriores à propositura da causa (19 de janeiro de 1956, *ut* fls.), quanto aos autores que interromperam a prescrição de 1953, e, ainda, a das diferenças que dizem respeito ao autor que a interrompeu em 1954, nos cinco anos anteriores a essa interrupção.

Quanto à natureza das chamadas "diligências administrativas", já teve esta Câmara ensejo de emitir pronunciamento; na apelação cível n.º 86.313, ajuizada contra a Fazenda pelo Desembargador Herotides da Silva Lima e por muitos outros, confirmou-se, no detalhe, sentença que mandou pagar aos magistrados, por fôrça do art. 124, n.º VI, da Constituição federal, as diferenças que devem acrescer aos seus vencimentos, para que coincidam, em valor, com receita confrontada, dos Secretários de Estado, incluídas aqui as ditas verbas orçamentárias cognominadas de "diligências administrativas".

Com efeito, nem bem purgara o Estado uma anterior tentativa de rompimento da equivalência constitucional, com o Decreto n.º 16.967-47, que mandou pagar aos Juízes o que se vinha pagando aos Secretários a título de "representação", nem bem êsse primeiro dano foi composto e já um segundo despontou nos orçamentos, a partir de 1948, inclusive: o das chamadas "diligências administrativa concebidas com o meridiano e reconhecido escopo de "melhor remunerar os Secretários da Administração pública do Estado", como se proclamou, inclusive e literalmente, pelo egrégio Tribunal de Contas (fls.), onde se reconhecia, de público, que, até 1952, jamais havia surgido naquele Plenário qualquer processo relacionado com as ditas "diligências administrativas", em que se fizesse comprovação da despesa. Foram, todavia,

aceitas as contas, uniformemente, como "despesas de representação", a que tinham direito os Secretários; a êsse título, desfrutaram-se pacìficamente as verbas estudadas (fls.), até que os magistrados, de novo, se movimentaram, judicialmente; a imprensa desferiu comentários e o egrégio Tribunal de Contas, impressionado com os sucessos, reviu o colorido dos seus julgamentos anteriores, passando a conceituar as mesmas diligências em têrmos diversos daqueles que até então prevaleceram nos seus anais. Já não se tratava mais de verbas para representação (cf. primeiro apenso, fls.). Continuou, todavia, o alto órgão fiscal do orçamento a aceitar a despesa mediante comprovantes indiretos e justificações pessoais dos Secretários de Estado (fls.).

O que importa, nesses fatos, é que, até 1952, pelo menos, a verba questionada foi inegável receita dos Secretários, que estiveram oficialmente dispensados de comprovar despesas. Não é preciso examinar a situação subseqüente, pois basta que, durante aquêle período, aos Secretários hajam aproveitado, pessoalmente, como aproveitaram, as verbas consignadas às "diligências administrativas", para que os vencimentos dos magistrados se hajam beneficiado, como realmente se beneficiaram, com a melhoria, firmando-se em novo e melhor gabarito, de que não podiam mais ser alijados, por fôrça da garantia constitucional da irredutibilidade.

Não poderiam ficar deslembrados os pareceres concedidos aos autores por Temístocles Cavalcânti (fls.), Seabra Fagundes (fls.) e Carvalho Santos (fls.), que abordaram a tese central da demanda.

Pelos expostos motivos e, ainda, por aquêles que detalhadamente constam do acórdão proferido na apelação cível n.º 86.813, confirma-se a sentença recorrida, na parte em que julgou devidas as diferenças, mandadas apurar na execução do julgado.

A verba advocatícia é devida; está fixada pelo Dr. Juiz *a quo* em 10% o valor de Cr$ 5.000.000,00 atribuído à causa.

Na demanda anterior, foi a honorária concedida à razão de 10% sôbre o resultado da liquidação, o que é mais afinado com a realidade. O valor dado à causa é arbitrário; a liquidação apura a verdadeira substância do litígio.

A razão de 10% é oportuna, considerados, de um lado, o vulto da condenação, que se multiplicou pelo litisconsórcio, e, de outro, a natureza do trabalho profissional, brilhante e alentado, assim como o tempo necessário ao desenvolvimento da causa, a que acrescerão, ainda, as delongas com a forma especial de execução contra a Fazenda Pública, etc.

É atendível, pois, em parte, a pretensão dos autores à melhor definição da verba advocatícia, que pode e deve calcular-se à mesma taxa proposta pelo julgador *a quo*, mas sôbre o valor que, a final, se apurar para a condenação.

A apelação dos autores é provida, enfim, como se esclareceu, para limitar-se a prescrição para que os honorários se computem sôbre o valor que, a final, venha a ser apurada. Confirma-se, no mais, a bem elaborada sentença de primeira instância.

São Paulo, 26 de dezembro de 1958. — *Euler Bueno*, Presidente e Relator. — *Coelho de Paula* — *Samuel Francisco Mourão*, vencido, em parte. Só estive de acôrdo com a ilustrada maioria, na parte que fixou os honorários de advogado em 10% e calculados sôbre o valor da condenação que, a final, se apurar.

Quanto ao mais, acolhi, integralmente, a apelação dos autores, pelos magníficos fundamentos expendidos a fls. (2.º vol.), aos quais nada mais é necessário acrescentar, tão sólidos e jurídicos são.

Dei, assim, provimento parcial ao referido recurso, prejudicados o oficial e o da Fazenda.