DESEMBARGADOR — SECRETÁRIO DE ESTADO — EQUIPARAÇÃO DE VANTAGENS — PRESCRIÇÃO

— Não prescreve o direito dos desembargadores de perceberem quantias iguais às pagas aos Secretários de Estado.

— Interpretação do art. 124, nº VI, da Constituição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Justino Maria Pinheiro e outros *versus* Estado de São Paulo

Apelação Civel n.º 92.721 — Relator: Sr. Desembargador

O. A. BANDEIRA MELLO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação civel n.º 92.721, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo "ex officio", sendo apelantes e reciprocamente apelados Justino Maria Pinheiro e outros e a Fazenda do Estado: Acordam em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado adotado o relatório de fls., como parte integrante dêste, por votação unânime, negar provimento ao agravo no auto do processo, dar provimento em parte ao recurso dos autores, por maioria de votos e negar provimento ao recurso da ré, por unanimidade de votos.

Nega-se provimento ao agravo no auto do processo. O litisconsórcio ativo se justifica, ante a estreita conexão de causa,

que liga a pretensão dos autores. Realmente, o fundamento do pedido é o mesmo e único, comum a todos e equivalentes às qualidades com que se apresentam, embora os efeitos almejados assumam caráter individual. Por outro, a ré é uma só e responde juridicamente perante os autores pelo mesmo fato. Afinal nenhum prejuízo traz para qualquer das partes antes dêle se beneficiam como o próprio procedimento processual, por respeitado o princípio de economia das operações. A pretendida carência da ação de certos autores não tem sentido, ante a semelhança de situação dos seus direitos. Aliás, obrigá-los a aguardar a decisão da causa a favor dos magistrados para poderem ajuizar idêntica como membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas seria sujeitá-los ao risco da prescrição, que corre a favor da Fazenda do Estado, face ao art. 1.º do decreto-lei federal n.º 20.910/32, e se interrompe uma só vez, correspondendo o nôvo prazo à metade do primeiro.

Quanto ao recurso dos autores, dá-se provimento em parte, por maioria de votos embora em extensão diversa. Assim, quanto à questão da prescrição, o Des. Relator a provia para ter como não comprovada uma vez aceitou a aplicação do brocardo latino: "contra non valentem agere non currit praescriptio" enquanto o Des. Revisor a provia, de modo diferente, porquanto rejeita o argumento supra, mas afirmava o prazo de sete anos e meio do fato para a existência de qualquer prescrição a favor da Fazenda Pública. Isso porque entende interrompida a prescrição o nôvo prazo, pela metade, só começa a correr depois de decorridos os primeiros cinco anos, ainda na hipótese da interrupção se fazer antes de esgotado o qüinqüênio, ao contrário do sustentado pelo 3.º Juiz, que, por isso, mantinha mesmo nesse ponto a sentença.

O direito dos magistrados de receber vencimento igual à quantia percebida a qualquer título pelos Secretários de Estado ante a sua própria natureza, é, realmente, insuscetível de prescrição. Constitui situação jurídica estabelecida no interêsse da independência do Poder Judiciário imprescindível para cumprimento da sua alta missão de dizer o Direito, constituindo garantia do Direito Público pátrio, ao exercício de uma das funções estatais. Prerrogativa irrenunciável mesmo. Contudo com ela se não confunde a retribuição mensal recebida, como contraprestação do serviço, de caráter alimentar, que envolve um direito de cada magistrado, e corresponde a uma conseqüência daquela situação. Esta é prescritível, nos têrmos do art. 1.º do decreto-lei federal n.º 20.910/32. Deixando o magistrado de perceber o vencimento ou qualquer acréscimo a êle, que de direito lhe cabe, durante certo lapso de tempo, indiferente a êsse seu patrimônio, êle pode, como direito de crédito contra a Fazenda Pública, se prescrever. Nem por isso, fica o princípio de irredutibilidade dos vencimentos sacrificado. Tal garantia continua a viger, apesar da prescrição de parcelas mensais, por inação voluntária e individual de quem devia auferir íntegro o seu vencimento, e permitiu deixasse ocorrer o prazo necessário para tal circunstância produzir aquêle efeito de Direito. Aliás, a regalia da irredutibilidade é de instituição e não dos magistrados. A inércia acarretando a prescrição, não alcança aquela situação, mas o seu direito pessoal, concreto, específico de certo vencimento ou acréscimo a êle. Contudo, no caso inexistiu inércia voluntária. Houve uma burla, segundo se alega, engendrada pelos poderes políticos do Estado, através dos órgãos que exerciam as funções executivas e legislativas estatais, em detrimento de outro poder, do órgão a quem cabe função de igual relevância, na realização dos fins do Estado, desrespeitando garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos e da sua paridade proporcional com os dos Secretários do Govêrno. O direito à diferença de vencimentos, como ocorre com qualquer direito de crédito, sem dúvida começa a prescrever, o que se dá pela decorrência do prazo legal, no momento em que a obrigação se torna exigível. Assim, desde que foram pagas aos Secretários de Estado, a qualquer título, importâncias que perfaziam um total superior ao vencimento dos desembargadores, a êstes assistia o direito de exigir a diferença do percebido a mais por aquêles, relativamente a êste quantum mensal. De então, em princípio, começou a correr, outrossim o prazo prescricional para exercer a ação competente em resguardo do seu direito. Todavia, podem existir situações subjetivas em que se encontram as partes ou fatos objetivos, independentes da sua vontade, que impedem o exercício da ação para exigir a satisfação do seu direito. Disse, então, que não corre o prazo para a

verificação da prescrição, face a essas situações e tais fatos, especialissimos, que a suspendem, seja no seu início, seja no seu curso. As situações subjetivas são as taxativamente enumeradas em lei, insuscetíveis de extensão por analogia. Já os fatos, objetivos são os obstáculos opostos ao exercício do direito de ação impossibilitando-a, reconhecidos com tal alcance pela doutrina ou apreciados pelos tribunais, face aos casos concretos. Assim, a dificuldade de exercer o direito não envolve óbice à prescrição mas a fôrça-maior, que o impeça de agir, já tem dito caráter. Igualmente, a ignorância ou êrro do direito pelo credor não entrava a fluência do prazo prescricional, mas se fruto de dolo do devedor, que procedeu com simulação ou fraude, em ato a que tenha sido estranho, já a questão muda de aspecto, pois se não compreende tire proveito da própria torpeza o seu idealizador e executor. Alegam os eminentes Desembargador-Relator e 3.º Juiz, que tal se poderia admitir se inexistisse o art. 178, § 9.º, n.º V, do Código Civil que assim preceitua:

"Art. 178 Prescreve:

"§ 9.º Em quatro anos:

"V — A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado êste: b) no de êrro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato."

Acontece, como deflui expressamente dos seus têrmos, trata-se de dolo, simulação ou fraude resultante de ato convencional, a ser argüido entre as partes que participarem do acôrdo de vontades, suscetível de "anular ou rescindir os contratos", para usar a linguagem legal. Não alcança, portanto, os atos unilaterais e muito menos os atos unilaterais de Direito Público, por reger hipóteses de ajustes de Direito Privado.

Na verdade, a matéria de prescrição com referência à Fazenda Pública se sujeita a regras especiais, previstas pelo Código Civil e por leis extravagantes. Assim, de modo explícito, no art. 178, § 10, n.º VI, se dispôs:

§ 10. Em cinco anos:

"VI — As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim tôda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação."

Posteriormente se promulgaram a lei n.º 5.761, de 25 de janeiro de 1930, e o decreto-lei n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Já os créditos da Fazenda contra terceiros, ante o silêncio do Código Civil, se sujeitam aos prazos do art. 177 do Código Civil, salvo as dívidas não excedentes de Cr$ 500,00, que se prescrevem em dez anos, ante o art. 19 da lei n.º 3.396, de 24 de dezembro de 1888. Demais, a prescrição a favor da Fazenda Pública pode ser sobrestada por fato de repartição competente, como se verifica do art. 4.º do decreto federal n.º 20.910/32, e do art. 7.º, n.º 2 do decreto federal n.º 857/51. Por êsses textos não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de examiná-la e apurá-la. Se êsse fato de processamento dos processos, normal na vida administrativa, constitui motivo de suspensão do curso da prescrição, com maior razão ter-se-á de considerar qualquer ato doloso, feito com simulação ou fraude, a fim de colocar o particular em ignorância ou êrro do seu direito, consistindo em fato impeditivo por parte da administração do exercício da ação pelo particular para exigência do seu direito. De acolher-se, portanto, a máxima jurídica, de sentido moralizador: "contra non valentem agere non currit praescriptio", sob pena de admitir-se o enriquecimento ilícito da Fazenda Pública, com o empobrecimento do particular. Não cabe cogitar de indolência do credor face ao decurso de certo tempo, quando há fato impeditivo de sua atuação. Se se verifica, destarte, impossibilidade de ação por causa estranha, como fato natural irremovível ou por desconhecimento de seu direito, ou melhor, uma vez se não encontra em condições de exigir o seu direito violado, porque isso se fêz sub-reptìciamente por simulação ou fraude ou prazo da prescrição se suspende, deixa de correr. Por isso, os comentadores do Código Civil, e com êles a jurisprudência, têm admitido, não só o obstáculo administrativo, como o judicial ou legal, como fatos que suspendem a prescrição. Dessa maneira, se pronunciam Carpenter (cf. "Manual do Código Civil", vol. IV, pág. 267, n.º 106, ano 1919) e Carvalho Santos ("Código

Civil Brasileiro Interpretado", vol. III, págs. 405, n.º 1, e 411, n.º 5, 4.ª ed., ano 1953), e os tribunais (cf. Vercingetorix de Castro Garms, "Repertório de Jurisprudência do Código Civil", parte geral, vol. II, pág. 672, ano 1952). A respeito ouça-se Serpa Lopes: "Outra causa impeditiva da prescrição, não mencionada na lei, mas reconhecida sem contestação, é a decorrente da regra: "contra non valentem agere non currit praescriptio". As objeções feitas a êsse apotegma consistem na circunstância de não ter sido êle contemplado no elenco das causas suspensivas ou impeditivas da prescrição. Todavia, o argumento não procede, sobretudo se considerarmos que a supracitada regra é de caráter objetivo e não subjetivo, isto é, tem por função prover uma situação de fato, de natureza externa, e não uma situação condizente com a própria pessoa beneficiária do privilégio" (cf. "Curso de Direito Civil", vol. I, págs. 398/399, ano 1953). Provindo o desconhecimento dos autores, quanto ao seu direito, de dissimulação fraudulenta da Fazenda do Estado, contra êles e a favor de quem arquitetou a fraude não pode ocorrer prescrição até o momento em que ficou patente, inequívoca, permitindo a verificação do ludíbrio. Por conseguinte, só dessa data começou ela a ter curso. O ônus da prova do pressuposto dêsse conhecimento cabe à ré, pois os autores têm a seu favor a presunção de não conhecimento anterior da fraude. Poderá ser feito na execução da sentença. Em princípio, é de admitir-se que ocorreu quando tomaram as providências para interromper a prescrição, ato, em princípio, considerado como início do curso da prescrição de cinco anos, e realmente interrompida pela propositura da ação. A fraude aniquilou o princípio constitucional da irredutibilidade, feito mediante dolo, e desrespeito à garantia constitucional de equiparação, através de dissimulação. Não pode ter fôrça de fazer perecer o direito dos beneficiados com essas situações, acobertando uma prescrição sem inércia, por desconhecimento do direito. Daí o provimento em parte do recurso, pois os honorários fixados, de 10% sôbre o valor da ação, cobrem satisfatòriamente, no entender da maioria da Turma Julgadora, o trabalho do ilustre procurador dos autores, não procedendo o pedido para que aquela percentagem se calcule em função do líquido a que venham receber. A percentagem, seja sôbre o valor da causa, seja sôbre êsse líquido é um processo de cálculo do quantum que se entende razoável. Ora, Cr$ 500.000,00 de honorários, na verdade, foi a importância, em última análise, que se pretendeu atribuir ao procurador dos autores, e que ora fica expressamente fixada. E o provimento em parte se dá nos têrmos do voto do Sr. Des. Revisor, que será objeto de declaração de S. Excia., retro-referido nas suas conclusões.

Quanto ao apêlo da ré, nega-se provimento, por unanimidade de votos. Como salientou o MM. Juiz, através da prova constante dos autos, o Executivo engendrou, com a anuência do Legislativo, verba para "diligências administrativas", como subterfúgio, para acrescer os vencimentos dos Secretários de Estado, e evitar, ao mesmo tempo, de aumentar os dos membros da Magistratura, do Tribunal de Contas e do Ministério Público. Aliás, repetindo condenável conduta anterior, pois, com igual objetivo, criara antes a verba de representação. Em ambas as hipóteses se cogitou de pagamento extra, além dos vencimentos, de quantia mensal fixa, despendida pelos Secretários a seu critério, sem obrigação de prestação de contas, nos têrmos regulares, como se procede com as outras verbas. Da primeira vez foi obstado de prosseguir nessa fraude, ante condenação judicial. Descoberta a nova fraude, deixou de consignar essa nova verba no orçamento. Isso não liberta o Estado da obrigação, de não só pagar, por êsse período, a diferença a mais que deixou de ser feita, como considerar, desde então, como nesse montante elevados os vencimentos dos desembargadores e ministros do Tribunal de Contas e na proporção o dos outros interessados. Trata-se de verdadeira sonegação de quantia a que tinham direito a perceber, face aos textos constitucionais, federal e estadual, citados.

A Contadoria Central do Estado, órgão técnico e competente para classificar as verbas do orçamento, ao organizar a catalogação da "despesa" no seu quadro próprio, a partir do exercício de 1948, fêz a seguinte consignação: "409 — Diligências Administrativas — Despesas de natureza reservada, a serem efetuadas sòmente com autorização do Secretário de Estado e prestação de contas, por êste, com comprovantes, ao Governador do Estado". Até certa época os Secretários de Estado recebiam-na sem qualquer prestação de contas do despendido perante o Tribunal de

Contas, passando, posteriormente, entretanto, a prestá-las, porém mediante simples declaração de que haviam gasto a verba em "diligências administrativas". O Tribunal de Contas aprovava os recebimentos feitos pelos titulares das Pastas e lhes dava quitação, reconhecendo que se tratava, embora denominada "Diligências Administrativas" de verba típica de "representação". Verdadeiro simulacro de prestação de contas. Inúmeros são os acórdãos nesse sentido, todos êles firmados por vários Ministros que, por terem sido Secretários de Estado julgavam a questão com pleno conhecimento de causa. Descoberto o disfarce da verba, diante da situação delicada, o Tribunal de Contas, que sempre a entendera como de representação, embora sob denominação diversa, cassou acórdão em que se aprovam tais contas e determinou se exibissem, dentro de trinta dias, comprovantes regulares dessas contas. No entanto, até agora, a ré, não ofereceu, nestes autos, o processo de prestação de contas regular dos aludidos responsáveis e a correspondente quitação do Tribunal de Contas como salientam os autores-apelados.

De outro lado se o Tribunal de Contas tem "competência privativa e exclusiva, normativa e própria" e se é êle soberano... no julgamento das matérias que lhe estão afetas — como assevera a ré-apelante — o Poder Judiciário é absolutamente livre, no plano das definições de direito, no exercício da função jurisdicional. Não se sujeita a qualquer orientação de tribunal administrativo ou órgão do Estado. Assim, se encontra desvinculado, no exercício do seu mister de julgar, dos conceitos de verba, desta ou daquela natureza adotados pelo Tribunal de Contas. Portanto, no exercício da jurisdição que lhe compete, cabe-lhe definir a verba "Diligências Administrativas", a fim de resguardar direitos individuais violados de quem venha solicitar o seu amparo, ante o disposto no art. 141, § 4.º, da Constituição Federal. No exercício dessa prerrogativa, certo não pode invadir atribuição alheia. Por isso, estranho lhe seria, porventura, julgar más, contas julgadas boas pelo Tribunal de Contas, invadindo a esfera de sua competência específica. Apesar de, como salientado, o Tribunal de Contas haver negado à verba "Diligências Administrativas" o caráter de cota suplementar de "Representação", que reconhecera anteriormente, não está o Poder Judiciário vinculado a tal pronunciamento. Em verdade, as decisões do Tribunal de Contas não impedem o Poder Judiciário — no plano de sua competência jurisdicional — de dar alcance diverso ao conteúdo do direito ao que tenha por acaso preconizado.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 22 de maio de 1959 — *O. A. Bandeira de Mello*, presidente e relator — *Afonso André*, vencido quanto à prescrição — *Sylvio Barbosa*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: Votei no sentido de se reconhecer a prescrição das parcelas vencidas há sete anos e meio, em virtude dos protestos de interrupção levados a efeito pelos autores-apelantes.

No meu entender, e assim já me pronunciei anteriormente (apelação n.º 91.084 (*) em causa idêntica, a interrupção da prescrição beneficia o credor, ensejando-lhe mais a metade do prazo estabelecido para esta e que deve ser acrescido ao qüinqüênio, contado por inteiro. Em prol dêsse entendimento são os arestos constantes da "Rev. dos Tribs.", vols. 249/368, 264/219, 264/646, 250/197. Reforça-lhe o valor recente julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, que, à unanimidade, em causa contra a Fazenda Pública, assim decidiu: "o segundo prazo de dois anos e meio, conseqüente à interrupção, se inicia a partir da terminação dos cinco anos; sòmente assim poderão ser encontrados integralmente os dois períodos" (rec. extr. n.º 12.974, de Minas Gerais, relator Ministro Afrânio Costa, "in" "Diário da União", de 11 de março de 1957, pág. 771). Êsse o entendimento que, a meu ver, deve prevalecer na aplicação das leis que regem a matéria, porquanto o que caracteriza a prescrição é exatamente a inércia, e, em havendo a interrupção do prazo, ela não pode ser interpretada contra os que se revelaram atentos, vigilantes e diligentes na defesa de seus direitos. Não é possível, afirma o eminente Relator do aresto acima referido, "transformar-se um meio de conservação de direito em veículo para a sua destruição".

O reconhecimento parcial da prescrição, "data venia" do eminente Relator

(*) "Revista dos Tribunais, vol. 288, pág. 343

dêste feito, não fere o princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, nem é caso da aplicação da máxima "contra non valentem agere non currit praescriptio".

Não compromete as garantias asseguradas ao Poder Judiciário, porque não se recusa aos magistrados, autores na ação, o direito à percepção dos vencimentos em igualdade aos dos Secretários de Estado, na forma pleiteada. Êsse direito, assegurado por um dispositivo constitucional, permanece íntegro. Todavia, como se trata de pagamento mensal, a diferença não paga para estabelecer aquela igualdade, podia ser cobrada mês por mês, à medida do atraso. É a hipótese prevista no art. 3.º do decreto n.º 20.910, que dispõe: "quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto".

Tampouco tem aplicação à espécie o brocardo acima mencionado. Dessa publicação das leis orçamentárias, em que foi consignada a verba "diligências administrativas", portanto, ato público, aos autores era dado o exercício do direito de pleitearem a diferença de vencimentos, que aquela verba lhes sonegara. É do momento em que desponta a possibilidade jurídica da ação que começa a correr o prazo da prescrição ("Rev. de Direito", vol. 115/190), ou como diz Cunha Gonçalves, desde que o "direito podia ser e não foi exercido, por qualquer causa, embora exclusivamente subjetiva" ("Tratado de Direito", vol. III, pág. 716). A alegação de desconhecimento de que aquela verba ocultava uma vantagem aos Secretários, não procede, porque muitos dos autores, senão a totalidade, se acautelaram e promoveram o protesto de interrupção da prescrição, numa demonstração inequívoca de que sabiam o significado daquela verba, o que leva a admitir que sendo público o ato, a ninguém era dado ignorar.

Em relação aos honorários de advogado, fiquei vencido, porque provi o recurso dos autores, para fixar a verba em 10% sôbre o montante da liquidação. Assim votei coerente com meus pronunciamentos anteriores nas apelações ns. 86.813 (*) e n.º 91.084, e não vejo razão para modificar êsse critério.

(*) "Revista dos Tribunais", vol. 282, pág. 265.