DESEMBARGADOR — GARANTIAS DE MAGISTRATURA — DIFERENÇA DE VENCIMENTOS — PRESCRIÇÃO

— Prescrevem as diferenças de vencimentos devidas aos desembargadores, por equiparação aos Secretários de Estado.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Manoel Gomes de Oliveira e outros *versus* Estado de São Paulo
Recurso de revista n.º 91.084 — Relator: Sr. Desembargador J. E. COELHO DE PAULA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista nº 91.084, da comarca de São Paulo, em que são recorrentes Manoel Gomes de Oliveira e outros, sendo recorrida a Fazenda do Estado: Acordam os juízes da seção civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, julgar improcedente a revista, pagas as custas pelos recorrentes.

Versa o caso revista interposta contra o acórdão da Egrégia Sexta Câmara Civil dêste Tribunal, que reconhecera a prescrição parcial de parcelas reclamadas por magistrados, e que haviam sido pagos aos Secretários de Estado, a título de "diligências administrativas" (fls. *Revista dos Tribunais*, vol. 288/343).

Êsse julgado, no dizer dos recorrentes, fôra contrariado, em embargos, pelo Egrégio Terceiro Grupo de Câmaras Civis, que inadmitira, em caso similar, a ocorrência da prescrição (fls., *Revista dos Tribunais*, vol. 289/252).

E, de fato, a divergência existia, entre os julgados, pelo que era de deferir-se a revista, mas só quanto à primeira tese, a dizer, a da prescritibilidade dos vencimentos dos magistrados, não obstante a garantia constitucional de sua irredutibilidade, única contida na inicial do recurso e que, ínsita no julgado recorrido, fôra contrariada pelo divergente.

Isso que bem ressaltara o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, consoante as regras contidas nos arts. 853 e 854, do Código de Processo Civil.

No mérito, porém, era de se julgar improcedente a revista.

A êsse respeito, o julgado reproduzido a fls., reproduzido na *Revista dos Tribunais*, vol. 286/271 bem repelira a tôdas as alegações dos recorrentes.

De fato dúvida não havia, é certo, que o direito dos recorrentes assentava na lei máxima do país (Constituição federal de 1946, art. 124, nº VI), era, indubitàvelmente, de ordem pública e, por isso, inexaurível.

Mas a representação pecuniária dêsse direito era essencialmente individual, pois entrava no patrimônio de cada um dos recorrentes e só por êles, ou seus sucessores, podia ser demandada.

Nessa conformidade, alcançada era pela prescrição, à medida que as diferenças mensais se fôssem tornando exigíveis, como sempre decidira êste tribunal, inclusive em julgados subscritos por alguns dos recorrentes (*Revista dos Tribunais*, vols. 168/299, 174/743, 194/780 e 200/211).

Nem era de ver-se, nisso, violação ao princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados (Constituição federal de 1946, art. 95, nº III).

O princípio continuava intangível; apenas as parcelas não reclamadas, em tempo hábil, se sujeitavam a não mais poder sê-lo, porque, como parte do patrimônio pessoal de cada um, não podiam escapar à regra comum de direito de que *"dormientibus non sucurrit jus"*.

Mesmo porque a prescrição, como observa Mirabelli, repousa no fundamento da necessidade de se consolidar a paz social.

Não pode, por isso, deixar de alcançar, também, as vantagens pecuniárias decorrentes de preceitos constitucionais.

Pois, entra no campo do Direito Público (Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., tomo V, nº 1.059, pág. 242), e atinge, em conseqüência, até os créditos fiscais (Des. Paulo Barbosa de Campos Filho, *Crédito Fiscal*, págs. 29 e segs.).

Nem seria de dizer-se que, a se admitir tal, poderia o legislativo, de parceria com o executivo, fazer lei que, reduzindo excessivamente o lapso prescricional, tornasse ilusória a garantia constitucional aludida.

É que, se isso viesse a acontecer, essa lei entraria, de fato, em choque, não só com êsse preceito da lei máxima, que seria atingido, embora por via oblíqua, e, ainda, com o princípio constitucional da isonomia" (Constituição federal de 1946, art. 141, §1º), por importar tratamento desigual dos membros do Judiciário, frente aos dois outros podêres da República.

Mas dessa crítica não padecia a lei ora em vigor.

São Paulo, 18 de outubro de 1961. — *Edgar de Moura Bittencourt*, presidente. — *J. E. Coelho de Paula*, relator designado. — *J. Guzzo*, vencido. — *Otávio Lacorte*. — *Euler Bueno*. — *José Frederico*, vencido. — *O. A. Bandeira de Melo*. — *Vicente Sabino Júnior*. — *Italo Galli*. — *Luís Corrêa Fragoso*. — *Heli de Quadros*, vencido. — *Marcos Nogueira Garcez*. — *Azevedo Júnior*. — *Cardoso Filho*, vencido. — *Alvaro Martiniano de Azevedo*. — *Medeiros Júnior*. — *José Gonçalves Santana*, vencido. — *Heli Lopes Meireles*. — *Cícero de Toledo Piza*. — *Olavo T. Silveira*, vencido. — *Francis Selwyn Davis*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto. Dissenti, *data venia*, da douta maioria. Propendo para o entendimento que, se uma verba relativa a vencimentos passa, de direito, a integrar os vencimentos do magistrado, não mais poderá ser dêle extraída, a qualquer título, ainda que por fôrça da prescrição, em face ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

As garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos integrantes do Poder Judiciário são normas jurídicas que se classificam como "absolutamente coativas", ou "cogentes". São daquelas leis a cujas prescrições têm que se submeter, indeclinàvelmente, aquêles que intervêm nas relações jurídicas por elas reguladas, *jus quod privatorum pactis mutari non potest*. Regulam as relações a elas sujeitas, de tal modo que não são, em absoluto, campo para determinações divergentes dos interessados, sem permitir, porventura, à vontade individual, qualquer campo de ação. E por excluírem o arbítrio individual, impõem incondicional obediência, não admitindo derrogação nem mesmo em caso de pleno acôrdo dos interessados, ou duma diversa manifestação de sua vontade. Aplicam-se ainda que as pessoas em cujo favor são estabelecidas, venham a não lhes querer a aplicação (Dernburg, *Pandekten*, 5ª ed., vol. I, pág. 59; Keller, *Pandekten*, 2ª ed., vol. I, pág. 16; Ravá, *Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 20; Barassi, *Istituzioni di Diritto Privato*, 2ª ed., pág. 21 etc.).

Nessas condições, ninguém admitiria, por exemplo, que um magistrado, em razão de fortuna pessoal ou por reputar excessivo o *quantum* a ser pago, mensalmente, aos juízes, pelo Estado, viesse a pretender pagamento inferior aos seus vencimentos previstos em lei. Nem, tampouco, viesse a fazer doação, de parte dêsses vencimentos. As regras, constitucionais ou legais, relativas aos vencimentos de magistrados, não objetivam as pessoas dos desembargadores e juízes, mas os órgãos de um dos podêres do Estado, através dos quais cumpre êle a missão monopolizada de distribuir Justiça. Nesse setor, não há admitir gratuidade ou liberalidades. O Estado paga aos magistrados, tão-sòmente, o essencial, ou seja, aquilo que, constitucional

ou legalmente, fôr reputado indispensável para assegurar-lhes a independência, imprescindível ao cumprimento de sua missão estatal. A recusa de um juiz, de parte de seus vencimentos, ou sua posterior doação ao Estado, implicaria, inegàvelmente, em desatenção à vontade jurídica da Nação (expressa pela Constituição ou lei solenemente promulgadas) e constituiria perigoso precedente para a coação indireta de outros integrantes do Poder Judiciário. Demais, tampouco lícito seria ao Estado receber tal recusa ou doação. Em matéria de ordem pública não pode haver transigência, mesmo entre o Estado e o particular. As leis que dizem respeito à moralidade, à estabilidade e à segurança de tôda a sociedade, têm objetivos elevados e estão acima dos interêsses particulares. São leis, repita-se, absolutamente coativas, *quod privatorum pactis mutari non potest.*

Ora, se não é dado aos magistrados, por atos de vontade, descumprir as disposições legais relativas aos respectivos vencimentos, também não será por omissão, por inércia de vontade, que poderão fazê-lo. E a prescrição, segundo Clóvis, nada mais é que "a perda da ação atribuída a um direito, e de tôda a sua capacidade defensiva, em conseqüência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo" (*Código Civil,* comentários ao art. 161); ou, ainda, no ensinamento de Carvalho dos Santos, é a prescrição "um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei" (*Código Civil Interpretado,* vol. III, pág. 371).

Daí a conclusão é irrefragável: se não pode haver transigência por atos positivos, também não poderá havê-la por atos omissivos. Se os juízes não podem renunciar, diretamente, parte de seus vencimentos, também não poderão fazê-lo por via indireta, pelo "modo" consistente na perda da ação.

Por outro lado, admissível fôsse a prescrição, não mais se poderia negar à lei ordinária a possibilidade de derrogar, também indiretamente, o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos. Para tanto, bastaria, por exemplo, prazos mínimos de prescrição para a ação correspondente, ou, pior ainda, prazo exíguo de decadência. Pois essa, como se sabe, não se funda na inércia do titular do direito, mas decorre da própria lei, sem atenção à causa porque o sujeito do direito não agiu no prazo determinado, de forma fatal (cf. Pacchioni, *Elem. di Diritto Civile*, nº 303). Aliás, nada impediria a redução de tal prazo a um decêndio (o menor, entre os estipulados no art. 178, da lei civil), mesmo porque passaria a ser meramente opinativo o mínimo de tempo a ser respeitado pela lei ordinária, pena de inconstitucionalidade.

Acresce que a interpretação literal do texto constitucional nega, também, a possibilidade da ocorrência da prescrição. "A interpretação literal é o primeiro estádio da interpretação. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais" (Francesco Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis,* trad., 2º ed., São Paulo, pág. 34). No caso em debate, a Constituição federal, em seu art. 95, nº III, dispõe claramente que os juízes gozarão da garantia da "irredutibilidade dos vencimentos, sujeitos, todavia, aos impostos gerais". A única exceção, a única ressalva, à irredutibilidade, são, destarte, os "impostos gerais". Excetuados êsses, os vencimentos são "irredutíveis".

Ora, a palavra "irredutível", segundo os léxicos, significa "impossível de ser reduzido"; e o "impossível", evidentemente, não comporta exceções de possibilidade, e muito menos a possibilidade consistente em decurso de tempo, a via indireta da prescrição. Fôsse da vontade do constituinte sujeitar tais venci-

mentos não só a "impostos gerais", mas, também, a prazos prescricionais, tê-lo-ia declarado expressamente. No seu silêncio, não há como aditar hipóteses ao texto constitucional, e menos ainda para diminuir ou enfraquecer a garantia que assegura.

Aliás, ao propósito, cumpre lembrar que foi através da interpretação literal do mesmo dispositivo constitucional que o Supremo Tribunal Federal concluiu, em luminoso aresto, pela não incidência do impôsto de renda (tributo não classificado como "geral"), sôbre os vencimentos dos magistrados.

Cumpre notar, demais, que as garantias da vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos não devem ser apreciadas isoladamente. A segunda está jungida à outra. É, quase, uma redundância. Os textos antigos não as distinguem. Figuram separadas na Lei Magna por uma cautela, para maior segurança dos magistrados. Realmente, se bem pouco representaria um direito vitalício ao cargo de juiz, se os atributos de tal cargo pudessem ser diminuídos ou cerceados. A vitaliciedade, em sentido amplo, abrange o cargo público em sua universalidade, ou seja, em tôdas as atribuições individuais confiadas à pessoa física de seu titular, inclusive no que tange à retribuição financeira.

E a vitaliciedade dos juízes, no dizer de Pedro Lessa (*Poder Judiciário*) é tão necessária como a temporariedade do Executivo e do Legislativo. Uma só será completa se em função da outra. Pondera Pinto Falcão que "a Constituição não se despreocupou com a possível existência de juízes tímidos, medrosos em frente a uma pressão e capazes de ceder ante a ameaça de um incômodo na situação funcional" (*Constituição Anotada,* vol. I, pág. 228); cabe acrescentar que a prescrição de ação correspondente a direitos do cargo, importaria não só em prejuízo dêsses juízes, como, também, de outros magistrados, que, por prudência ou amor à estabilidade das instituições, aguardam melhor oportunidade para a defesa de seus interêsses pessoais.

Realmente, há mil e sutis formas de coação, oriundas do Executivo. Muitas vêzes apresenta-se ela contra pessoas da família do coacto; contra seus bens; contra seus créditos bancários; ou contra seu nome. Daí haver casos (como tem havido), não só de juízes, como de particulares em geral, que aguardam o decurso de certo tempo para pleitear reparação de direitos. Cumpre não olvidar que o Judiciário é poder que não dispõe de espada nem de erário, e que, dificilmente, pode repelir, de público, as injúrias demagógicas acaso assacadas pelos outros podêres. Permitir a prescrição e, mais ainda, possibilitar a coincidência ou a inferioridade de seus prazos em relação aos prazos de rotatividade do Executivo, será uma forma de cercear o Judiciário, de atingi-lo na independência que o preceito constitucional visou a resguardar.

Por último, a prescrição tem certo aspecto odioso. Funda-se no tempo, nesse mesmo tempo que já rouba aos homens sua juventude, saúde, sonhos, vida e memória. E só se justifica, segundo Dernburg, como a defesa do presente em frente ao passado. Daí, lògicamente, para que haja prescrição, seria necessário a ocorrência de um direito que já teve seu têrmo final, um direito já superado, e que, apenas, subsiste temporàriamente em seus efeitos. Mas, quando o passado e o presente consagram o mesmo direito, os mesmos princípios, como indeclináveis, como essenciais à ordem pública, já não será razoável invocar a extinção da ação que os assegura.

Por essa razão Cunha Gonçalves sustenta não ser aplicável a prescrição às faculdades jurídicas nem aos Direitos Públicos. E Pugliese, lembrado em acórdão esplêndido de lavra do Des. Meirelles dos Santos, escreve, com muita propriedade, que "as leis que dizem respeito à ordem, à moralidade, à segurança, às vantagens de todo o corpo social, têm escopo elevado e estão aci-

ma do interêsse privado, e impõe-se aos cidadãos como norma absoluta e impreterível. Não se extinguem, por transcurso de tempo, as obrigações que geram" — Neves Guimarães, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: *Data venia*, julguei procedente a revista.

No caso, duas teses existem, situando-se no campo do Direito Público, não podendo resolver-se com invocação de princípios de Direito Privado. Aliás, quando o Código Civil quis regular matéria de ordem pública, ou assunto de Direito Público, foi específico. Não o sendo, não é êle aplicável, como é óbvio.

Trata-se de saber se prescrevem parcelas de vencimentos dos magistrados. Respondo que não. A matéria é regulada pelo Direito Constitucional, pelo Direito Público, e sòmente a luz do Direito Constitucional é possível deslindar a controvérsia.

Pontes de Miranda ensina: "A prescrição, em princípio, atinge a tôdas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos (*Tratado de Direito Privado*), pág. 126, tomo VI, § 667).

"O ramo do direito em que nasce a pretensão é que lhe marca a prescrição, ou estabelece o prazo preclusivo ao direito" (op. cit., pág. 101, tomo VI).

As duas teses emergentes, e de Direito Público, são: 1º) Prescrevendo a Constituição de 1946 a irredutibilidade de vencimentos dos magistrados, é possível o reconhecimento da prescrição de parcelas? 2º) No campo do Direito Público aplica-se a regra contida no brocardo *"contra non valentem agere non currit præscriptio"*?

Quanto à primeira, é inquestionável que, se a Constituição prescreveu a irredutibilidade de vencimentos, só a Constituição poderia estatuir a prescrição de parcelas. Não o tendo feito, não é lícito ao intérprete invocar princípio de Direito Privado, aplicá-lo ao Direito Público e reconhecer prescrição de parcelas, com invasão do Direito Privado na órbita do Direito Público.

Com efeito, cuida-se de um poder do Estado. É a Magna Carta que regula sua "constituição" e seu "exercício". E o constituinte entendeu de outorgar uma garantia básica, a de irredutibilidade de vencimentos. Logo, devemos situar a matéria no campo da garantia do poder. Tudo que afete tal garantia sòmente a referida Carta Magna poderia reger.

De fato, o constituinte criou uma restrição ao princípio da irredutibilidade de vencimentos ao prescrever, em o art. 95, n. III, da Constituição federal de 1946, que os proventos dos magistrados só ficam sujeitos aos impostos gerais.

Nenhuma outra restrição foi imposta aos magistrados, em seus subsídios. É que, precisando dar aos juízes segurança, tranqüilidade e independência econômica, o constituinte visou estruturar um Poder do Estado, à altura de nossa civilização.

A Constituição era a única que poderia ditar a prescrição de vencimentos de magistrados. Não o fêz. E não o fêz para não ficar contraditória e não criar, embora obliquamente, uma forma de redução de proventos. Se assim é, com mais razão, inconcebível se torna argumentar com princípios de Direito Privado. E, especialmente, princípios que foram elaborados em regime anterior.

O absurdo é patente.

A Constituição é posterior. No tocante a magistrados e a vencimentos, derrogou todos os preceitos até então vigentes, notadamente os de Direito Privado, como sejam os do Código Civil e os do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, êste oriundo de uma época de regime ditatorial, em que o Executivo absorveu o Legislativo.

Em conseqüência, se as diligências administrativas passaram a integrar os vencimentos dos recorrentes, ficaram êstes amparados pelo princípio constitucional da "irredutibilidade de venci-

mentos", não ocorrendo, e não podendo ocorrer, prescrição de parcelas. Caso contrário, será a burla do preceito constitucional.

Themístocles Cavalcanti, comentando o art. 95 da Constituição federal de 1946, anota: "No princípio do artigo há uma limitação — salvas as restrições expressas nesta Constituição — que se refere à natureza da investidura. Há, também, uma advertência, isto é, de que as garantias outorgadas pela Constituição sòmente por ela podem ser retiradas ou reduzidas".

E continua o mestre: "É que o exercício da função jurisdicional reveste-se de tanta responsabilidade, envolve tais encargos, atua sôbre tantos interêsses que sòmente pode ser realizada, amparada pelas maiores garantias, inclusive de ordem econômica".

Sampaio Dória, mestre das Arcadas, comenta: "As garantias da magistratura derivam da independência dos podêres. Ainda que elas não viessem expressas na Constituição, nela estavam implícitas com a adoção do regime presidencial" (*Comentários à Constituição*, vol. 3/419).

Diverso não é o entendimento de Pontes de Miranda, que ao abordar o tema das "restrições constitucionais", portanto, na esfera do Direito Público, proclama; "Sob a Constituição de 1946, tal como sob a de 1934, a irredutibilidade dos vencimentos dos juízes obsta a quaisquer impostos (como obsta a prescrição, dizendo nós), porque, se assim não fôsse, poderiam o Poder Legislativo e o Poder Executivo, de mãos dadas, reduzi-los como entendessem".

E acrescenta: "A vitaliciedade sem irredutibilidade de vencimentos seria garantia falha. Aqui, se tiraria parte do que aí se assegurou: a independência econômica, elemento de relêvo, que muitos reputam a maior, da independência funcional".

Diante dos ensinamentos supra, não posso admitir a prescrição de parcelas de vencimentos dos magistrados, afetando e vulnerando a garantia do Poder Judiciário, aplicando normas de Direito Privado, anteriores à Constituição federal, ademais.

E quanto à segunda tese, também sou de opinião que, na órbita do Direito Público, com muito mais razão, há de aplicar-se a regra: *"contra non valentem agere non currit praescriptio"*.

É curial: Se há um ilícito, se há uma fraude, se há uma dissimulação, com o objetivo deliberado de vulnerar a Constituição federal (art. 124, nº VI), que manda pagar aos desembargadores o mesmo que é pago aos Secretários de Estado, "a qualquer título", não se pode deixar de concluir que a prescrição, a ser admitida, só poderia vingar a partir do momento em que o interessado tivesse conhecimento da violação de seu direito, ou seja, do conhecimento do ato ilícito praticado. Antes, impossível seria qualquer medida judicial a respeito. Seria mesmo carecedor do pedido.

Ocorre, em tais hipóteses, uma condição suspensiva, a ser verificada. Enquanto não verificada, não flui o lapso prescricional.

"Não se concebe o desencadear do lapso prescricional, sem o conhecimento do fato capaz de determinar a inércia que caracteriza a prescrição" — Pontes de Miranda, op. cit.

O venerando acórdão cotejado foi preciso. "Não poderá dizer-se inerte aquêle que está impedido de agir".

É dos mestres a lição: "A prescrição inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato ou a omissão. A pretensão supõe o direito, que é "prius", mas, pode ser posterior a êle, se há dia para o vencimento e para a exigibilidade", Pontes de Miranda, op. cit., vol. 6/114.

É o princípio da "actio nata", aplicado ao Direito Público, também. E os mesmos ensinamentos do Direito Privado podem servir para a dedução dos

fundamentos, aplicados agora ao Direito Público.

Pontes de Miranda, p. ex., reproduz o texto alemão do § 852, 1ª alínea, 1ª parte: "A pretensão à reparação do dano causado por ato ilícito prescreve em 3 anos, a partir do momento em que a pessoa lesada teve conhecimento do dano e da pessoa que o deva reparar".

É o que sucede, na espécie.

Não podiam os magistrados reclamar as diligências administrativas, antes de saber que seus direitos estavam sendo lesados e antes da certeza da violação cometida pelo Estado, através de seu Poder Executivo.

Serpa Lopes cita, de modo igual, os Códigos da Alemanha e da Grécia, e observa: "A prescrição é igualmente suspensa durante o tempo em que o titular, durante o último semestre do prazo da prescrição, ficou impedido, por fraude do devedor, de exercer a reclamação" (*Curso de Direito Civil*, vol. 1/398.)

Explica Washington de Barros Monteiro: "Enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever. É o princípio da *"actio nata"* (*"actione non natae non praescribitur"*). A prescrição há de concernir a um tempo útil para o exercício da ação. Se o credor não pode agir porque penda "condição suspensiva", ainda não verificada, a prescrição não tem curso. Como dizia Bartolo, *"contra non valentem agere non currit praescriptio"* regra a ser aplicada com prudência e reserva, no Conselho de Carbonnier (*Teoria Geral*, pág. 308).

"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 ela contemplada 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, i. é., tem por função prover uma situação de fato, de natureza externa, e não uma situação condizente com a própria pessoa beneficiária do privilégio.

O aforismo *"contra non valentem agere"* é inspirado nos princípios do *casus*, da fôrça maior aplicada à prescrição.

Em primeiro lugar, é necessário tratar-se de um impedimento de tal ordem que tolha, de modo absoluto, a possibilidade de agir; e depois um impedimento independente da vontade do titular do direito; finalmente, um impedimento decorrente de uma causa estranha, impossível de ser afastada ou de se subtrar a seus efeitos. Alguns juristas procuraram limitar a aplicação da regra *"contra non valentem"* aos impedimentos de direito, excluindo-a dos casos de impedimento de fato, mas tal orientação foi seguramente combatida por Laurent, depois com o apoio de Pugliese, que demonstraram, suficientemente, tratar-se de uma distinção puramente arbitrária (Serpa Lopes, op. cit., vol 1, § 124, pág. 399).

Bem mostra Pugliese, *in Pa Prescrizione Estintiva*, Turim. 1924, págs. 67/70, que o melhor critério para determinar os direitos imprescritíveis é o da "disponibilidade", conforme já prescrevera o jurisconsulto romano Paulo, que aproximava a "alienação" do "usucapião". A essência do direito é o "uso" e o "não uso". E, se não há disponibilidade, não se pode falar que a inércia conduza à prescrição. Só prescreve direito exercitável, direito disponível, mas que não foi exercitado.

É bem o caso. O Direito dos magistrados não era exercitável. A fraude e a burla, por parte do Poder Executivo, fizeram com que não tivessem êles conhecimento dos fatos. Objetivamente, ignoravam o que se passava, i.e., que o Executivo estava pagando aos Secretários do Estado muito mais do que aos desembargadores, valendo-se de verbas

apelidadas de "diligências administrativas".

Atualmente, consta que os Secretários ganham muito mais do que os desembargadores. Qual o expediente usado, ainda não é conhecido. Quando conhecido, só então, poderá ser ajuizada nova demanda. E, com isso, não haverá prescrição. É que não há, pròpriamente, inércia, enquanto não houver o pleno conhecimento do "direito exercitável". Foi o que se passou na hipótese dos autos. Por isso, não se pode dar pela prescrição de parcelas que não podiam ser reclamadas, ante a burla e a dissimulação empregadas.

Tais princípios, que devem ser consagrados, também, pelo Direito Público, como ora sustento, foram estudados por Pontes de Miranda, exaustivamente, no direito anterior, no direito canônico, nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, nas decretais de Alexandre III e de Inocêncio III, bem como, assim, e autores de nomeada, como Thibaut, Boden, Melo Freire, Savigny e outros, exigindo-se, sempre, o conhecimento do ato ilícito, para poder iniciar-se o lapso prescricional.

Nestas condições, por mais êsse motivo reconhecendo a fraude e o ato ilícito, com o fito de causarem dano aos desembargadores e aos recorrentes, aplico a regra do *"contra non valentem"* de Bartolo, também no campo do Direito Público, para os fins de sustentar a tese de que não estavam prescritas as parcelas em questão.

Eis as duas razões fundamentais que me levaram a dar pela procedência da revista, adstrito ao Direito Público, quer ao considerar a irredutibilidade de vencimentos, como garantia do Poder Judiciário; quer ao aplicar a regra expressa pelo *"contra non valentem agere non currit praescriptio"*.

Confiram-se, ainda, Laurent, *Principes*, vol. XXXII, ns. 37 e segs.; Marcadé, *De la Prescription*, art. 2.251, vol. I, pág. 187; Chironi, *Questioni di Diritto Civile*, 1, VIII; Huc. *Commentaire*, vol. XIV, nº 415; Baudry et Tissier, *De la Prescription*, ns. 368/9; Fadda e Bensa, *Pandette di Windscheid*, nota 3ª ao § 119; Mirabelli, *Della Prescrizione*, 1893, pág. 96; Pugliese, *Della Prescrizione Extintiva*, pág. 141; Troplong, *De la Prescription*, seção I, § 7º; Giorgi, *Obbligazioni*, 1911, vol. VIII, pág. 395, nota; Guillouard, *Traité de la Prescription*, vol I, ns. 165 e segs.; Bonifaccy, *De la Régle Contra Non Valentem*, Carbonnier, *La Régle Contra Non Valentem*, etc. etc.