FUNCIONÁRIO PÚBLICO — GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO — CÁLCULO

— A Resolução da Assembléia Legislativa, sobre cálculo para gratificação de serviços extraordinários, é ato administrativo sujeito ao controle judicial.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.º) Estado de São Paulo. 2.º) Nelson Colombini e outros *versus* Os mesmos e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo
Recurso Extraordinário n.º 85 512 — SP (Segunda Turma) — Relator: Sr. Ministro MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer de ambos os recursos.

Brasília, 8 de março de 1977. *Djaci Falcão,* Presidente. *Moreira Alves,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: É este o teor do acórdão recorrido (fls. 628-631):

"*Acordam,* em Terceiro Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, rejeitar ambos os embargos contra o voto dos Desembargadores Dimas R. de Almeida, que recebe os embargos da ré, julgando prejudicados os dos autores e, Octávio Roggiero que, ao reverso, recebe os embargos dos autores, tendo por prejudicados os da ré.

Os autores, que são servidores da Augusta Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, intentaram demanda contra esta e mais a Fazenda do Estado, pleiteando a retroação, para além de 1.4.1971, respeitada a prescrição qüinqüenal dos efeitos da Resolução de 25.11.1971, baixada pela Egrégia Mesa do Poder Legislativo Estadual, mercê da qual foi substituído o critério administrativo, então vigente, para o cálculo do valor da gratificação por prestação de serviço extraordinário, retroagindo-lhe os efeitos até aquela primeira data.

Entendem os demandantes que, com o restringir os efeitos da mencionada Resolução à data de 1.4.1971, a Egrégia Mesa

da Augusta Assembléia Legislativa feriu o direito de seus servidores de haverem a retribuição pela prestação do serviço extraordinário, desde a data em que ele foi efetivamente cumprido, sem aquela restrição, respeitada, porém, a prescrição qüinqüenal, ainda que tal serviço tenha sido prestado a órgão diretivos anteriores àquela Mesa, uma vez que, como funcionários do Poder Legislativo, servem sempre a este.

Em primeira instância os autores venceram a demanda, julgando-a procedente a r. sentença, que, assim condenou as rés a lhes pagar a diferença das horas extras efetivamente prestadas, contada da citação à prescrição qüinqüenal, apurando-se o *quantum* em execução, acrescido de juros da mora e verba honorária, que foi fixada em 20% sobre o valor da causa, com restituição de custas.

Acolhendo embargos de declaração o digno Magistrado fez constar da sua decisão, que o lapso prescricional deve ser contado da data do requerimento administrativo de cada um dos autores e não da citação, como por equívoco, constara da parte dispositiva da sentença.

Nesta instância, o v. acórdão recorrido deu provimento parcial à apelação da Assembléia Legislativa, negando-o aos demais recursos, para decretar a nulidade da decisão que acolheu os embargos declaratórios, por entender que estes eram incabíveis, dado que a sentença não continha qualquer omissão, contradição ou obscuridade, que por aqueles pudesse vir a ser sanada; em conseqüência, restabelecida a sentença, tal como proferida, ordenou o v. acórdão que a prescrição qüinqüenal seja contada a partir da citação.

E, enfrentando o ponto central da questão, o v. aresto embargado manteve a sentença, decidindo que, como os autores prestaram serviços além do horário normal de trabalho, fazem jus, nos termos do art. 136, do Estatuto dos Funcionários Públicos, à percepção das horas extraordinárias, inclusive daquelas anteriores à data de 1.4.1971, respeitada a prescrição qüinqüenal, uma vez que é arbitrária a limitação até essa data, imposta pela Resolução de 25.11.1971.

Esta decisão merece prevalecer integralmente, *data venia.*

De efeito, a parte dispositiva da sentença, tal como proferida, não continha obscuridade, omissão ou contradição entre seus termos.

Com suficiente clareza ela dispôs, que a prescrição qüinqüenal deveria ser contada da citação.

Nada havendo, pois, neste particular, a declarar na sentença, face à sua limpidez, fundamento não havia para a decisão subseqüente, que, recebendo os embargos de declaração, alterou, inadequadamente, o dispositivo, para o fim de fixar na data do requerimento administrativo o termo inicial da prescrição qüinqüenal.

Em seu voto discordante o eminente Desembargador Octávio Roggiero rejeitou a argüição de nulidade da sentença que acolheu os embargos de declaração, por entender que o Magistrado nisto se houve com acerto, porquanto, corrigindo a contradição entre a conclusão da sentença e o pedido inicial, acertou o decisório com o *petitum*, eliminando a incongruência entre ambos.

Mas, *data venia* desse respeitável entendimento, a contradição que enseja os embargos de declaração é aquela existente entre os próprios termos da sentença e nunca a que possa existir entre esta "e alguma peça do processo", como adverte Pontes de Miranda, com endosso de J. Frederico Marques (*in Instituições de Direito Processo Civil*, vol. IV, ed. 1960, p. 281).

Quanto ao r. voto vencido do eminente Desembargador Dimas R. de Almeida, que deu pela improcedência da ação, razão

não lhe assiste, *data venia*, quando, depois de qualificar a matéria como sendo da competência interna da Assembléia, reconhece e atribui a esta a iniciativa exclusiva para, modificando anteriores critérios administrativos, limitar no tempo os efeitos retroperantes da revogação.

Conquanto se admita que, no tocante à iniciativa administrativa, a questão em foco seja da exclusiva competência do Poder Legislativo Estadual, não se olvide, entretanto, que a natureza e forma de estipêndio do servidor público é matéria disciplinada em lei, mas precisamente, pelo art. 136, do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Há de reconhecer-se, por conseguinte, que a atividade administrativa da Augusta Assembléia, em tema de retribuição pecuniária de seus servidores, está condicionada pela lei.

Logo, do que esta estabelece não pode divergir a Administração Pública, sob pena de incorrer no grave vício do desvio de poder, que acarreta a invalidade do ato por ela praticado.

Bem por isto, não se justifica que o novo critério para o cálculo do valor do trabalho extraordinário retroaja a 1.4.1971, deixando, destarte, de abranger os períodos extraordinários de serviço, que antecederam essa data.

Afinal, se foi adotado um novo critério de cálculo para remunerar as horas extras de trabalho é porque se entendeu que este é o correto, por estar conforme a lei, devendo, pois, pelo comando desta, aplicar-se sem a limitação de tempo prevista na Resolução respeitada evidentemente, a prescrição qüinqüenal.

Rejeitam-se, portanto, os embargos, para que subsista o v. acórdão recorrido."

Contra essa decisão foram interpostos recursos extraordinários pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, pela Fazenda do Estado de São Paulo e por Nelson Colombini e outros, os quais não foram admitidos pelo despacho à fls. 658 a 664, do qual transcrevo, apenas a fundamentação e a conclusão:

"2. Descabem os recursos.

Os das rés dão como vulnerados os art. 6.º, 10, VII, *c*, e 13, I, da Constituição Federal, sob o fundamento de que a Mesa da A. Assembléia Legislativa, *ao baixar a Resolução de 25.11.1971, revogou todas as demais, porventura existentes, fixando não só um novo critério de cálculo, mas também, sua retroperância*, pelo que em se tratando de *ato próprio da competência da D. Mesa e conseqüentemente inerente ao Poder Legislativo Estadual, lícito não é ao Poder Judiciário, modificar o critério do ato administrativo baixado pela D. Mesa, dilatando a retroação da data base ali prefixada*" (fls. 646).

Obtemperou, porém, com todo o acerto, o aresto atacado:

"Conquanto se admita que, no tocante à iniciativa administrativa, a questão em foco seja da exclusiva competência do Poder Legislativo Estadual, não se olvide, entretanto, que a natureza e forma de estipêndio do servidor público é matéria disciplinada em lei, mais precisamente, pelo art. 136, do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Há de reconhecer-se, por conseguinte, que a atividade administrativa da Augusta Assembléia, em tema de retribuição pecuniária de seus servidores está condicionada pela lei.

Logo, do que esta estabelece não pode divergir a Administração Pública, sob pena de incorrer no grave vício do desvio de poder, que acarreta a invalidade do ato por ela praticado.

Bem por isto, não se justifica que o novo critério para o cálculo do valor do trabalho extraordinário retroaja a 1.4.1971,

deixando, destarte, de abranger os períodos extraordinários de serviço, que antecederam essa data" (fls. 630-631).

Os autores, invocando a Lei n.º 4 597/1942 e verbetes do *Processo Civil à Luz da Jurisprudência* de A. de Paula v. 28, p. 95, n.º 34 272-A e v. 13, p. 243, n.º 19 030, alegam que:

"O v. acórdão, ao fixar a citação inicial como ato para estabelecer o prazo prescricional, simplesmente ignorou a interrupção administrativa pela iniciativa dos recorrentes perante a administração" (fls. 640).

E querem que a verba advocatícia se calcule sobre o que for apurado em execução.

No que respeita à prescrição não foi tal matéria objeto do apelo dos autores (fls. 530-532), tornando-se preclusa.

Quanto a honorários, imprestáveis para confronto as decisões colacionadas, não publicadas na íntegra no referido repertório e, ademais, versando diploma processual revogado.

Pelo vigente legitima-se a honorária estabelecida em face do § 4.º do art. 20, segundo o qual *nas causas... em que...* "for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras *a* e *c* do parágrafo anterior".

Pelo exposto, indefiro todos os recursos" (fls. 661-664).

Agravaram contra esse despacho apenas a Fazenda do Estado e Nelson Colombini e outros. Ambos os agravos foram providos: o da Fazenda do Estado, por mim, o de Nelson Colombini e outros, pelo Sr. Ministro Thompson Flores.

Subidos esses recursos a esta Corte, foram distribuídos a mim pelo critério da prevenção.

A fls. 694-699, assim se manifestou a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Machado da Silva:

"Assim descreve a questão o respeitável despacho do Presidente Gentil do Carmo Pinto (fls. 658-661):

Nelson Colombini e outros, que são servidores da Augusta Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, intentaram demanda contra esta e mais a Fazenda do Estado, pleiteando a retroação, para além de 1.4.1971, respeitada a prescrição qüinqüenal, dos efeitos da Resolução de 25.11.1971, baixada pela Egrégia Mesa do Poder Legislativa Estadual, mercê da qual foi substituído o critério administrativo então vigente, para o cálculo do valor da gratificação por prestação do serviço extraordinário, retroagindo-lhe os efeitos até aquela primeira data.

Entendem os demandantes que, com o restringir os efeitos da mencionada Resolução à data de 1.4.1971, a Egrégia Mesa da Augusta Assembléia Legislativa feriu o direito de seus servidores de haverem a retribuição pela prestação do serviço extraordinário, desde a data em que ele foi efetivamente cumprido, sem aquela restrição, respeitada, porém, a prescrição qüinqüenal, ainda que tal serviço tenha sido prestado a órgãos diretivos antriores àquela Mesa, uma vez que, como funcionários do Poder Legislativo, servem sempre a este.

Em primeira instância os autores venceram a demanda, julgando-a procedente a r. sentença, que, assim, condenou as rés a lhes pagar a diferença das horas extras efetivamente prestadas, contada da citação a prescrição qüinqüenal, apurando-se o *quantum* em execução, acrescido de juros da mora e verba honorária, que foi fixada em 20% sobre o valor da causa, com restrição de custas.

Acolhendo embargos de declaração o digno Magistrado fez constar da sua decisão, que o lapso prescricional deve ser contado da data do requerimento administrativo de cada um dos autores e não da

citação, como por equívoco, constara da parte dispositiva da sentença.

Em apelação, o v. acórdão de fls. 576-578 deu provimento parcial à apelação da Assembléia Legislativa, negando-o aos demais recursos, para decretar a nulidade da decisão que acolheu os embargos declaratórios, por entender que estes eram incabíveis, dado que a sentença não continha qualquer omissão, contradição ou obscuridade, que por aqueles pudesse vir a ser sanada; em conseqüência, restabelecida a sentença, tal como proferida, ordenou o v. acórdão, que a prescrição qüinqüenal seja contada a partir da citação.

E, enfrentando o ponto central da questão, o v. aresto embargado manteve a sentença, decidindo que, como os autores prestaram serviços além do horário normal de trabalho, fazem jus, nos termos do art. 136, do Estatuto dos Funcionários Públicos, à percepção das horas extraordinárias, inclusive daquelas anteriores à data de 1.4.1971, respeitada a prescrição qüinqüenal, uma vez que é arbitrária a limitação até essa data, imposta pela Resolução de 25.11.1971."

O v. acórdão proferido em embargos infringentes manteve a decisão da apelação. Daí os três recursos extraordinários, a que a egrégia Presidência do Tribunal *a quo* negou seguimento. Interpuseram agravos de instrumento Nelson Colombini e outros e a Fazenda do Estado e ambos foram providos em despacho do eminente Relator.

Sustentam Nelson Colombini e outros violação dos art. 1.º, 2.º e 3.º do Decreto n.º 2 910, de 1932, e ao art. 4.º do Decreto-lei n.º 4 597, de 1962, no que diz respeito à prescrição, e divergência jurisprudencial (*Arquivo Forense* v. 43, p. 210; RE 26 064, DJ de 11.7.1955, p. 2 352), quanto aos honorários advocatícios, pleiteando o cálculo em relação ao valor real da causa e não ao *quantum* fixado na inicial.

E o Estado, no recurso extraordinário fundado na letra *a* do permissivo constitucional, alega ofensa aos art. 6.º, 13, I, e 10, VII, *c*, da Constituição Federal, porque houve indevida ingerência do Judiciário sobre matéria decidida pela Assembléia Legislativa, sem que houvesse ofensa à lei.

O requerimento administrativo, tendente a modificar o critério de cálculo das horas extraordinárias, é de 14.10.1971 (fls. 44), e a Resolução que o fixou, deferindo o pedido, é de 25.11.1971 (fls. 53). Dessa decisão, na parte em que limitava o direito aos atrasados a 1.4.71, houve recurso em 9.12.1971 (fls. 54), indeferido pela Mesa em 13.4.1972 (fls. 59).

Esses períodos que a Assembléia Legislativa dispendeu para o estudo e reconhecimento do direito dos recorrentes, suspendem o curso do prazo prescricional, nos precisos termos do art. 4.º e seu parágrafo único do Decreto n.º 20 910, de 1932. Em conseqüência, na apuração das parcelas não atingidas pela prescrição, nos cinco anos, não devem ser computados esses períodos.

A prescrição é referida ao exercício da ação judicial, nunca à reclamação administrativa, como pretendem os recorrentes. Referindo-se o v. acórdão recorrido à citação, como referência para a determinação das parcelas não atingidas pela prescrição qüinqüenal, de maneira alguma infringiu qualquer preceito do Decreto n.º 20 910. É certo que não devem ser computados os períodos de suspensão do prazo (art. 4.º do mesmo Decreto), mas a decisão recorrida não ventilou esse aspecto da questão de direito.

Quanto aos honorários, fixados em Cr$ 18.000,00, não ofende a lei federal.

O art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, admite a fixação eqüitativa do juiz, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública.

Também não merece prosperar o recurso extraordinário do Estado de São Paulo. As resoluções em causa são atos materialmente administrativos, submetendo-se ao controle judicial. A alteração do critério de cálculo dos adicionais só pode estar fundado em lei, caso contrário a própria Resolução que a determinasse seria ilegítima.

Ora, se a Fazenda do Estado não discute a legitimidade da alteração, é porque a Resolução, pelo menos em tese, deu o exato sentido da lei. Assim, se o sistema de cálculo anterior apresentava desconformidade com a lei, é conseqüente que o critério correto haveria de prevalecer sem a limitação de seus efeitos a 1.º.4.1971 (data em que os ilustres membros da Mesa foram investidos nas funções respectivas).

Pelo não conhecimento de ambos os recursos."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. O exame dos autos me leva a não conhecer de ambos os recursos.

2. O da Fazenda do Estado de São Paulo alega a ofensa ao princípio constitucional da harmonia dos Poderes (art. 6.º e 10, VII, *c*, combinados com o art. 13, I, todos da Constituição Federal). Não há, porém, no caso, a alegada ofensa. A resolução em causa diz respeito a critério de cálculo para pagamento de horas extras; assim, sua natureza é indiscutivelmente a de ato administrativo, cabendo no Poder Judiciário apreciá-la, inclusive para afastar restrição a direitos nela contida.

3. Quanto ao recurso de Nelson Colombini e outros, também não procedem suas alegações.

De fato, no tocante à fixação da data para efeito de determinação da prescrição, o acórdão recorrido se limitou a examinar a questão da nulidade da decisão que recebeu os embargos de declaração, não tratando, portanto, de analisar a fixação daquela data em face da legislação federal invocada pelos recorrentes no recurso extraordinário. Falta, pois, o indispensável prequestionamento dessa questão federal (*Súmulas n.os 282* e *356*).

Por outro lado, no concernente a honorários de advogado, o recurso se funda na letra *d* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, mas o dissídio invocado não está demonstrado na forma exigida pela *Súmula n.º 291.*

EXTRATO DA ATA

RE 85 512 — SP — Rel., Ministro Moreira Alves. 1.º Recte., Estado de São Paulo (Adv., Ulysses Fagundes Filho). 2.º Rectes., Nelson Colombini e outros (Adv., Vesna Kolmar). Recdos., Os mesmos e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (Adv. Heládio de Toledo Abreu).

Decisão: Não conheceram de ambos os recursos. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Gildo Corrêa Ferraz.

Brasília, 8 de março de 1977. *Hélio Francisco Marques,* Secretário.