— Inexiste prescrição a incidir sobre o próprio fundo de direito se não houve ato da administração que, implícita ou explicitamente, houvesse importado, há mais de um qüinqüênio da propositura da ação, em negativa do vindicado.

— Incabível contar-se em favor de magistrado de carreira, para fins de aposentadoria e gratificações, tempo de serviço de advocacia, sem lei que o autorize.

— Inaplicável o princípio da isonomia, até mesmo por aplicação do entendimento jurisprudencial consubstanciado no enunciado da Súmula n.º 339-STF.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de São Paulo *versus* Alberto Pires
Recurso Extraordinário nº 80.331 — Relator: Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Extraordinário nº 80.331, do estado de São Paulo, em que é recorrente o referido estado e recorrido Alberto Pires, decide o Supremo Tribunal Federal, por sua 2.ª Turma, unanimemente, conhecer do recurso para lhe dar provimento, de acordo com as notas juntas.

Brasília, 29 de outubro de 1982. — *Djaci Falcão*, Presidente. *Aldir Passarinho*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Alberto Pires, juiz de direito, propôs ação contra a fazenda estadual, visando obter a contagem, como de serviço público, do tempo em que exercera a advocacia, para fins de aposentadoria e sexta parte dos vencimentos.

As instâncias ordinárias reconheceram o direito de serem computados em favor do autor, que fora nomeado magistrado pelo quinto constitucional, para os efeitos de aposentadoria e da percepção da sexta parte, os 739 dias concernentes ao tempo em que ele exerceu a advocacia, sob o fundamento de isonomia, "pois todos pertencem à mesma carreira e devem ser igualmente tratados" (fls. 51-3 e 93).

Inconformado, recorreu, extraordinariamente, o estado de São Paulo, com base nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, e alegou contrariedade ao preceituado no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, pois direito, se existente, já estaria prescrito, bem como divergência com arestos desta Corte (RREE n.os 51.813, 66.292, 75.117 (*RTJ*, *67*:222), 72.665 (*RTJ*, *61*:238) e com a Súmula nº 339 (fls. 95-101).

Admitido o recurso pela letra *d*, processou-se ele com razões de ambas as partes (fls. 112 e 114-23, respectivamente do recorrido e do recorrente). O recorrente, a par de sustentar que tem direito ao postulado, alega, ainda, o descabimento do extraordinário em face das Súmulas n.os 280 e 400.

Nesta instância, oficiou a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Procurador Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 127-8).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho (Relator): *Preliminarmente.*

A prescrição invocada pelo estado de São Paulo inocorre na espécie, pois não houve ato da administração que implícita ou explicitamente houvesse negado, há mais de cinco anos da propositura da demanda, a pretendida contagem do tempo de serviço.

Entretanto, afastado o óbice prescricional, outros surgem a que possa ser mantido o v. acórdão, que como razões de decidir adotou aqueles que fundamentaram a r. sentença de 1º grau.

De fato.

Decidiu o nobre juiz:

"Já se julgou que no tocante à contagem do tempo de advocacia, é jurisprudência assente neste Tribunal que se os ministros do Tribunal de Alçada e os desembargadores nomeados pelo chamado 'quinto constitucional' contam o tempo de advocacia para todos os efeitos, o mesmo direito cabe aos demais membros do poder judiciário do estado, pois todos pertencem à mesma carreira e devem ser igualmente tratados."

Ocorre, porém, que se tranqüilizou neste Tribunal a jurisprudência no sentido de que, conforme sua Súmula nº 339:

"Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia."

A meu ver, embora, no caso não se trate especificamente de aumento de vencimentos, decorrerá da contagem de tempo de serviço concessão ou aumento de gratificações. De qualquer sorte, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que descabe a aplicação do princípio da isonomia.

Aliás, é consagrado na doutrina e na jurisprudência que o mandamento constitucional de igualdade de todos perante a lei — regra que se encontra no art. 153, § 1º, da nossa Constituição — só cabe aplicável para situações idênticas. E, no caso, tal não ocorre, pois a contagem do exercício da advocacia somente foi autorizada contar pela Lei estadual nº 6.057/61, para aqueles membros dos Tribunais locais que proviessem da classe dos advogados.

De fato, dispõe o art. 32 da Lei nº 6.055/61, com a redação dada pela Lei nº 6.057/61, *in verbis*:

"Ao advogado, nomeado desembargador, juiz do Tribunal de Alçada ou do Tribunal de Justiça Militar do estado, nos termos do art. 124, V, da Constituição Federal, bem como ministro do Tribunal de Contas, contar-se-á, simplesmente, para fim de aposentadoria, o tempo de exercício na advocacia, até o máximo de 15 anos."

E estabelece o art. 33 do mesmo diploma legal:

"Para efeito da percepção das vantagens previstas no art. 4º, segunda parte, do Decreto-lei nº 15.204, de 31 de outubro de 1945, e no art. 98 da Constituição estadual, considerar-se-á, como tempo de serviço público prestado ao estado, o tempo de advocacia a que alude o artigo anterior."

De observar que o art. 4º, segunda parte, do Decreto-lei nº 15.204-45 concede a quarta parte e o art. 98 da Constituição estadual concede a sexta parte.

Ora, a razão de ser das disposições legais parece clara. Enquanto os desembargadores, juízes do Tribunal de Alçada e do Tribunal de Justiça Militar que já eram magistrados já contavam, naturalmente, vários anos de serviço antes de chegarem aos Tribunais, os quais são contados para aposentadoria e percebendo, em função mesmo desse tempo de serviço as vantagens da quarta e da sexta parte, aqueles que fossem recrutados dentre os advogados para comporem o quinto constitucional daqueles Tribunais ingressariam sem nenhum tempo de serviço anterior e sem qualquer acréscimo aos seus vencimentos a títulos de quarta ou de sexta parte, embora, como é óbvio, o recrutamento para os Tribunais só possa fazer-se entre advogados de larga experiência e que se tenham imposto no seu meio profissional.

Assim, diferentemente do que sem maior exame se poderia pensar, a disposição legal incriminada ao invés de estabelecer desigualdade entre as duas categorias de magistrados, ou seja daqueles nomeados entre os advogados, daqueles outros provindos do seio da própria magistratura, o que procurou foi exatamente uma fórmula que, dentro do possível, equiparasse as vantagens entre os dois grupos. Não seria mesmo justo, nem sequer razoável, que advogados cultos e com larga experiência e que exatamente em face de tais condições tivessem integrado as listas de escolha não tivessem, ao ingressarem na magistratura nenhum tempo de serviço anterior e nenhuma gratificação, pondo-os já em situação de flagrante desigualdade de vencimentos com seus colegas que exatamente por terem sido escolhidos entre os magistrados da instância inferior já possuíam vários anos de serviço.

Aliás, se a lei ferisse o princípio da igualdade, não seria o caso de estendê-la a outras categorias, mas sim declará-la inconstitucional.

É de observar que as disposições transcritas na legislação estadual se identificam, no seu núcleo, ao estabelecido no art. 1º da Lei nº 6.044, de 14 de maio de 1974, ao atribuir contagem de tempo de serviço — e também até o máximo de 15 anos — para os que fossem nomeados para os Tribunais da Justiça da União e do Distrito Federal dentre os advogados.

É este o art. 1º da Lei nº 6.044, de 14 de maio de 1974:

"Computar-se-á, para efeito de disponibilidade e aposentadoria, o exercício da advocacia, até o máximo de 15 anos, em favor dos ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior do Trabalho, juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos desembargadores do Tribunal de Justiça nomeados, dentre advogados, nos termos da Constituição bem como dos juízes federais e juízes federais substitutos, nomeados na forma do art. 74, da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966."

As razões que orientaram o dispositivo reproduzido não devem ter sido outras senão aquelas mesmas que aconselharam os arts. 82 e 33 da Lei estadual nº 6.055/61, com a redação da Lei nº 6.057, do mesmo ano.

A discussão do tema em exame não é nova neste Tribunal e a respeito cabem algumas observações.

Ao ensejo do julgamento do RE nº 72.665-BA, o Pleno desta Corte decidiu na conformidade do enunciado da ementa do respectivo acórdão:

"Magistratura estadual. Tempo de serviço. É inconstitucional a contagem de tempo de advocacia sem lei que autorize esse benefício. As normas básicas do serviço público dos estados são de direito federal. As exceções às regras concernentes ao tempo e natureza do serviço público dependem de lei complementar (Constituição de 1969, arts. 103 e 108). Recurso conhecido e provido."

A pretensão então posta em debate por juízes integrantes da magistratura baiana foi idêntica a que ora se discute, sendo apenas centro a lei em discussão, como se pode ver do esclarecimento prestado inicialmente pelo relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, no início do seu voto, ao dizer:

"A decisão recorrida funda-se no princípio da isonomia e teve o propósito de corrigir injustiça ou omissão da Lei estadual nº 2.324/66, que somente confere o direito de computar o tempo de serviço na advocacia aos desembargadores recrutados fora da magistratura."

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, no seu lúcido voto, que mereceu o plácito dos demais integrantes da assentada plenária — e dela fez parte o ilustre Ministro Djaci Falcão, que preside esta Turma — acentuou, em fundamento contrário ao acórdão recorrido que fora favorável aos juízes postulantes:

"No caso, não me parece que o princípio de isonomia, consagrado pela Constituição, haja sido corretamente aplicado. Nossa jurisprudência predominante (Súmula nº 339) entende não caber ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. De igual modo, não deve caber aos tribunais, destituídos de competência para editar normas jurídicas de caráter geral, mandar contar como de efetivo serviço público o tempo despendido em atividade de natureza privada, máxime quando o cômputo desse tempo importa, indiretamente, em aumento de vencimentos. Dessa forma, a medida contraria, no espírito como na letra, o direito federal pertinente."

Entretanto, a par desse argumento, chegou o Ministro Oswaldo Trigueiro, no seu voto, proferido em 15 de março de 1972, a considerar que em face do princípio ínsito no art. 103 da Constituição Federal, o regime jurídico de todo o funcionalismo, inclusive o estadual, se encontrava balizado pelo direito federal e somente este poderia dispor sobre tempo de serviço, pois dito preceito declara que "lei complementar, de iniciativa exclusiva do presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade".

Posteriormente, em sessão de 5 de dezembro do mesmo ano de 1972, a colenda 1.ª Turma desta Corte voltou a julgar matéria igual, mas já agora sendo os interessados magistrados e promotores de São Paulo, conforme nos dá notícia a *RTJ*, *67*:223, tendo ficado o acórdão do RE nº 75.117, em que foi recorrente o estado de São Paulo, assim redigido:

"Magistrados e promotores de São Paulo. Adicionais chamados de quarta e sexta parte, além do cômputo do tempo de advocacia exercido em caráter particular e, ainda, o da função de estagiário de polícia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal contrários a tal pretensão. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Aquele fundamento do voto do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, acolhido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do mencionado julgamento do RE nº 72.665-BA, quanto a não poderem os estados fixar contagem de tempo de serviço público diferente do que fosse estabelecido por lei federal não veio, contudo, a prevalecer e daí, a meu ver, gerou-se equívoco em julgamentos posteriores, sem ser observado que outra razão subsistia para, em São Paulo, não haver a extensão pretendida.

De fato. O plenário desta Corte, relator o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, veio a decidir, por maioria, no RE nº 79.179-MT, de acordo com a seguinte ementa do acórdão:

"Funcionários. Tempo de serviço.

1. Art. 102, § 3º, da Emenda nº 1, de 1969, não é um limite máximo, no sentido do art. 13, V, do mesmo diploma, mas uma garantia mínima ao funcionário.

2. A pessoa de direito público não pode restringir essa garantia, mas não está impedida de computar o tempo de serviço para outros efeitos" (*RTJ, 73*:925).

Ora, no RE nº 79.179-MT não se discutiu a aplicação, por isonomia, a magistrados de direitos assegurados a outros por lei estadual, mas apenas e tão-somente se era possível a lei estadual mandar computar tempo de serviço de maneira diferente daquela que se inserisse em lei federal.

Em outra oportunidade, no RE nº 77.811, o plenário desta Corte voltou a examinar outro caso de Mato Grosso, tendo ficado decidido — inclusive após retificação do voto do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, alertado pelo Ministro Rodrigues Alckmin sobre aquele referido julgamento do RE nº 79.179 — que era válida lei estadual que mandava computar tempo de serviço de advocacia como tempo de serviço para a magistratura (*RTJ, 76*:524 — sessão de 12 de dezembro de 1974).

Em face dessas duas últimas decisões referentes a Mato Grosso, adveio, segundo a mim parece, um equívoco em julgamento outro, na colenda 1.ª Turma deste Tribunal, no RE nº 79.680-SP, quando, embora as hipóteses fossem dessemelhantes, houve invocação àqueles acórdãos nos RREE n.os 79.179 e 77.811, ambos de Mato Grosso, como se houvesse identidade de situações com o julgado no RE nº 72.665, relator deste último Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro e já inicialmente referido, quando de fato tal não ocorria.

Realmente. No RE nº 79.680-SP, e com base na mesma lei que serviu de fundamento à presente ação, magistrado de carreira pleiteou — tal como o fizeram os ora autores e recorridos — que o tempo de serviço de advocacia também lhe fosse computado, à igualdade do que a Lei nº 6.057, de 1961, dispunha com relação aos magistrados dos Tribunais nomeados para comporem o quinto, escolhidos entre os advogados. Na oportunidade, disse o Sr. Ministro Bilac Pinto, no seu voto:

"No RE nº 77.811 citado pela Procuradoria-Geral como se assemelhando à espécie destes autos, com o julgamento findo em sessão de 12.12.74, decidiu o Tribunal Pleno ser válida lei estadual que manda computar o tempo de advocacia para a percepção de adicionais pelo magistrado. Nesse julgamento, o Ministro Oswaldo Trigueiro, relator que a princípio invocou o seu voto no RE nº 72.665 aqui trazido para fundamentar o dissídio, retificou após o seu entendimento, acolhendo a orientação dada ao RE nº 79.179 (relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro) e o voto do Ministro Rodrigues Alckmin, que então pedira vista do processo.

A questão vinda neste recurso, pela sua semelhança já reconhecida, estaria a reclamar tratamento idêntico ao do precedente acima mencionado. Ademais esta Turma já decidiu:

'Magistratura do estado de São Paulo. Contagem de tempo de advocacia, de acordo com a legislação local. Recurso extraordinário não conhecindo.' (RE nº 78.459, *Ementário, 968*:1)."

Entretanto, e como anteriormente se viu, a retificação do voto do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro no RE nº 77.811 se deu em hipótese bastante dessemelhante, como dessemelhante era a do RE nº 79.179, ambos oriundos do estado de Mato Grosso, pois nestes apenas foi admitido que a lei estadual poderia conceder contagem de tempo de serviço de maneira mais ampla, mais liberal, que a fixada na Constituição Federal, enquanto que no caso de São Paulo, julgado no RE nº 72.665, o que pretendiam os então impetrantes, magistrados de carreira, é que se lhes estendesse o benefício dos arts. 32 e 33 da Lei paulista nº

6.055/61, com a alteração da Lei nº 6.057/61.

Assim, quando o Ministro Oswaldo Trigueiro se reconsiderou ao julgamento do RE nº 77.811 o fez — porque somente disso se tratava então — no referente ao outro fundamento que adotara ao ensejo do seu voto no RE nº 72.665, isto é, no ponto em que entendia que a lei estadual não poderia fixar critérios de contagem de tempo de serviço de forma diversa da prevista na Constituição Federal.

Pelo exposto, e dando como certo que houve divergência com acórdão deste Tribunal no RE nº 72.665 e a Súmula nº 339 do STF, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar a ação improcedente, condenando, em conseqüência, os autores nas custas processuais e em honorários de advogado, os quais fixo em 20% sobre o valor atribuído à causa.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE nº 80.331-9-SP. Rel.: Ministro Aldir Passarinho. Recte.: estado de São Paulo (Adv.: Norberto Pasqua). Recdo: Alberto Pires (Adv.: João Bernardino Garcia Gonzaga).

Decisão: conhecido e provido nos termos do voto do ministro relator. Unânime. 2.ª Turma, 29.10.82.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Decio Miranda e Aldir Passarinho.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.