CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — LEI COMPLEMENTAR — INCONSTITUCIONALIDADE

— Direito reconhecido por Constituição Estadual não pode ser retido por Lei Complementar. Corolário da chamada hierarquia das normas jurídicas. Em conseqüência, o direito mantém-se intacto. Repercussão apenas quanto às prestações periódicas e sucessivas, alcançadas pelo qüinqüênio do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial nº 2.830
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Recorrido: Hélio Sanches Tenório e outros
Relator: Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de maio de 1990 (data do julgamento). — *Carlos Velloso*, Presidente. *Luiz Vicente Cernicchiaro*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (Relator): Recurso Especial interposto pela Fazenda do estado de São Paulo nos autos da ação ordinária em que contende com Hélio Sanches Tenório e outros, policiais do estado reivindicando vantagens funcionais.

O Recorrente pretende o reconhecimento da prescrição do direito de ação (fls. 252/260).

A sentença rejeita o argumento de prescrição e julgou, quanto ao mérito, improcedente o pedido dos autores. Entende que não se aplica aos policiais militares o disposto na L.C. nº 180/78 (fls. 188/192). Não houve pedido administrativo.

O acórdão decidiu reformar a sentença de 1º grau, dando provimento ao recurso para julgar procedente o pedido (fls. 243/244).

O Recorrente sustenta haver violação de lei federal, bem como divergência jurisprudencial (fls. 252/260).

O r. despacho do ilustre 3º Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial (fls. 235).

Contra-razões dos Recorridos (fls. 247/254).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (Relator): A matéria deste recurso foi enfrentada, anteriormente, nesta Turma, mais de uma vez.

No RESP nº 1.450-SP, por maioria, vencido o ilustre Ministro Ilmar Galvão, como Relator, deduzi:

"Sr. Presidente, a matéria fática é a seguinte: a Constituição paulista estabeleceu:

"O adicional por tempo de serviço, sempre concedido por qüinqüênios, bem como a sexta-parte dos *vencimentos integrais*, concedidos após vinte e cinco anos de efetivo exercício, *incorporar-se-ão aos vencimentos para todos os efeitos.*"

A Lei Complementar nº 180/78, todavia, disciplinou diferentemente o cálculo desses

adicionais, impedindo "incidir um adicional sobre o outro sucessivamente".

O recurso apóia-se nas alíneas *a* e *c* do art. 105 da Constituição da República. O primeiro aspecto refere-se ao disposto no art. 1º do Decreto nº 20 910/32, *verbis*:

"As dívidas da União, dos estados e dos municípios, *bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou do fato do qual se originarem.*"

A divergência jurisprudencial está ilustrada com o RE nº 99.336-3-SP:

"Ementa — Prescrição — Decreto nº 20.910/32, art. 2º, Gratificação *pro labore*. Extinção da ação para obter o benefício. Procedentes. Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamado, a cuja postulação se deixou ficar inerte e interessado, no decurso de *prazo extintivo, e não prescrição referente às prestações de trato sucessivo decorrentes de um direito reconhecido ou de uma situação permanente. Espécies distintas. Recurso Extraordinário conhecido e provido*" (fls. 151/2).

Entendo, a prescrição afeta diretamente o direito de ação. Indiretamente repercute no direito material. Considero a coercibilidade elemento essencial da norma jurídica, isto é, a possibilidade de, mediante a prestação jurisdicional, o devedor, coativamente, ser compelido a cumpri-la ou o estado atuar substitutivamente. Não é o momento próprio, todavia, observe-se, a perda do fundo de direito é condicional visto a prescrição depender de alegação. De outro lado, apesar da fluência do prazo, se a obrigação for voluntariamente honrada, não caberá o direito de repetir.

Há a perda do direito substancial quando a prescrição atinge o direito público subjetivo de pedir a intervenção do estado, tendo-se a lide como objeto.

Há a perda ao direito das prestações quando o direito material permanece intacto. Afetada será apenas a percepção dos efeitos que têm como causa aquele direito.

Assim, o funcionário deixa de postular a definição de um direito seu, no prazo consignado no Decreto nº 20.910/32. Esse direito restou desprotegido do direito de ação. Perdeu a coercibilidade. Todavia, persistindo o direito que gera prestações periódicas e sucessivas, remanesce também o direito de ação. Embora ultrapassado o lustro, as posteriores aos cinco anos poderão ser reclamadas.

No caso dos autos, Lei Complementar contrariou a Constituição de São Paulo. Esse pormenor não foi reaviventado neste Recurso Especial. Restrito, insisto, à ocorrência da prescrição.

Na chamada hierarquia das leis, a Constituição ocupa posição de proeminência relativamente à Lei Complementar. Esta, como se sabe, não afeta a primeira. Disciplina situação jurídica nos limites consentidos pela Carta Política. No dizer de Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, entre tais normas forma-se relação de subordinação. A inferior tem fundamento na superior.

Dessa forma, a modificação introduzida pela Lei Complementar é carente de eficácia. Não produziu efeito algum.

Em outras palavras, apesar do tempo transcorrido, o direito material permaneceu intacto. A omissão dos respectivos titulares não o afetou. O direito substantivo enseja o direito de ação, entretanto, enquanto não se operar a prescrição, não é necessário ser exercido.

O direito reclamado pelos Recorridos permaneceu, embora, formalmente, parecesse extinto.

Enfim, os Recorridos perderam somente o direito de exigir as prestações mensais, alcançadas pela inação correspondente há mais de cinco anos anteriores à propositura da ação.

Com estas considerações, *data venia*, a lei federal foi aplicada com acerto e o dissídio jurisprudencial não ocorreu porque distinta a situação de fato entre o caso em julgamento e o aresto paradigma."

Reeditando tais considerações, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

REsp nº 2.830-SP (90.0003625-9) — Relator: O Exmº Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Fazenda do estado de São Paulo. Recorridos: Hélio Sanches Tenório e outros. Advogados: Dra. Gláucia Ap. Ferraroli Cazzaniga e Cleomenes Mário Dias Baptista.

Decisão: a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 23.05.90 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Ilmar Galvão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro Carlos Velloso.