

SÚMULA Nº 85

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Referência:

— Decreto 20.910, de 06.01.32, art. 3º.

REsp	2.140-0-SP	(1ª	T	07.05.90	— DJ 28.05.90)
REsp	6.408-0-SP	(1ª	T	27.11.91	— DJ 16.12.91)
REsp	10.110-0-SP	(2ª	T	10.02.93	— DJ 22.03.93)
REsp	11.873-0-SP	(2ª	T	07.10.91	— DJ 28.10.91)
REsp	12.217-0-SP	(1ª	T	29.06.92	— DJ 24.08.92)
REsp	29.448-8-SP	(6ª	T	24.11.92	— DJ 10.05.93)
REsp	31.661-7-SP	(5ª	T	17.02.93	— DJ 15.03.93)

Corte Especial, em 18.06.93.

DJ 02.07.93, p. 13.283

RECURSO ESPECIAL Nº 2.140-0 — SP

(Registro nº 90.0001161-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *José de Paulo Spallini*

Advogados: *Drs. Adriana Motta, Maria Elena Miranda e outros*

**EMENTA: ADMINISTRATIVO — FUNCIONÁRIO —
REVISÃO DE PROVENTOS — PRESCRIÇÃO — CÁL-
CULO DE GRATIFICAÇÃO.**

O litígio não envolve a própria gratificação, sim a aplicação de critério para fixação do *quantum* devido. O venerando aresto hostilizado, afastando a prescrição e determinando ao julgador de primeiro grau o exame de mérito, não merece censura. Não houve a prescrição do fundo do direito.

Recurso conhecido unanimemente e negado provimento por maioria.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Superior de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de maio de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A Fazenda do Estado de São Paulo, interpõe Recurso Especial, fundado na Constituição, artigo 105, III, *a* e *c* combinado com o ADCT, artigo 29, § 1º, argüindo relevância da **questão federal**, arrazoando que José Paulo Spallini ajuizou ação, “visando o recebimento de seus proventos de acordo com o enquadramento na Tabela I da Escala de Vencimentos 5; que em 1ª instância foi acolhida preliminar de prescrição e o processo julgado extinto, porém o segundo grau rejeitou-a.

O acórdão atacado está às fls. 137/140, é da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dando provimento parcial para cassar o decreto de prescrição e devolver a lide para exame e decisão do mérito.

O processo não recebeu contra-razões, fls. 194 v.

A douta Subprocuradoria-Geral da República oferece parecer de fls. 197/202, concluindo pela incidência da prescrição no próprio fundo de direito pretendido e, logo, pelo provimento do recurso.

Na ação o Autor informa que se aposentou no cargo de Técnico de Educação, hoje Supervisor de Ensino, e que seus proventos estavam abaixo do padrão de seus colegas aposentados há menos tempo.

A decisão de primeiro grau (fls. 103/108) acolheu o tema de que foi a Lei Complementar nº 108/78 que criou e instituiu as tabelas e que a Lei Complementar nº 247/81 a repetiu e, em consequência, o enquadramento ocorreu em 1978, concluindo pela prescrição.

Nos fundamentos do acórdão, consta:

“A presente ação foi intentada em 12 de janeiro de 1987, portanto, antes do decurso do prazo de cinco anos, a contar da data da definição administrativa impugnada, razão pela qual não se justifica o reconhecimento da prescrição...”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. O Recurso Especial foi interposto no dia 08 de março de 1989, antes da instalação desta Egrégia Corte, ocorrida no dia 07.04.89, e com **arguição de relevância**. Ora, até esta data o Colendo Supremo Tribunal Federal exerceu “as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente” (art. 27, § 1º, do ADCT). O Recurso a ser interposto, para nossa

Corte Maior era o Recurso Extraordinário e não o Especial e neste não existe a argüição de relevância. Embora continue imperando entre nós o princípio da fungibilidade, no caso, por tratar de erro grosseiro, ele é inaplicável, não podendo ser aproveitado o Especial como Extraordinário, mesmo porque foi ele fundamentado no artigo 105, item III, letras *a* e *c*, da vigente Constituição Federal e não na anterior.

Ainda que não tivesse ocorrido o erro grosseiro e pudesse ser aproveitado o recurso, não seria caso de provimento. Como a presente ação não se enquadra em nenhum dos incisos I a X do artigo 325 do Regimento do Pretório Excelso, e a argüição de relevância não existe no Recurso Especial, houve preclusão da matéria infraconstitucional.

O autor, pela primeira vez, em requerimento administrativo de 21 de janeiro de 1987 (doc. de fls. 16/17) pediu sua inclusão na tabela I da Lei Complementar nº 247/81 (art. 2º) e seu pedido foi indeferido no dia 15.10.87 (doc. de fls. 18/22). Como a presente ação foi ajuizada no dia 08 de janeiro de 1988, não transcorreu o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto pelo art. 1º do Decreto 20.910/32. Antes disso não foi o autor intimado de nenhuma decisão administrativa negando o direito pleiteado por ele em seu requerimento administrativo e nesta ação.

Na realidade se insurge o autor contra a forma de cálculo de seus vencimentos que, segundo ele, deve ser de acordo com a tabela I da escala de vencimentos 5 e não II da referida Lei Complementar nº 247/81, como vem sendo feito pela Administração Estadual e pede o pagamento das diferenças vencidas e vincendas.

A questão é bem conhecida desta Egrégia Seção e do Colendo Supremo Tribunal Federal que, na decisão plenária no RE nº 110.419, sessão de 08.03.89, firmou o entendimento de que, quando se trata de redução do cálculo da gratificação, a prescrição não atinge o fundo do direito e só alcança as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Por ocasião deste julgamento, o Eminentíssimo Ministro Relator, MOREIRA ALVES, em seu voto apreciou, detidamente a jurisprudência de nossa Corte Maior, sobre a hipótese. Deu ele o exato sentido da Súmula nº 443 da Excelsa Corte. Para ele, o que a referida súmula afirma é que: “a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei ocorre, quando tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta”. Ora, no caso em exame, não houve qualquer requerimento administrativo e a administração não negou a pretensão dos autores. Mas, para o Eminentíssimo Ministro MOREIRA ALVES a Súmula 443 é incorreta e não está de acordo com os acórdãos em que se apóia. Segundo ele, “... dos seis acórdãos em que se apóia a súmula em causa, cinco deles dizem respeito à prescrição na Justiça do Trabalho e um à prescrição contra a Fazenda Pública. Deles todos,

os dois últimos se referem inequivocamente à hipóteses de prescrição do denominado **fundo do direito**: o RE 46.814, em que, para se saber se o salário deveria ser acrescido pelo pagamento dos dias de repouso, ter-se-ia de verificar se o empregado seria mensalista (caso em que não faria jus ao acréscimo) como sustentava o empregador, ou não, como pretendia o empregado e lhe proporcionaria o aumento salarial; e os ERE nº 5.813, em que os embargantes se insurgiam contra a transferência *ex officio* para outra carreira. Já os quatro primeiros são concernentes à prescrição apenas das prestações vencidas, e não do **fundo do direito**. O primeiro deles — os ERE 20.508 — versava sobre empregado que exerceu interinamente uma outra função e nada reclamou contra o salário que lhe foi pago durante ano e meio; voltou, então, à sua função primitiva e só veio a reclamar sobre o *quantum* recebido durante a interinidade depois de decorridos dois anos; a minoria entendeu que o direito de pleitear a diferença salarial estava prescrito; já a maioria sustentou a tese de que “no caso de remuneração de serviço a prescrição ocorre à proporção que as prestações foram incorrendo no respectivo prazo”. O segundo — os ERE 56.342 — dizia respeito a reclamação sobre duas gratificações: uma de meio de ano (que havia sido suprimida em 1951, vários anos antes da propositura da ação) e outra natalina (que, em 1951, teve seu percentual diminuído para 1/2 do salário ao passo que até então era de 2/3 e, só em 1957, extinta); a Justiça do Trabalho deu pela prescrição da própria pretensão ao restabelecimento da primeira gratificação (por já estar extinta havia mais de dois anos antes da reclamação) e pela prescrição apenas das prestações vencidas antes dos dois anos anteriores à propositura da reclamação, no tocante à natalina (que, evidentemente, quanto à sua extinção estava dentro do prazo dos dois anos), estabelecendo que os empregados fariam jus a ela por ter sido ilegalmente extinta, e o percentual a ser pago seria o de 2/3 do salário e não o de 1/2, tudo isso com base no fundamento da **habitualidade**; esta Corte manteve a prescrição à própria pretensão do estabelecimento da primeira gratificação, sob o argumento de que “negado o próprio direito, há mais de dois anos, a prescrição não se limita a prestações anteriores”; e quanto à natalina não foi ela chamada a manifestar-se sobre a prescrição, mas quanto à habitualidade para o efeito do restabelecimento da gratificação, decidiu que a Justiça do Trabalho havia julgado acertadamente. O terceiro aresto — RE 36.735 — dizia respeito a benefício coletivo, e a prescrição se limitou às prestações vencidas, sob este fundamento: “Não dou pela prescrição, eis que não se trata de alteração contratual e sim de benefício coletivo, caso em que a prescrição abrange apenas as prestações anteriores a dois anos, quando do ajuizamento da reclamação”. Finalmente, o quarto acórdão — RE nº 37.743 — decidiu a questão concernente à diferença de salário com base em aumento concedido em dissídio coletivo, e se manifestou no sentido de que, vigente o dissídio coletivo, a prescrição relativa à diferença salarial alcançava apenas as prestações vencidas.

Portanto, embora nenhum desses seis acórdãos tenha tratado de hipótese rigorosamente análoga à sob julgamento, o que é certo é que eles, quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem ou não, direito a essa diferença, em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do **fundo de direito**, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma. Ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado (se mensalista, ou não), ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira.

Assim sendo, o enunciado da súmula já por si só não trata da questão em causa — como se demonstrou no início — nem qualquer dos acórdãos que lhe serviram de base decidiu em sentido contrário ao aresto ora recorrido, é manifesto que não há divergência com a Súmula 443.

Para ele o que dizem estes acórdãos é que “negado o próprio direito, a prescrição não se limita à prestações anteriores, mas alcança a própria pretensão àquele”. Na espécie não se pretende a própria gratificação e sim a aplicação de critério correto para a fixação do *quantum* devido aos autores. Direito de ter referida gratificação não é a mesma coisa que direito a um determinado critério para o cálculo do *quantum*. Esta distinção é muito bem feita pelo Eminentíssimo Ministro MOREIRA ALVES em seu citado voto. Esclareceu ele que os acórdãos nos quais se apóia a Súmula nº 443 distinguem “o direito de ter uma vantagem do direito ao critério para o estabelecimento do *quantum* dessa vantagem, para considerar que, no último caso, só ocorre a prescrição das prestações vencidas”. Acentua ele que, nestes acórdãos, “quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem, ou não direito a essa diferença em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram, por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do **fundo de direito**, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma, ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado. Se mensalista, ou não, ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira”. Citou ele o precedente no RE nº 93.875 sobre a prescrição referente a pretensão sobre critério de cálculo do *quantum* de gratificação incontroversa da 2ª Turma, com a seguinte **ementa**:

“Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas a proventos.

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do art. 1º do Decreto 20.910/32, uma vez que, em última análise o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (Súmula 400).

Recurso extraordinário não conhecido” (RTJ nº 101/816).

Após citar e examinar vários outros precedentes da Excelsa Corte, concluiu que:

“**Fundo do direito** é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão do fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias de correntes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), é, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32 que reza:

“Art. 3º: 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”.

Se como está expresso nesse dispositivo legal — a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente um *quantum*) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento tudo o que a esse *quantum*, que é a prestação, está indissolavelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) só rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga,

reconhece, portanto, a existência incontroversa do **fundo do direito**, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.

Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário — se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.

Dessa orientação não se afasta o decidido no RE 112.649 (e o mesmo ocorre com as decisões idênticas aí citadas), ao contrário do que sustenta o eminente Relator, no voto proferido no presente recurso extraordinário”.

Este entendimento foi reiterado na recente decisão proferida no dia 17 de março de 1989, no RE nº 114.597-8, Relator eminente Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, publicado no DJ de 14.04.89, que trata de ação proposta por oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, visando retificação de cálculo da gratificação de nível universitário e tem a seguinte ementa:

“Prescrição de vantagem funcional.

Dissídio superado, ante o decidido pelo Tribunal Pleno, no RE 110.419 (sessão de 08.03.89), onde ficou assentado que quando o ato administrativo impugnado apenas reduz o cálculo da gratificação (sem aboli-la) não concerne, então, ao fundo do direito, mas à sua consequência. Por isso, a prescrição só atinge as parcelas.

Recurso de que não se conhece, de acordo com a Súmula 356”.

Na realidade o venerando aresto hostilizado, ao afastar a prescrição e determinar ao julgador de primeiro grau o exame de mérito, não merece qualquer censura porque, de fato, não houve a prescrição do fundo do direito.

Conheço do recurso apenas pela divergência e lhe nego provimento.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Presidente):
Data venia do eminente Ministro-Relator, considero que argüição de relevância feita em recurso extraordinário ou especial, quando já em vigor a Constituição de 1988, porém antes da instalação deste Tribunal, não caracteriza erro grosseiro capaz de afastar o conhecimento do recurso.

Por isso, conheço do recurso e, com a vênia do Sr. Ministro-Relator, dou-lhe provimento, por entender que, no caso, ocorreu a prescrição.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Senhor Presidente, acho que, nesta primeira parte do conhecimento, estou de pleno acordo com o eminente Ministro Armando Rollemberg, pois também considero erro grosseiro. O Sr. Ministro-Relator entendeu que houve esse erro, porque foi admitido recurso especial e não extraordinário, já na vigência da nova Constituição. A finalidade desta Corte é apreciar o recurso, sempre que possível, a não ser que seja um erro grosseiro.

Também conheço do recurso e nego-lhe provimento, de acordo com o Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.140-0-SP — (90.0001161-2) — Rel.: Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: José de Paulo Spalini. Advs.: Drs. Adriana Motta e Maria Elena Miranda e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg, negou-lhe provimento (em 07.05.90 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Pedro Acioli, Geraldo Sobral e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.408-0 — SP (Registro nº 90.122651)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Oswaldo Magalhães e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Zélia F. de Souza de Figueiredo Lyra e outros, e Suzana M. Pimenta C. Preta Federighi e outro*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIOS FUNCIONAIS. PRESCRIÇÃO.

Em se tratando de vantagens funcionais, de cunho pecuniário, a lesão do direito renova-se mês a mês. A prescrição não alcança o fundo de direito, mas tão-somente as parcelas contidas no quinquênio. Precedentes.

Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Oswaldo Magalhães e outro interpuseram o presente recurso especial com esteio no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Carta Política, em razão de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu estar prescrito o fundo de direito em feito onde se discute as vantagens funcionais, oriundas de relação trabalhista entre o recorrente e o Estado de São Paulo.

Alega o recorrente que o v. acórdão vulnerou o artigo 3º do Decreto 20.910/32, o art. 39, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, bem como a Súmula 443 do STF.

Colaciona acórdãos do egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para demonstrar a divergência jurisprudencial.

Nesta instância a douta Subprocuradoria da República, em extenso parecer, defende a prescrição adotada pelo acórdão vergastado, fundando sua tese no artigo 1º do Decreto 20.910/32, e opina, ao final, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

○ EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A divergência jurisprudencial está bem demonstrada, merecendo que se conheça do recurso pela alínea *c* do dispositivo constitucional autorizador do recurso.

Na realidade, este Tribunal e particularmente esta turma, vem reiteradamente decidindo de forma contrária ao que decidiu o acórdão recorrido.

De outra parte, ao enfrentar a questão posta o v. acórdão fundou-se tão-somente no artigo 1º do Decreto 20.910/32, que assim dispõe:

“Art. 1º — As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

Todavia, logo em seguida vem o artigo 3º do mesmo diploma legal que assim dispõe:

“Art. 3º — 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”.

Ora, a boa técnica de interpretação aconselha ao intérprete não fazer uso de dispositivo isolado porquanto a finalidade da lei pode estar diluída entre os seus diversos dispositivos. Assim, cumpre aceitar o argumento exposto nas razões do recurso de que restou violado o art. 3º do Decreto 20.910/32.

Faço uso, ainda, dos dizeres do Sr. Ministro Rodrigues Alckmin, quando afirma:

“É certo que a relação funcional não prescreve porque o que prescreve são pretensões, fundadas ou infundadas. Assim se a lei outorga determinada vantagem pecuniária a uma classe funcional, quem se encontra em tal classe terá direito à vantagem pecuniária. Se a Administração não efetua o pagamento devido, prescrevem as parcelas (Decreto 20.910/32, art. 3º). A pretensão deduzida, aí, é a de perceber a vantagem — não a de ser considerado integrante de determinada classe ou categoria funcional” (fls. 189).

Nesta linha de raciocínio, o que é alcançado pela prescrição são as parcelas, permanecendo o fundo de direito intacto e renovado a cada mês, vista tratar-se de prestações periódicas e sucessivas. Esta a inteligência do art. 3º do Decreto 20.910/32.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, afastada a prescrição, seja apreciado o mérito da questão como o Tribunal *a quo* entender de direito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.408-0-SP — (90.0012265-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Oswaldo Magalhães e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Zélia F. de Souza de Figueiredo Lyra e outros, e Suzana M. Pimenta C. Preta Federighi e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Ministro-Relator (em 27.11.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.110-0 — SP

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Ondina Camponez Nogueira e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Antônio Roberto Sandoval Filho, e Adriana Motta*

EMENTA: ADMINISTRATIVO — VANTAGEM FUNCIONAL — ADICIONAIS DE SEXTA PARTE — PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO — DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO — SÚMULAS 443/STF e 163/TFR.

Em se tratando de relação continuada, e inexistindo recusa formal da administração ao reconhecimento do direito pleiteado, a prescrição não atinge o fundo de direito, alcançando, tão-só, as parcelas vencidas, anteriores ao quinquênio da propositura da ação.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Ondina Camponez Nogueira e outros manifestaram recurso especial com apoio no art. 105, III, c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, unanimemente, negou provimento à apelação interposta nos autos da ação ordinária proposta contra a Fazenda Estadual, reconhecendo a prescrição do fundo de direito e não apenas as prestações que do direito defendido poderiam ocorrer.

Alegam divergência jurisprudencial com as Súmulas n^{os} 443 do STF e 163 do TFR. Invoca, ainda, julgados deste STJ que diz divergirem do acórdão recorrido.

Contra-razões às fls. 503/508.

Admitido na origem, por despacho de fls. 510/511.

Em parecer de fls. 518/520, a Subprocuradoria-Geral da República, através de manifestação da Dra. Odília Ferreira da Luz Oliveira, opinou pelo conhecimento parcial e pelo desprovimento do recurso.

É o relatório

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O acórdão recorrido reconheceu a prescrição do direito, enquanto o recorrente esposa a tese de que a prescrição alcança “apenas as parcelas quinquê-nais, pois trata-se de prestação de trato sucessivo, o fato da inexistência de ato formal da recorrida, negando o direito pleiteado”.

Conheço do recurso. Discordo do parecer de doutra Subprocuradoria-Geral da República que reconheceu a prescrição decretada pelo v. acórdão ora recorrido, por isso mesmo que divergente do entendimento deste STJ e do STF, inclusive da Súmula 443 do Pretório Excelso.

Quando do julgamento do REsp 8.057-0-SP (DJ de 05.10.92), assim manifestei meu entendimento sobre a matéria:

“A relação jurídica travada entre as partes é do trato sucessivo e inexistiu recusa formal da administração ao reconhecimento do direito dos Recorridos, razão por que a prescrição somente poderia atingir as prestações, como já assentou o STF no RE nº 110.637-9, sendo Relator o eminente Ministro Néri da Silveira.

Neste STJ, inúmeros os julgados em inteira consonância com a jurisprudência do STF, valendo transcrita a seguinte ementa:

“Administrativo. Vantagem funcional. Recálculo de vencimentos adicionais. Sexta parte. Prescrição do fundo de direito. Inocorrência.

I — se inexistir ato administrativo indeferindo, expressamente, a pretensão ou o direito reclamado, não se há falar em prescrição do fundo de direito mas, tão-só, das parcelas vencidas, anteriores aos cinco anos da propositura da ação. Precedentes.

II — Recurso desprovido” (REsp 992-SP, Relator, o saudoso Min. Geraldo Sobral, *in* DJ 01.07.91, pág. 9.161)”.

No mesmo sentido, os julgadores nos REsps nºs 5.559, Rel. Min. Américo Luz; 6.408, Rel. Min. Pedro Acioli; 16.802, Rel. Min. Garcia Vieira, todos em conformidade com a Súmula 443 do STF.”

Por tais razões, conheço do recurso e lhe dou provimento, para afastar a prescrição do fundo de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.110-0 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Rectes.: Ondina Camponez Nogueira e outros. Adv.: Antonio Roberto Sandoval Filho. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Adva.: Adriana Motta.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro-Relator (em 10.02.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.873-0 — SP

(Registro nº 9100119415)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Leonor Frungillo e outro*

Advogados: *Drs. Ana Shirley Macedo Falcão (Recte.), e Maria Elena Miranda Vedovato e outros (Recdo.)*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. ADICIONAIS DE MAGISTÉRIO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA.

PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. SUPRESSÃO. OFENSA AO ART. 475 DO CPC. CARACTERIZAÇÃO.

I — No caso, não se acha caracterizada a prescrição do fundo do direito. Inocorrência de ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910, de 1932.

II — Afastada a prescrição declarada pelo Juízo de primeiro grau, não pode o Tribunal, entendendo não prescrita a ação, adentrar no exame dos demais aspectos da causa não apreciados e decididos por aquele Juízo. Se assim fez, excedeu os limites da devolução, negando vigência ao art. 475 do CPC.

III — Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei,

Brasília, 07 de outubro de 1991 (data de julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: LEONOR FRUNGILLO E AURORA FRUNGILLO GUERRA propuseram ação sumaríssima contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em que pediram fosse a ré condenada a retificar o seu enquadramento no regime da Lei Complementar nº 444, de 1985, de modo que os pontos obtidos antes do advento da Lei Complementar nº 180, de 1978, fossem consignados nos seus prontuários a título de adicionais de magistério e, ainda, a pagar-lhes as diferenças de vencimentos, vencidas e vincendas, com os acréscimos legais.

A sentença julgou a ação prescrita (fls. 122-124) e o acórdão da Segunda Câmara de Férias da Primeira Seção Civil do Tribunal de Justiça deu provimento à apelação para julgar a ação procedente, considerando prescritas apenas as parcelas pleiteadas anteriores ao quinquênio (fls. 148):

“A ação, portanto, é julgada procedente, devendo a Fazenda proceder ao reequadramento das autoras, como pedido na inicial, pagando os atrasados, observada a prescrição quinquenal das parcelas, com correção desde o ajuizamento e juros de mora a contar da citação, devendo as autoras ser reembolsadas das custas, corrigidas de cada desembolso, computando-se sobre o total apurado em liquidação a verba honorária que fica arbitrada em 10%.”

Daí o presente recurso especial, pelas letras *a* e *c*, manifestado pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sob a alegação de que o acórdão impugnado, ao afastar a prescrição, contrariou o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, e deu-lhe interpretação divergente da que lhe tem atribuído o Supremo Tribunal Federal; e, ao julgar procedente a ação, decidindo o seu mérito, negou vigência aos arts. 475 e 515 do CPC, suprimindo um grau de jurisdição.

Contra-arrazoado (fls. 173-178), o recurso foi admitido (fls. 180), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Quanto à prescrição da ação, bem decidiu o aresto impugnado, ao afastá-la. No sentido de que a prescrição, no caso, é apenas das parcelas vencidas, anteriores ao quinquênio contado da propositura da ação, não atingindo o próprio fundo do direito, o acórdão da 1ª Turma, proferido no Recurso Estadual nº 2.140-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO — FUNCIONÁRIO — REVISÃO DE PROVENTOS — PRESCRIÇÃO — CÁLCULO DE GRATIFICAÇÃO.

O litígio não envolve a própria gratificação, sim a aplicação de critério para fixação do *quantum* devido. O venerando aresto hostilizado, afastando a prescrição e determinando ao julgador de primeiro grau o exame de mérito, não merece censura. Não houve a prescrição do fundo do direito.

Recurso conhecido unanimemente e negado provimento por maioria.”

Todavia, o aresto recorrido, ao afastar a prescrição e desde logo julgar procedente a ação, suprimiu o duplo grau de jurisdição, violando os arts. 475 e 515 do CPC. A propósito, o decidido por esta Turma no REsp 292-SP, Relator Ministro Carlos M. Velloso, onde se lê na ementa do respectivo acórdão o seguinte tópico:

“Se o Juízo *a quo* deu pela ocorrência da prescrição, não pode o Tribunal *ad quem*, entendendo não prescrita a ação, apreciar os restantes aspectos da causa não apreciados e decididos pelo Juízo de 1º grau, pois estaria a suprimir o exame obrigatório deste último, assim excedendo os limites da devolução.”

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, em parte, a fim de que os autos voltem ao Juízo de 1º grau, para o exame das questões de mérito propriamente dito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.873-0 — SP — (9100119415) — Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorridos: Leonor Frungillo e outro. Advogados: Dra. Ana Shirley Macedo Falcão (Rec-te.) e Dra. Maria Helena Miranda Vedovato e outros (Recdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.10.91 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Peçanha Martins e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 12.217-0 — SP

(Registro nº 91.00131879-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Elenir Vasconcelos e outros*

Advogados: *Drs. Luiza Yukiko Kinoshita e outros, e Antônio Roberto Sandoval Filho*

EMENTA: PRESCRIÇÃO — OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO E CONTINUADO — DECRETO Nº 20.910/32 — FUNDO DO DIREITO — AUSÊNCIA DE DENEGAÇÃO.

A prescrição, a teor do Decreto nº 20.910/32 (art. 3º), incide apenas sobre o direito de ação relativo às prestações de trato sucessivo não reclamadas no quinquênio que antecedeu a propositura da ação.

Afastada a prescrição, se o processo carece, ainda, de instrução, os autos devem retornar ao juízo de primeiro grau, para que examine a pretensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu apelação interposta pelos ora decorridos, em acórdão assim expresso:

“Os autores pleiteiam o recálculo de seus vencimentos, mediante restituição dos denominados pontos da evolução funcional, com a conseqüente revisão do enquadramento de cada um e do pagamento das diferenças salariais.

A matéria é regida pelo princípio da prescrição quinquenal das parcelas vencidas, nos termos do entendimento jurisprudencial compendiado na Súmula nº 443 do Pretório Excelso, segundo a melhor interpretação do Decreto Federal nº 20.010, de 06 de janeiro de 1932.

*Não se cuida, propriamente, de extinção de benefício funcional, nem se cogita de hipótese em que a pretensão houvesse passado pelo crivo de anterior apreciação administrativa, mediante resolução formal e explícita, de sorte que é incabível a invocação da regra da **actio nata**, que pressupõe a violação do direito.*

O fundo do direito agora reclamado não chegou a ser examinado na esfera administrativa, de modo que, na pendência da relação funcional, o que prescreve, no capítulo da remuneração dos servidores, é o direito às parcelas vencidas mês a mês, respeitado o quinquênio, mediante contagem retrospectiva desde a data do ajuizamento da causa.

Se assim não fosse, estar-se-ia afrontado o disposto no art. 3º do Decreto federal, nº 20.910/32, com violação do preceito constitucional que assegura a tutela do direito adquirido, existente ao tempo do ajuizamento da causa, atualmente previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

A propósito, cabe lembrar que a orientação firmada pela Colenda Primeira Turma Especial deste E. Tribunal, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, na Apelação Cível nº 39.416-1-SP, é no sentido de que a prescrição não flui da data da vigência da lei, mas do vencimento de cada parcela mensal (RJTJESP 104/387).

A tese jurisprudencial a que se apega a sentença veio a ser superada, no seio do Colendo Supremo Tribunal Federal (RE 114.597-8-SP, 17/3/89, 1ª Turma, Relator o eminente Ministro Octávio Gallotti) e repudiada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (RE 26-SP, Relator o ilustre Ministro Garcia Vieira, in DJU 23.10.89, pg. 16.191).

Além disso, no caso concreto, milita circunstância de relevo, no que se refere ao posterior reconhecimento administrativo, em caráter normativo, do direito pleiteado pelos servidores, pelo Despacho Normativo do Sr. Governador do Estado, datado de 25 de abril de 1984, expressamente invocado na inicial.

Ora, a ação foi proposta em 21 de dezembro de 1987. Logo, não há falar em prescrição do direito respectivo, senão em relação às prestações pecuniárias mensalmente vencidas.

De resto, os inúmeros precedentes jurisprudenciais deste E. Tribunal, invocados pelos autores, fortalecem esse convencimento, nada justificando a restrição suscitada a esse título pela Fazenda do Estado.

Por conseguinte, é de rigor o afastamento do decreto extintivo do processo.

Todavia, o acolhimento da pretensão recursal não é integral, porquanto os apelantes pleiteiam, desde logo, a decretação da procedência da demanda, o que não é cabível, no presente estágio processual, sob pena de supressão de um grau na jurisdição.

Em conseqüência, devem os autos voltar ao r. Juízo de primeira instância, para apreciação da questão de mérito propriamente dito" (fls. 504/506).

O Estado de São Paulo opôs recurso especial contra este acórdão.

Invocou os permissivos constitucionais das letras *a* e *c*. Alegou violação ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e dissídio pretoriano.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): A controvérsia relaciona-se com a incidência da prescrição. Indaga-se:

este fenômeno, extintivo da ação, atingiu o direito de pedir reenquadramento?

ou terá incidido apenas sobre as prestações vencidas há mais de cinco anos?

A resposta encontra-se no art. 3º do Decreto nº 20.910, assim expresso:

“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.”

O Tribunal Federal de Recursos e o Supremo Tribunal Federal reduziram, nas Súmulas nºs 163 e 443, respectivamente, a correta interpretação deste dispositivo:

Súmula 163 — “Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrevem as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Súmula 443 — “A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se assentou neste sentido.

No REsp nº 13.441 a 1ª Turma decidiu:

“A prescrição, a teor do art. 3º, do Decreto 20.910/32, incide apenas sobre o direito de ação relativo às prestações de trato sucessivo não reivindicadas no quinquênio que antecedeu o pedido.”

A 2ª Turma também homenageou o art. 3º do Decreto 20.910, proclamando:

“Não há falar em prescrição do fundo do direito, se não foi indeferida, expressamente, pela administração, a pretensão, ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede a citação para a ação” (REsp nº 215)

O acórdão recorrido, inclusive no que se refere à determinação para que os autos retornem ao Juízo de primeiro grau para complementação do julgado, confere com a jurisprudência assentada nesta Corte.

Nego provimento ao recurso especial

Peço vênias para, nos termos do art. 126 do nosso Regimento Interno, propor a remessa destes autos à Primeira Seção, para que se assente em Súmula esta orientação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.217-0 — SP — (91.00131879-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Adv.: Luiza Yukiko Kinoshita e outros. Recdos.: Elenir Vasconcelos e outros. Adv.: Antonio Roberto Sandoval Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 29.06.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.448-8 — SP

(Registro nº 92.0029612-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Plínio de Albuquerque Furtado e outros*

Advogados: *Drs. Antônia Marilda Ribeiro Alborgueti e outro e, Antônio Roberto Sandoval Filho*

EMENTA: RESP — EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA — DIREITO ADMINISTRATIVO — PRESCRIÇÃO — OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. O direito se constitui, conserva-se, modifica-se ou se extingue com base em acontecimento histórico, denominado suposto fático. Em se tratando de vencimento de funcionário, porque se repete mês a mês, sempre que não for efetuado, ou pago a menor, começa novo prazo, evidentemente, relativo ao respectivo mês. O direito incorporara-se ao patrimônio. A inação alcança somente os efeitos desse direito, vale dizer, as parcelas mensais. Pouco importa que administrativamente haja negativa da pretensão. O direito decorre da lei. Ato administrativo, porque hierarquicamente inferior, não pode contrastá-la. A coercibilidade mantém-se íntegra quanto ao quinquênio anterior ao início da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Sr. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto pelo Estado de São Paulo nos autos dos Embargos Infringentes em que contende com Plínio de Albuquerque Furtado e outros, objetivando a reforma do v. acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastando a prescrição da ação visando à incidência de adicionais por tempo de serviço de forma recíproca e enquadramento nos arts. 3º e 4º das Disposições Transitórias da LC 180/78, objetivando, também percepção de atrasados, sob o entendimento de que apenas as parcelas anteriores ao quinquênio são atingidas.

O Recorrente argúi:

“De fato, com a edição da LC 180/78, que introduziu modificações na sistemática de cálculo dos adicionais e da sexta parte, é que teria ocorrido a violação do direito material perseguido pelos recorridos, ou seja, a partir da primeira prestação periódica, sem a inclusão do benefício pleiteado, houve negativa implícita, por parte da administração pública e, a partir dessa data, nasceu o direito à propositura da ação.

No entanto, os recorridos se quedaram inertes apenas deduzindo pretensão ao direito perseguido após o decurso do prazo previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32 e, portanto, o direito de ação está irremediavelmente prescrito” (fls. 365).

Sustenta, outrossim, ocorrência de divergência jurisprudencial, trazendo à colação decisões desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Contra-razões às fls. 379/403.

Admissão do Recurso Especial às fls. 405/406.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A matéria deste recurso foi enfrentada, anteriormente, neste Tribunal, mais de uma vez.

No REsp nº 1.430-SP, por maioria, vencido o ilustre Ministro Ilmar Galvão, como Relator e integrante da Eg. 2ª Turma, deduzi:

“Sr. Presidente, a matéria fática é a seguinte: a Constituição Paulista estabeleceu:

“O adicional por tempo de serviço, sempre concedido por quinquênios, 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. Precedentes. 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.151/152).

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, 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 do 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”.

Reeditando tais considerações, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.448-8 — SP — (92.0029612-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo.

Adv.: Antônia Marilda Ribeiro Alborgheti e outros. Recdos.: Plínio de Albuquerque Furtado e outros. Adv.: Antônio Roberto Sandoval Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 24.11.92 — 6º Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.



RECURSO ESPECIAL Nº 31.661-7 — SP

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Advogados: *Valdeci dos Santos e outros*

Recorridos: *Alberto Lian e outros*

Advogada: *Célia Mollica Villar*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. VANTAGENS. PRESCRIÇÃO.

Tratando-se de vantagem devida a funcionário público, referente a pagamento efetuado parceladamente, a prescrição não atinge o próprio fundo do direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Flaquer Scartezzini e José Dantas.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de fevereiro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em razão de não se conformar com o v. aresto de fls. 927/927 v., que não reconheceu a prescrição do próprio fundo de direito, mas apenas de parcelas referentes a gratificações devidas a ocupantes de cargos de nível universitário e ligados às atividades médicas, previstas nas Leis Municipais 9.708/84, 9.740/89 e 9.904/85.

Diz a recorrente que assim decidindo contrariou o art. 178, § 10, do Código Civil, e o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, pertinentes à prescrição e divergiu de julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal (fls. 930/937).

Os recorridos contra-arrazoaram (fls. 939/945), e o especial foi admitido (fls. 947/948).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Acolheria a prescrição, caso os autores pedissem enquadramento ou reclassificação; ou extinção de alguma gratificação. O que eles pretendem é o recebimento de gratificações previstas em leis municipais e que não foram pagas.

Ao caso dos autos tem pertinência o julgado do colendo Supremo Tribunal Federal, RE nº 80.913-RS (RTJ vol. 84, ps. 193/197).

Disse, com grande autoridade, o Ministro RODRIGUES ALCKMIN:

“É certo que a relação funcional não prescreve mesmo porque o que prescreve são pretensões, fundadas ou infundadas. Assim, se a lei outorga determinada vantagem pecuniária a uma classe funcional, quem se encontre em tal classe terá direito à vantagem pecuniária. Se a Administração não efetua o pagamento devido, prescrevem as parcelas (Decreto nº 20.910, art. 3º). A pretensão deduzida, aí, é a de perceber a vantagem — não, a de ser considerado integrante de determinada classe ou categoria funcional.

Mas se a lei concede reestruturação, ou reenquadramento e a Administração não dá nova situação funcional ao servidor (situação cujos ganhos seriam melhores), a pretensão a ser deduzida é a de obter esse enquadramento. Essa pretensão prescreve.

*O termo inicial da prescrição corresponde ao da **actio nata**. Se a Administração deve praticar, de ofício, ato e reenquadramento, e o pratica, excluindo o interessado, desse ato nasce a ofensa a direito e a conseqüente pretensão a obter judicialmente a satisfação dele. Se a Administração, que deve agir de ofício, se omite e o não há prazo para que pratique o ato, pelo que a omissão não corresponde à recusa, ainda não corre a prescrição” (RTJ, vol. 84, p. 194).*

E o não menos acatado Ministro CUNHA PEIXOTO afirmou que o tema é dominado pelo interesse público:

“A relação entre o funcionário e o Estado, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, é estatutária; e isto leva a admitir, em tese, a imprescritibilidade de seu direito, já que este direito está preso à modificações necessárias ao interesse do Estado. O que comanda é o interesse público, se este leva a conceder determinada situação ao funcionário, este direito não precisa ser pleiteado, nem mesmo invocado. A administração deve enquadrá-lo na nova situação.

Daí não se pode dizer que o direito do funcionário à nova condição atribuída por lei prescreve, se a administração não o coloca nesta posição e ele não reclama dentro de cinco anos” (ob. citada, p. 196).

Ora, no caso dos autos, cumpria à Administração agir de ofício compatibilizando a situação de cada funcionário de acordo com a lei posta em vigor, se ficou inerte, isso não corresponde a uma negativa.

Desse modo, inexistente a violação de lei federal aventada, deixo de conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.661-7 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advs.: Valdeci dos Santos e outros. Recdos.: Alberto Lian e outros. Adva.: Célia Mollica Villar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 17.02.93 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Flaquer Scartezzini e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.