
AGRAVO DE INSTRUMENTO 38921

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AGRAVADO: PEDRO B. ESCOBAR DA SILVA E OO.
ORIGEM: II VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RELATOR: DES. ADROALDO F. FABRÍCIO

PARECER

PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL – fundo de direito – *actio nata*

PEDRO BONIFÁCIO ESCOBAR DA SILVA e Outros Agentes Fiscais do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE ajuizaram, contra este, em 03.11.82, ação ordinária, para haverem as gratificações, de 50% de *dedicação exclusiva* e de 50% de *impedimento ético*, alegando, para obtenção da primeira, trabalharem no regime de 44h semanais e, para o segundo, serem detentores de cargo de nível superior, expressamente impedidos, pela função, de exercerem atividades particulares.

Invocaram a Lei 3.236/68, sem indicarem o dispositivo (ou dispositivos) correspondente(s). Entretanto, o preceito que lhes aparentava dar guarida era o art. 62, que assim estava redigido:

“Os funcionários detentores de cargo de nível superior, inclusive os excedentes, que estejam impedidos expressamente da prestação de serviços particulares, por motivo de ordem legal ou ética, perceberão a gratificação a que alude o art. 60” (Este dava ao funcionário em *regime especial* de trabalho a gratificação de 50% do *vencimento do cargo*). E o mesmo art. 62, § 1º, aduzia:

“Quando o funcionário enquadrado na situação prevista neste artigo e, simultaneamente, convocado para o regime especial, perceberá a gratificação de *mais 50%*.”

Contestando, o MUNICÍPIO alegou a *prescrição quinquenal* do Decr. 20.910/32, demonstrando que o art. 62 da Lei 3.236/68 foi *derrogado* pela Lei 3.544, data de 15.10.71 e que a própria Lei 3.236/68 foi expressamente *revogada* pelo art. 74 da Lei 3.862, em vigor desde 29.03.74. Dos textos legais exibidos, os preceitos invocados pelo MUNICÍPIO estão a fls. 48 (art. 62, da Lei 3.236/68), 51/52 (Lei 3.544/71, cujo art. 1º deu nova redação a *todo o Capítulo III* do Título IV da Lei 3.236/68 e cujo art. 2º revogou a disposições da Lei 3.236 que com a nova lei colidam, sem dar nova redação ao antigo art. 62 da lei alterada) e a fl. 78, onde está a revogação explícita da Lei nº 3.236/68, em que os AA. alimentam sua pretensão.

O Magistrado, pela decisão trasladada a fl. 22, rejeitou a prescrição quinquenária invocada pelo contestante, “*verbis*”:

“Os direitos decorrentes de relação estatutária, que sirvam de base legal à concessão de vantagens a funcionários públicos, não prescrevem. Apenas seus efeitos, mormente os econômicos, é que podem ser atingidos pela prescrição”.

Inconformado, o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE agrava de instrumento.

1. O agravo é tempestivo, porquanto o recorrente goza do duplice prazo do art. 188 do CPC e o dia em que o prazo especial se vencia caiu em sábado, prorrogando-se até a segunda-feira seguinte, quando foi o agravo protocolado e despachado pelo juiz.

2. A decisão agravada filiou-se à velha tese da imprescritibilidade do fundo de direito, também chamada de *actio nata*, criada por Elóy José da Rocha neste Tribunal, quando Desembargador, e transplantada para o Excelso Pretório, na condição de Ministro, e que ali teve triunfante, porém, efêmera duração.

a) A sólida jurisprudência do STF é aquela consubstanciada na Súmula 443, assim expressada pelo venerável Min. Luiz Gallotti:

“Prescrição. Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo; mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para o reconhecimento do direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem causa” (Transcrita no RE 68.119-RTJ 73/137).

b) A tese do Min. Elóy da Rocha partia da interpretação isolada do art. 3º do Decreto 20.910/32 (editado em tempo de ditadura e que tinha força de lei). Mas, não atentava para a distinção, constante do art. 4º, entre “reconhecimento” e “pagamento”. Ora, o art. 3º só fala em “pagamento” e em “prestações”, pressupondo o anterior “reconhecimento” ou, ao menos “direito não negado”, ressaltando, apenas, o mero “pagamento não efetuado”. Falava o Min. Elóy da Rocha em “imprescritibilidade do ‘fundo de direito’”. Mas não atinou para o fato de que o “fundo de direito” estabelece-se pelo “reconhecimento” desse direito pela administração e que apenas o “não pagamento”, ou a não solvência do “direito reconhecido” ou “não negado” é que vem ressaltado na “prescrição sucessiva” do art. 3º.

Ora, se o art. 1º do Decr. 20.910 diz que prescreve, não só a ação, mas todo e qualquer direito contra a Fazenda, *seja qual for a sua natureza*, que misterioso “fundo de direito” é esse, mais imune à prescrição do que o próprio direito em si?!

c) A teoria Elóy da Rocha, daqui transplantada para o STF, impressionou, de início, e, até, chegou a conseguir unanimidade, ao menos em turma isolada.

Mas, o próprio co-estaduano, Min. Thompson Flores, que prestigiava a teoria do colega Elóy, já o abandonou no julgamento do RE 80.338, sob a ementa:

“Prescrição em favor da Fazenda Pública. O Dec. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, se aplica às pretensões decorrentes de todos os direitos pessoais contra a União, Estados e Municípios. No caso, a pretensão prescrita foi a desconstituição do ato de reforma do recorrente, razão por que não há como alegar-se que apenas prescreveu a pretensão a prestações” (RTJ, 75/236).

A teoria "Elóy da Rocha" sofreu outra derrota pela ascensão ao Pretório Excelso de outro co-estadano seu, o Min. Leitão de Abreu, que se filiou, de logo, à orientação do Min. Gallotti e nunca dela arredou-se. Assim, votou com os ministros Alkimin, Moreira Alves e Xavier de Albuquerque, no RE 80.913, sob a ementa:

"Prescrição. Pretensão e reenquadramento, de que adviriam melhores proventos. Prescrição que não se restringe a parcelas de proventos, somente, mas que se refere à pretensão de reenquadramento". RE do Estado "conhecido e provido" (RTJ 84/193).

O próprio Ministro Elóy José da Rocha, em 17.12.74, no julgamento do ERE 69.621, como Presidente e após pedir vista, acabou aderindo ao voto do Min. Djaci Falcão, que assim fundamentara:

"Conforme ficou esclarecido no relatório, na instância de origem foi reconhecida a prescrição do direito do embargante (retificação do ato de reforma, para que se lhe reconheça o posto de major), por força do disposto no art. 3º do Dec. 4.597, de 1942" (Obs. O Dec. 4.597, no art. 3º, faz menção ao Decr. 20.910/32).

E conclua Djaci Falcão, sem restrição de Elóy: "Mas, como se vê, cuida da prescrição de parcelas e não da prescrição do próprio direito".

E, com esses fundamentos, não conheceram dos embargos.

Donde se conclui que o Min. Elóy da Rocha despediu-se de sua teoria e a deixou, agora, também órfã de pai. Isso, já em 1974!

d) De 1974 para cá, o STF vem mantendo ilibada sua sólida jurisprudência, acolhedora da prescrição quinquenal em favor da Fazenda Pública, quando se trata de declaração, pelo Judiciário, de direito "não reconhecido" ou "negado" pela Administração.

Assim, no ERE 73.958 (DJU de 21.10.77, fls. 73/79), o PLENO DO STF manteve decisão do TFR, que continha a expressiva ementa:

"Prescrição quinquenária. Ato instantâneo. A prescrição quinquenária atinge o fundo de direito, quando se cogita de ato instantâneo da Administração".

A seguir, as decisões do Sumo Pretório multiplicaram-se uniformes. Cito, apenas, por recentíssimas, duas ementas do corrente ano de 1984, uma da 1ª Turma e outra da 2ª Turma:

RE 102071:

"Prescrição quinquenal. Vantagem não incorporada (adicionais por tempo de serviço). Prescrição do direito. Decreto 20.010/32, art. 1º. Distinção entre a simples prescrição das prestações vincendas, regulada pelo art. 3º do Decreto 20.910, e a prescrição do fundo do direito, prevista no art. 1º, que está em causa. Jurisprudência do STF consubstanciada em que a prescrição, pelo princípio da "actio nata", atinge o próprio direito instituído quando não reclamado "oportuno tempore". Recurso extraordinário (do Estado de São Paulo) conhecido e provido" (DJU, 155, pág. 12451, de 10.09.84).

RE 98.446: EMENTA:

"Administrativo. Prescrição. Quando negado pelo ato da Administração o *fundo do direito*, a prescrição quinquenal *atinge a própria relação jurídica*. A prescrição apenas das prestações diz respeito à hipótese em que a relação jurídica fundamental não tenha sido atingida pelo ato administrativo. Aplicação do art. 1º do Decreto 20.910, de 6.1.1932 e da Súmula 443" (DJU nº 179, pág. 14.918, de 14.09.84).

3. Apreciemos, pois, a hipótese dos agravados e sua inércia quinquenal.

a) Os autores CLAUDIONOR VIEIRA DE AGUIAR, EDGAR IRIO SIMM, HARALD VILLY ANTENHOFEN e JOSÉ AMORIN FAGUNDES GOMES jamais tiveram o direito pretendido reconhecido. A Lei 3.236/68 teve seu art. 62 vigente até 14.10.71, eis que a Lei 3.544/71, ao modificar a redação de *todo o Capítulo III* (que englobava os arts. 53 a 62) omitiu este último e disse revogadas as disposições colidentes da Lei 3.236. Logo, o velho art. 62 cessou sua eficácia a contar de 15.10.71 (data da nova Lei 5.554).

Assim não fora, a total revogação, expressa, da Lei 3.236/71, elidiu, para o futuro, a contar de 29.03.74, qualquer direito a esses quatro AA., que, nunca tendo pleiteado administrativamente o direito, só judicializaram o pleito a 03.11.82. Portanto, a pretensão de *reconhecimento* do direito buscado, nos termos do art. 1º do D. 20.910, não poderia buscar "efeito sem causa", como dizia GALLOTTI. Nem há prestações a recolher nos últimos cinco anos do ajuizamento, simplesmente porque, com absoluta certeza, desde 29.03.74, nada mais lhes pode ser deferido, por falta de lei autorizadora.

b) Já a pretensão dos demais AA. oferece aparente dificuldade. Eles reclamaram, administrativamente, o direito invocado, em 1969, tendo deferimento parcial em despacho de 06.11.75, só, porém, deferindo-lhes a vantagem de 50% do impedimento ético e, assim mesmo, com término a 15.10.71.

Dess'arte, embora o tardio despacho só ocorresse em 06.11.75, o direito *apreciado* e deferido findou em 30.04.74 — data da lei extintora final da vantagem. Não tinha, pois, o condão de reabrir o quinquênio prescricional, de direitos posteriores a 30.04.74. E, desta data (30.04.74), até o ajuizamento da ação (03.11.82) já fluira o quinquênio fatal.

Nem o proc. 23.425/78 tinha o condão de interromper e, nem mesmo, de suspender o curso prescricional, porque pleiteante era, no caso, a ASSOCIAÇÃO DOS INSPETORES E AGENTES MUNICIPAIS — "AIAMU". Sabido é: "associação" não tem direito de representação, como os sindicatos, não podendo pleitear direitos dos associados, com força impeditiva de curso prescricional, sem procuração dos filiados. O pleito, no caso, é, meramente, político. Não é jurídico, só este apto a obstar fluxo de prazo.

Do exposto, tenho que, também os 16 restantes AA, beneficiados em 06.11.75, mas somente sobre direitos pugnados até 30.04.74, já tinham sido atingidos pela prescrição quinquenária dos direitos posteriores a 30.04.74, quando acionaram, judicialmente, o MUNICÍPIO, em 03.11.82.

4. O reconhecimento da prescrição, desde logo, evitará o curso de um pleito inútil, seja porque, a contar de 30.04.74, o pretendido assento legal de suas pretensões foi fulminado em definitivo, seja porque é absurdo que os AA. — cujo regime normal é de 44h semanais e já percebem outra vantagem, a título de GRATIFICAÇÕES DIVERSAS, instituídas, desde 30.04.74, consagradas pelo art. 56 da Lei 3.682/74 (e seus cargos exigem nível superior de graduação) — possam sobrepor à gratificação, típica de seus cargos superiores, outra gratificação a título de impedimento ético pelo mesmo nível superior. Nem farão jus à remuneração correspondente ao regime especial, de dedicação exclusiva, cuja carga horária é de 44h, quando o regime normal de seus cargos já é de 44h semanais, ou mais um pouco, porque trabalham sábados e domingos, se necessário, por força dos excepcionais cargos — os mais remunerados da escala municipal de Porto Alegre, como salienta o nobre Agravante.

OPINO, pois, ponha-se fim ao inútil litígio, que busca vantagem revogada há um decênio, declarando-se, de logo, a incidência do art. 1º do Decreto 20.910.

É o parecer.

Porto Alegre, 04 de outubro de 1984.

JOAQUIM MARIA MACHADO
Procurador de Justiça