



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000355881

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0007052-68.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSE MARIO RODRIGUES PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

RENATO DELBIANCO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Voto nº 4475

Apelação Cível nº 0007052-68.2012.8.26.0053

Apelante : JOSÉ MARIO RODRIGUES PEREIRA

Apelado : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca : SÃO PAULO

Juiz de 1º Grau: Dr. THIAGO MASSAO CORTIZO TERAOKA

Agente de escolta e vigilância penitenciária – Horas extras – Prestação de serviço junto ao GAR (Grupo de Ação Regional) por período de vinte e quatro horas diárias – Admissibilidade – Prestação de serviços que não se enquadra no Regime Especial de Trabalho Policial (RETP) – Inteligência do inciso XI, do artigo 7º da Constituição Federal, c.c. o artigo 124, § 3º, da Constituição Estadual, e artigo 135, inciso I, da Lei nº 10.261/68 – Prescrição de parte do pedido – Precedente desta E. Corte – Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação que visava à condenação da ré a pagar ao autor horas extras pelos serviços prestados junto ao Grupo de Ação Regional – GAR, e que foi julgada **improcedente** pela r. sentença de fls. 93/94.

Sustenta o apelante que no presente caso não se aplica o RETP, pois ficava em regime de aquartelamento à disposição durante vinte e quatro horas por dia, sem receber qualquer valor referente a horas extras. Alega que a imposição de horas extras desmedidas, sem seu pagamento, gera enriquecimento ilícito da Administração Pública. Aduz que apesar de a convocação ser facultativa, tal fato não significa que esta possa ser gratuita. Afirma que seu direito vem embasado no que vem previsto no artigo 7º, incisos XIII e XVI, ambos da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Constituição Federal.

O recurso recebeu resposta.

É o breve relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Visa o apelante, com a presente ação, seja a ré condenada a lhe pagar horas extras, devidamente corrigidas, com adicional e 50%, por ter efetuado jornada integral de vinte e quatro horas para o trabalho extraordinário junto ao GAR (Grupo de Ação Regional) nos seguintes períodos:

Ano de 2006: de 05.06 à 08.06; de 12.06 à 18.06; de 19.06 à 02.07; de 17.07 à 24.07; de 03.07 à 10.07; de 17.07 a 30.07; de 01.08 à 30.08; de 01.09 à 23.09; de 01.10 à 31.10; de 01.11 à 30.11.

Ano de 2007: de 01.01 à 31.01; de 01.03 à 31.03; de 01.04 à 30.04; de 01.10 à 31.10.

Ano de 2008: de 01.07 à 31.07.

Inicialmente, convém consignar que a análise do pedido formulado na inicial se limitará aos pedidos de horas extras referentes ao período de 01.10 à 31.10 de 2007, e de 01.08 à 31.07 de 2008, tendo em vista que os demais períodos foram atingidos pela prescrição.

De acordo com o artigo 1º do Decreto n. 20.910/32, 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 sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem, *in verbis*:

"Art. 1.º 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 sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data ou fato do qual se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

originarem”.

No caso, o lapso prescricional conta-se da data do término de cada período em que o apelante alega ter laborado em regime ininterrupto de vinte e quatro horas.

Assim, consoante se verifica dos períodos de 05.06 à 30.11 de 2006 e de 01.01 à 30.04 de 2007, tem-se ter decorrido o prazo prescricional aventado.

Desta forma, sendo a prescrição matéria de ordem pública, podendo ser conhecida a qualquer tempo, consoante prevê o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei 11.280/06, seu reconhecimento quanto ao período demonstrado se mostra imperativo.

Quanto aos demais pedidos, razão assiste ao apelante.

Conforme se verifica pela documentação acostada aos autos, o apelante comprovou que foi convocado para integrar o GAR (Grupo de Ação Regional), nos períodos de 01.07.07 à 31.10.07 (fls. 45, 46 e 60) e de 01.07.08 à 31.07.08 (fls. 47/49).

A atividade em apreço exige que o servidor público seja afastado de sua unidade de serviço para laborar em outro local, ficando sujeito a uma jornada ininterrupta de vinte e quatro horas diárias, recebendo para tanto, apenas verbas para alimentação, alojamento e diárias.

Assim sendo, pela prestação de serviço de forma ininterrupta de vinte e quatro horas diárias, observa-se que referida jornada não se encontra amparada pela Gratificação por Regime Especial de Trabalho Policial (RETP), uma vez que não se enquadra no que vem previsto no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

artigo 1º da Lei nº 10.291/68 que prevê em seu parágrafo único:

"O Regime Especial de Trabalho Policial de que trata este artigo se caracteriza:

- I - pela prestação de serviços em condições precárias de segurança, cumprimento de horário irregular, sujeito a plantões noturnos e a chamadas a qualquer hora; e**
II - pela proibição do exercício de qualquer atividade particular remunerada, exceto as relativas ao ensino e à difusão cultural".

No caso, a convocação feita para trabalho junto ao GAR, não se enquadra nas hipóteses elencadas pela Lei nº 10.291/68, tendo em vista tratar-se de prestação de serviço em horário regular, consistente em vinte e quatro horas diárias, em regime de aquartelamento, conforme alega o próprio apelante em suas razões de recurso.

Destarte, visando impedir a prática de locupletamento ilícito por parte da Administração, a concessão de horas extraordinárias é de rigor, consoante prevê o inciso XI, do artigo 7º da Constituição Federal, c.c. o artigo 124, § 3º, da Constituição Estadual, e artigo 135, inciso I, da Lei nº 10.261/68, uma vez que ficou comprovado nos autos o exercício do trabalho, por período prolongado, nas datas mencionadas, bem como por inexistir qualquer informação que comprove qualquer compensação feita por parte da Administração em tais períodos.

Neste sentido:

Servidor Público Estadual. Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária. Horas extras. Cabimento. Convocação para Grupo de Ação Regional. Situação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fora do alcance da gratificação por Regime Especial de Trabalho Policial (RETP). Prescrição, no entanto, de parte da pretensão. Recurso provido em parte. (Apelação Cível nº 0007046-61.2012.8.26.0053, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. em 04.09.13).

Ante tais ponderações, a ação era de ser julgada parcialmente procedente para que seja deferido ao apelante o pagamento das horas extraordinárias laboradas nos períodos de 01.10.07 à 31.10.07, e de 01.07.08 à 31.07.08, com juros e correção monetária fixados nos termos da Lei nº 11.960/09.

Apesar de declarada a inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09 pelo Excelso Pretório, nos autos das ADI's nºs 4357 e 4425, embora já publicado o acórdão, tal decisão não transitou em julgado, e, ainda, segundo orientação da própria Corte Suprema¹, a referida norma deverá ser aplicada até eventual modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (artigos 27 e 28 da Lei 9.868/99).

A propósito, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, a Presidência deste E. Sodalício expediu o Comunicado n.º 276/2013:

"A Presidência do Tribunal de Justiça, face à declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2009, comunica que serão mantidos, de acordo com a sistemática atual, os trabalhos desenvolvidos pela Coordenadoria e Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos deste Tribunal de Justiça, até a publicação e modulação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 4357."

¹ Despacho proferido pelo Min. Luiz Fux na ADIN nº 4.425 (DJe 15.04.2013); Medida Cautelar na Reclamação nº 16.858/RS, Rel. Min. Dias Toffoli (DJe 31.01.2014); Medida Cautelar na Reclamação nº 16.745/SC, Rel. Min. Teori Zavascki (DJe 19.11.2013); Medida Cautelar na Reclamação nº 16.855/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia (DJe 10.02.2014).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ademais, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade em questão opera efeitos *erga omnes*, após seu trânsito em julgado, o quanto decidido no Acórdão proferido nas ADIN's n^{os} 4357 e 4425 abrangerá, independentemente de nova decisão judicial, os processos e execuções em curso, de modo que não se vislumbra prejuízo aos autores.

Para fins de possibilitar o acesso das partes às Instâncias Superiores, dou por prequestionadas as matérias constitucionais e legais alegadas em recurso pelas partes, nos termos das razões de decidir já externadas no voto, deixando de aplicar dispositivos constitucionais ou legais não expressamente mencionados e/ou tidos como aptos a fundamentar pronunciamento judicial em sentido diverso do declinado.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso, devendo a apelada arcar com o pagamento de verba honorária que se fixa em R\$ 800,00, nos termos do artigo 20, § 4 do Código de Processo Civil.

RENATO DELBIANCO
Relator