



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1012643-65.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Sistema Remuneratório e Benefícios**
 Requerente: **FERNANDO PEREIRA FERREIRA**
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

Fernando Pereira Ferreira, servidor público estadual, moveu a presente ação contra Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Narra que, pelo exercício de cargo ou função que lhe proporcionava remuneração superior à do cargo de que é titular, incorporou 5/10 da diferença ao longo dos anos, nos termos do art. 133 da Constituição Estadual. Todavia, com o aumento de seu salário-base, a ré procede à redução no valor de sua verba incorporada, o que não é admissível, por ofensa à irredutibilidade dos vencimentos prevista no art. 37, XV da Constituição Federal. Além disso, a verba incorporada deve ainda integrar a base de cálculo da sexta parte e do adicional por tempo de serviço. Sob tais fundamentos, pede (a) declaração de que os décimos incorporados não podem ser reduzidos ou suprimidos (b) declaração de que os décimos incorporados devem compor a base de cálculo da sexta parte e dos quinquênios (c) condenação da ré na obrigação de restabelecer o pagamento integral dos décimos incorporados (d) condenação da ré incluir na base de cálculo da sexta parte e dos quinquênios os décimos incorporados (e) condenação da ré na obrigação de pagar a diferença decorrente da inobservância dos itens anteriores.

Contestação apresentada, alegando a fazenda estadual que (a) com o aumento salarial do servidor, seja no próprio cargo base, seja em razão de promoção, deve haver o recálculo


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

dos décimos incorporados, nos termos do art. 8º do Decreto nº 35.200/1992, que regulamenta a aplicação do art. 133 da Constituição Estadual (b) em razão de alterações na remuneração do autor ao longo dos anos, houve uma redução na diferença entre os vencimentos do cargo efetivo e a função de direção que deu ensejo aos décimos incorporados (c) os décimos incorporados já são calculados também sobre o adicional por tempo de serviço e a sexta parte, motivo pelo qual não devem integrar a base de cálculo destes últimos, sob pena de efeito cascata. Sob tais fundamentos, pede a improcedência da ação.

O autor ofereceu réplica.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas.

Quanto ao caráter variável dos décimos incorporados, improcede a ação.

O art. 133 da Constituição Estadual prevê que "o servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos."

O Decreto nº 35.200/1992, que regulamenta a aplicação do dispositivo constitucional, estabelece em seu art. 8º que "as diferenças de remuneração, correspondentes aos décimos incorporados pelo servidor, serão recalculadas de acordo com as alterações ocorridas no cargo ou na função de que seja titular ou ocupante e nos cargos ou funções de remuneração superior, que haja exercido, inclusive as decorrentes de promoção, acesso, reestruturação, transformação ou reclassificação".

A norma regulamentadora, portanto, compreendeu o direito do servidor como o direito a uma diferença, variável ao longo do tempo, entre duas remunerações: a remuneração do cargo ou função de que seja titular, e a remuneração pertinente ao cargo ou função que deu ensejo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

aos décimos incorporados.

Está correta essa compreensão, que se fundamenta no escopo do benefício garantido constitucionalmente: garantir, na proporção incorporada, a vantagem que o servidor teria se estivesse ainda a exercer o outro cargo ou função.

Justamente por isso a verba não é fixa, e sim variável, como seria variável ao longo do tempo a vantagem financeira do servidor que tivesse continuado a exercer o cargo ou função diferenciado.

Cabe dizer que essa interpretação da norma – que é a correta - não é necessariamente desvantajosa para o servidor, na comparação com a interpretação ora proposta pela parte autora. Será desvantajosa no caso de, por exemplo, ao longo do tempo aumentar somente a remuneração do cargo ou função de que seja o servidor titular, o que diminuirá a diferença. Mas será vantajosa, por exemplo, no caso de ao longo do tempo aumentar somente a remuneração pertinente ao cargo ou função que deu ensejo aos décimos incorporados, o que então importará em majoração da diferença.

Não há, por outro lado, ofensa à irredutibilidade dos vencimentos prevista no art. 37, XI da Constituição Federal, vez que, segundo o Supremo Tribunal Federal, a garantia diz respeito à somatória das parcelas que compõem os vencimentos, e não a cada parcela, isoladamente considerada (MS 33561 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªT, j. 14/10/2016).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo formou jurisprudência amplamente majoritária no sentido de que, realmente, não há qualquer invalidade na sistemática adotada pelo art. 8º do decreto já referido: Apelação 1032068-02.2015.8.26.0053, Rel. Maurício Fiorito, 3ª Câmara de Direito Público, j. 02/05/2017; Apelação 1046907-32.2015.8.26.0053, Rel. Marcelo Berthe, 5ª Câmara de Direito Público, j. 07/11/2016; Apelação 1042594-91.2016.8.26.0053, Rel. Evaristo dos Santos, 6ª Câmara de Direito Público, 3ª Vara de Fazenda Pública, j. 05/06/2017; Apelação 0046526-26.2011.8.26.0071, Rel. Magalhães Coelho, 7ª Câmara de Direito Público, j.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

26/08/2013; Apelação 1031999-67.2015.8.26.0053, Rel. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, j. 23/08/2016; Apelação 1000282-93.2016.8.26.0411, Rel. Osvaldo de Oliveira, 12ª Câmara de Direito Público, j. 31/05/2017.

Quanto à inserção dos décimos incorporados na base de cálculo do adicional por tempo de serviço e sexta parte, procede a ação.

A sexta-parte e o adicional por tempo de serviço estão previstos no art. 129 da CE/SP: "ao servidor público estadual é assegurado o recebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo, por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no artigo 115, XVI, desta Constituição."

Quanto à sexta parte, o dispositivo assegura expressamente que incida sobre: os "vencimentos integrais", não sobre os "vencimentos parciais"; os "vencimentos", e não sobre o "vencimento" ("vencimento" é o salário-base, ou seja, a a retribuição devida ao funcionário pelo exercício do cargo; "vencimentos" equivale ao vencimento mais as vantagens permanentes. Nesse sentido: JOSÉ AFONSO DA SILVA, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª Ed. RT, pp. 571; HELY LOPES MEIRELLES, in Direito Administrativo, 30ª Ed., Malheiros, p. 459/460).

Sob tal premissa, a legislação não pode burlar a base de cálculo garantida ao servidor público estadual.

O TJSP, lapidando gradualmente a orientação assentada com a Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 193.485-1/6-03, tem entendido de modo preponderante que as parcelas de caráter genérico e não eventual devem integrar a base de cálculo da sexta-parte, estejam ou não incorporadas à remuneração.

Sobre o adicional por tempo de serviço, não se ignora que o referido dispositivo constitucional cuida do adicional por tempo de serviço e da sexta-parte mas, expressamente, alude aos "vencimentos integrais" como base de cálculo da respectiva vantagem pecuniária apenas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

quando trata da sexta-parte, não utilizando tal expressão quando cuida do adicional por tempo de serviço.

Todavia, tendo em vista que a finalidade das duas é a mesma, qual seja, premiar o servidor que permanece no serviço público, não há razão que justifique a desigualação. Sendo assim, a interpretação sistemática, baseada na própria natureza tanto do adicional por tempo de serviço quanto da sexta-parte, leva à conclusão de que também o adicional por tempo de serviço deve basear-se nos "vencimentos integrais".

Ainda que assim não fosse - quer dizer, ainda que a interpretação sistemática acima não pudesse ser aceita -, fato é que Lei Complementar Estadual nº 712/1973 cuida do adicional por tempo de serviço em seu artigo 11, inciso I, prevendo expressamente que tal verba incide sobre os "vencimentos", e não "vencimento", aplicando-se a orientação acima mencionada a respeito da sexta parte.

Logo, somente são excluídas as parcelas para cuja percepção depende-se de circunstância ocasional ou específica (vg. diárias, ajuda de custo, horas extras, gratificação de representação, auxílio-alimentação, gratificação de produtividade).

Tal orientação não viola o art. 37, XIV da CF, que proíbe o efeito cascata de um acréscimo pecuniário incidir sobre outro acréscimo pecuniário preexistente.

Isto porque as vantagens de caráter genérico e não eventual não constituem verdadeiro "acrécimo pecuniário", e sim um verdadeiro aumento estipendial, ou seja, do vencimento.

Assim, os vencimentos abrangem não somente o padrão como também as vantagens efetivamente percebidas, excluídas as eventuais, que por sua própria natureza constituem parcelas transitórias.

Pois em relação aos décimos incorporados, é pacífico que correspondem a parcelas não eventuais, que passam a compor o salário do servidor, razão pela qual, segundo a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, devem integrar a base de cálculo da sexta parte e do adicional por tempo de serviço:

(...) 1. O adicional por tempo de serviço e a sexta-parte incidem não apenas sobre o padrão do cargo, mas também sobre as demais parcelas componentes dos vencimentos, entendendo-se por vencimentos integrais o padrão mais as vantagens efetivamente recebidas, salvo as eventuais. Inteligência do art. 129 da Constituição Estadual. 2. Os adicionais referentes ao artigo 133 da Constituição Estadual devem incidir no cálculo dos adicionais, uma vez que se trata de diferenças de vencimentos que possuem caráter permanente, pois representam a incorporação de décimos do valor de vencimento de cargo superior exercido pelo servidor, assim como as verbas indenizadas. (...) (Apelação 0002430-51.2015.8.26.0081, Rel. Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, j. 12/12/2016)

(...) DÉCIMOS INCORPORADOS – Artigo 133, da C.E. – Feição marcadamente de aumento estipendial, agregando-se ao salário base – Elemento que deve ser adotado para a composição da base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço de quinquênio – Precedentes desta Corte de Justiça. (...) (Apelação 1014986-21.2016.8.26.0053, Rel. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, j. 11/10/2016)

Cabe acrescentar ainda que, ao contrário do afirmado pela fazenda pública, o adicional por tempo de serviço e a sexta parte não integram a base de cálculo dos décimos incorporados, simplesmente não havendo qualquer lógica em tal assertiva, vez que os décimos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

incorporados dizem respeito a uma diferença entre remunerações, não a determinadas parcelas remuneratórias.

No mais, os juros moratórios corresponderão, na forma do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, a 6% ao ano até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 e, a partir daí, aos mesmos índices da remuneração adicional aplicada às cadernetas de poupança.

A atualização monetária, por sua vez, deverá corresponder à Tabela do TJSP para Débitos da Fazenda Pública – Modulada.

Sabe-se que o STF, na ADI 4357 / DF, julgou inconstitucional o art. 1º da EC 62/09, na parte em que alterou a redação do § 12 do art. 100 da CF para estabelecer o índice de remuneração da caderneta de poupança (TR) para atualização monetária dos precatórios, e, por arrastamento, declarou também a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 que, alterando o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, estabeleceu o mesmo índice para a atualização do débito de qualquer natureza em condenações contra a fazenda pública.

O critério adotado, em substituição, foi (a) o IPCA-E, se o débito não tem origem tributária –incorporado na Tabela do TJSP para Débitos da Fazenda Pública - Modulada (b) o mesmo índice utilizado pela respectiva fazenda pública para seus créditos tributários, se o débito tem origem tributária.

Todavia, a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade relativa à emenda constitucional, ou seja, relativa aos precatórios, foi modulada, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, em sessão plenária realizada em 25/03/2015, mantendo-se a TR até 25.03.2015 e, a partir daí, o novo índice .

Sem embargo, a modulação dos efeitos gerou dúvida ainda não solucionada, sobre se a modulação deve alcançar também as condenações contra a fazenda pública.

Isso, possivelmente, será objeto de deliberação no REXt 870.947/SE, com repercussão geral reconhecida, e que afetará o posicionamento do STJ, que, em sessão de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

12/08/2015, resolveu questão de ordem no REsp 1.495.146, REsp 1.496.144 e REsp 1.492.221, submetidos ao regime do art. 543-C do CPC, para aguardar o julgamento do STF.

Há a possibilidade de se entender que, não tendo havido a modulação expressa em relação às condenações, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade – por arrastamento - do art. 5º da Lei nº 11.960/09 deve ser retroativa, pois esta é a regra geral no controle abstrato (eficácia ex tunc). Trata-se de resposta plausível ao problema.

Sem prejuízo, ousamos divergir. Partimos da premissa de que o silêncio do STF, na modulação, não foi deliberado, mas fruto de esquecimento, por sinal compreensível. Sobre esse ponto, cumpre rememorar que aquela ADIn dizia respeito à emenda dos precatórios, esse o tema que essencialmente ocupou os Ministros. Na verdade, a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 deu-se por arrastamento, foi questão reflexa que atingiu outras realidades para além dos precatórios, ponto olvidado na modulação.

Assentada a lacuna, parece-nos que a melhor resposta, a guardar equivalência com a modulação deliberada em relação aos precatórios, dá-se por integração analógica, almejando-se coerência e integridade no sistema. Isto porque a situação jurídica é equivalente e similar. Não observamos, com as vênias a entendimento distinto, fundamento jurídico para tratar de modo diferenciado credores da fazenda cujo único traço distintivo está no status procedimental de seu crédito - se já corporificado em precatório ou não -, circunstância que, por não ter relação alguma com a matéria alusiva à atualização monetária e o índice adequado, parece-nos não constituir *discrímen* pertinente para a desigualação. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Nesse sentido: TJSP, Ap. 0036815-85.2010.8.26.0053, Rel. Ricardo Dip, 11ª Câmara de Direito Público, j. 09/06/2015.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação e:

a) condeno a parte ré a alterar a base de cálculo do adicional por tempo de serviço e da sexta parte pagos mensalmente à parte autora, para que neles sejam incluídas os décimos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

incorporados do art. 133 da Constituição Federal, determinando que efetue o apostilamento administrativo de tal alteração;

b) condeno a parte ré, relativamente às parcelas vencidas e vincendas, estas últimas até a data em que efetivamente vier a ser cumprido o item "a" acima, a pagar à parte autora a diferença entre o valor recebido a título de adicional por tempo de serviço e sexta parte e o que deveria ter sido recebido conforme item "a" *supra*, observada a prescrição quinquenal contada retroativamente a partir da propositura da ação, com atualização monetária desde cada vencimento e juros moratórios (i) desde a citação em relação às parcelas com vencimento até a citação (ii) desde cada vencimento em relação às parcelas com vencimento após a citação.

A atualização monetária deverá corresponder à Tabela do TJSP para Débitos da Fazenda Pública – Modulada, e os juros moratórios deverão ser de 6% ao ano até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 e, a partir daí, aos mesmos índices da remuneração adicional aplicada às cadernetas de poupança.

Ante a sucumbência proporcional, condeno a parte ré a ressarcir à parte autora 50% das custas e despesas por esta suportadas.

Condeno a parte ré em honorários arbitrados em 10% sobre o valor monetário da condenação, considerando as parcelas incidentes até a data em que prolatada esta sentença.

Condeno a parte autora em honorários arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

P.I.

São Carlos, 22 de agosto de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**