



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 Físico nº: **0010900-76.2012.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Adicional por Tempo de Serviço**
 Requerente: **Rosana Aragusuke Esper**
 Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo**

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

Trata-se de ação de conhecimento movida por ROSANA ARAGUSUKE ESPER contra o ESTADO DE SÃO PAULO, postulando-se (a) a condenação do réu a alterar a base de cálculo do adicional por tempo de serviço, que deve incidir sobre toda a remuneração percebida pela parte autora, excluídas apenas parcelas de caráter eventual (b) a condenação do réu a pagar as diferenças não pagas, até a efetiva implementação da alteração indicada no item “a”.

Ao final do procedimento em primeiro grau, foi prolatada sentença que, porém, veio a ser anulada pelo E. Colégio Recursal, conforme acórdão de fls. 214/215.

A autora foi, então, intimada a emendar a petição inicial para formular pedido líquido, com a apresentação de memória de cálculo, e para instruir o pedido com todos os comprovantes de pagamento relativos ao período pleiteado (fls. 230).

As cópias dos demonstrativos de pagamento vieram aos autos (fls. 261/344).

A petição inicial foi emendada (fls. 348/358).

O réu contestou (fls. 51/72, 443/452) alegando incompetência do juizado especial, prescrição, correção da base de cálculo que vem sendo utilizada pela fazenda pública.

Houve réplica (fls. 458/486).

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil, uma vez que a matéria controvertida é exclusivamente de direito, não exigindo dilação probatória, bastando, para o julgamento, as provas já existentes nos autos.

Sobre a preliminar de incompetência do juizado especial, observamos que o pedido formulado com a emenda à inicial de fls. 348/358 é líquido, não se falando em incompetência.



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

Ingressa-se no mérito.

Quanto à prescrição quinquenal, temos que a inicial foi protocolada em 09/05/2012 e a primeira parcela que está sendo cobrada é a de maio de 2007, conforme cálculo de fls. 360, motivo pelo qual já foi respeitada pela parte demandante a prescrição em comento.

Não há falar em prescrição do fundo de direito uma vez que o prazo prescricional de 05 anos atinge apenas as prestações, isoladamente consideradas, consoante preceitua a Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça: "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 a propositura da ação."

Passo ao exame sobre a existência do direito alegado.

Não obstante parcela da jurisprudência (v.g. a orientação seguida pelo Eminentíssimo Desembargador FRANCO OLIVEIRA COCUZZA, Presidente da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) entenda que o adicional por tempo de serviço deve ser calculado a partir unicamente do salário-base, diverge-se de tal orientação, pelas razões abaixo.

O adicional por tempo de serviço, também denominado "quinqüênio", está previsto no artigo 129 da Constituição Estadual: "Ao servidor público estadual é assegurado o recebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo, por quinqüênio, 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."

O referido dispositivo constitucional cuida do adicional por tempo de serviço e da sexta-parte. Expressamente, somente alude aos "vencimentos integrais" como base de cálculo da respectiva vantagem pecuniária 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



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

tal verba incide sobre os "vencimentos".

A expressão "vencimentos" não deve ser confundida com "vencimento", este sim equivalente ao salário-base. Deve ser compreendida no sentido que lhe empresta HELY LOPES MEIRELLES: "o sistema remuneratório ou a remuneração em sentido amplo da administração direta e indireta para os servidores da ativa compreende as seguintes modalidades: a) subsídio, constituído de parcela única e pertinente, como regra geral, aos agentes políticos; b) remuneração, dividida em (b1) vencimentos, que corresponde ao vencimento (no singular, como está claro no art. 39, § 1º da CF, quando fala em "fixação dos padrões de vencimento") e às vantagens pessoais (que, como diz o mesmo art. 39, § 1º, são os demais componentes do sistema remuneratório do servidor público titular de cargo público na administração direta, autárquica e fundacional), e em (b2) salário, pago aos empregados públicos da administração direta e indireta regidos pela CLT, titulares de empregos públicos, e não de cargos públicos" (In "Direito Administrativo", 30ª edição, Malheiros, p. 459/460).

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.

O argumento apresentado pelo réu diz respeito à regra prevista no artigo 37, inciso XIV da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, e que veda o "efeito cascata", in verbis: "os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores". Afirma-se que o adicional por tempo de serviço, no caso, corresponde a um "acrécimo ulterior", e que as parcelas que integram a remuneração, mesmo que não eventuais, correspondem a "acrécimos pecuniários percebidos por servidor público", motivo pelo qual estes últimos não poderiam ser computados para fins de concessão do primeiro.

A questão será analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que inclusive reconheceu a repercussão geral do tema, no Recurso Extraordinário nº 563.708 / MS, conforme julgamento de 08/02/2008, rel. Min. CARMEN LUCIA.

Até que haja uma orientação segura da Corte Constitucional, adoto a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça deste Estado:

"Servidor Publico. Inclusão de todas as verbas de natureza permanente na base de cálculo do adicional por tempo de serviço (quinqüênio). Admissibilidade. Não incidência sobre as eventuais. Inexistência de ofensa ao art. 37, XIV, da CF. Recurso desprovido. (Apelação Com Revisão 9089905500, Relator(a): Oliveira Santos, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 08/06/2009,



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

Data de registro: 13/07/2009).

"Mandado de segurança. Servidores Públicos Estaduais. Pretensão ao recebimento do adicional por tempo de serviço (quinqüênio) sobre os vencimentos integrais, excluídas as verbas eventuais. Admissibilidade. As gratificações e os adicionais percebidos não devem ser consideradas de cunho transitório, vez que já vêm sendo pagos há muito tempo pela Administração. Interpretação e aplicação dos artigos 127 e 108 do Estatuto dos Funcionários Públicos. Exclusão das vantagens recebidas em razão do tempo de serviço, que também premiam a assiduidade, por implicar em efeito cascata ou repique, vedada pela Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XIV. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido" (Apelação Com Revisão 8543355000, Relator(a): Peiretti de Godoy, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 03/06/2009, Data de registro: 06/07/2009).

A orientação mencionada veio a ser consolidada no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 193.485.1-6.

A questão está em se compreender adequadamente o significado da expressão "acréscimo pecuniário" no dispositivo constitucional.

As parcelas genéricas de natureza permanente e não-eventual, recebidas por todos os servidores, não podem ser entendidas como "acréscimo pecuniário", sob pena de gerar-se uma distorção.

Tais parcelas, a rigor, devem ser entendidas como se incorporadas fossem ao salário-base. Não são um "acréscimo", embora sejam rotuladas de adicionais ou gratificações. A sua substância não é de acréscimo, pelo fato de não dependerem do exercício de alguma função específica ou de circunstância ocasional que constitua a razão de ser do seu recebimento. Quando o suporte fático para o recebimento de tais parcelas é precisamente o mesmo suporte fático para o recebimento do salário-base, não se deve aceitar a artificial distinção criada pelo legislador estadual, a qual, por não se basear na natureza das coisas, não deve ser chancelada pelo intérprete do Direito. Como deixou assentado o Eminentíssimo Desembargador MOREIRA DE CARVALHO, da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação nº 578.030-5/6-00, "é sabido que costumeiramente os aumentos de vencimentos vêm camuflados na forma de adicionais, gratificações e outras vantagens, o que destoa completamente dos princípios e dos ensinamentos doutrinários que norteiam a matéria", razão pela qual, "inclusive para corrigir estas anomalias criadas pela Administração para fugir dos aumentos, tem-se que a base de cálculo do adicional deve ser formada pelo vencimento mais vantagens incorporadas".

Quanto ao caso específico, observamos que a fazenda pública vem



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

calculando o ATS sobre o padrão e o RETP.

Nada a decidir, pois, sobre o RETP, pois já está sendo considerado.

A discussão recai sobre as seguintes parcelas: **Adicional de Insalubridade, GAP, AOL, Adicional de Local de Exercício.**

Adicional de Insalubridade: O adicional de insalubridade não deve ser considerado na base de cálculo, pois é pago com fundamento na LC nº 432/1985, posteriormente alterada – quanto aos valores e percentuais, mas não hipótese de pagamento –, em parte, pela LC 1179/2012.

O art. 2º da LC 432 estabelece que a concessão do benefício está condicionada a avaliação e identificação das unidades e atividades insalubres, e o art. 7º, de seu turno, preceitua que o pagamento somente é feito “enquanto perdurar o exercício em unidades ou atividades insalubres, devendo cessar a concessão se constatada, mediante laudo técnico, a eliminação de insalubridade”.

Sob tal regulamentação, resulta claro o caráter eventual, não permanente, do benefício, ao menos deste pago com base nessa lei complementar.

GAP – Gratificação por Atividades de Polícia: Quanto à GAP, foi instituída pela LC nº 873/2000 e pressupõe apenas e tão-somente o exercício da atividade de policial civil e militar, nos termos do art. 1º desse diploma.

Justamente por tal razão, constitui verdadeiro acréscimo e tem caráter genérico, conforme a Súmula 31 do TJSP: “As gratificações de caráter genérico, tais como GAP, GTE, GASS, GAM, incorporam-se aos vencimentos, proventos e pensões”.

Assim também, de modo específico, a Súmula 125 do mesmo TJSP: “A gratificação por atividade penitenciária (GAP) da Lei Complementar nº 873/2000 tem caráter genérico.”

Essa parcela foi incorporada aos vencimentos e proventos dos integrantes das carreiras policiais civis e militares, pela LC nº 1021/07, com vigência a partir de janeiro de 2008.

ALE – Adicional de Local de Exercício: Foi instituído, para os policiais militares, pela LC nº 689/92, e para os Policiais Civis, pela LC 696/92, em prol dos integrantes das carreiras da Polícia Militar e da Policial Civil.

Seu caráter não era genérico, e sim específico, pois era pago àqueles que prestassem serviços em certos locais em “razão da complexidade das atividades exercidas e dificuldade de fixação do profissional”.



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

Com o advento da LC nº 1065/2008, para os Policiais Militares, e da LC nº 1062/2008, para os Policiais Civis, com alterações da LC nº 1114/10, foi estendido o direito de receber o benefício aos policiais militares e civis inativos e os pensionistas, observando-se porém uma extensão gradual e progressiva, ao longo do tempo, não se podendo falar em automática assunção de caráter genérico, como postulado.

A LC nº 1197/13, por outro lado, determinou a incorporação de tal benefício aos vencimentos dos Policiais Civis e Militares.

Só que tal lei não possui efeitos retroativos; o benefício assumiu caráter genérico apenas a partir da incorporação, que de fato ocorreu em relação à autora, conforme fls. 298/299 e seguintes (nota-se que sumiu a rubrica). Efetivada a incorporação, é claro que passou a integrar a base de cálculo.

AOL – Adicional Operacional de Localidade: Trata-se de parcela instituída pela LC nº 994/2006, alterada posteriormente pela LC nº 998/06. Seu caráter é específico, porquanto somente era pago – com faixas distintas de valor, conforme a localidade – a quem já recebesse o ALE, isto é, de onde se conclui que também pressupunha a “complexidade das atividades exercidas e dificuldade de fixação do profissional” exigida para o pagamento do ALE. O AOL foi extinto pela LC nº 1.020/07, ocasião em que foi incorporado ao ALE.

Assim, na hipótese vertente, a única parcela nova a ser considerada na base de cálculo do adicional por tempo de serviço é a GAP, que por sua vez foi paga no período compreendido entre maio/2007 e janeiro/2008, conforme fls. 360 e ss.

A atualização deverá seguir a Tabela Prática do TJSP – 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



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

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 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.

Em relação aos juros moratórios, são devidos a partir da citação, correspondendo aos mesmos índices das cadernetas de poupança, nos termos da Lei nº 11.960/09 – já vigente quando da citação.



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

Ante o exposto, **julgo parcialmente procedente** a ação e condeno o réu, relativamente às parcelas de maio/07 a janeiro/08, indicadas na planilha de fls. 360, a pagar à parte autora a diferença entre o valor recebido a título de adicional por tempo de serviço (já lançado na planilha, mês a mês) e o que deveria ter sido recebido mediante o acréscimo do GAP à base de cálculo que foi efetivamente observada (isso deverá ser calculado pela autora, com a apresentação de memória nos mesmos moldes da de fls. 360, alterada apenas a única parcela ora acrescida à base de cálculo), com atualização monetária desde cada vencimento e juros moratórios desde a citação, pelos índices indicados acima.

O réu decaiu de parte mínima do pedido, razão pela qual condeno a autora nas verbas sucumbenciais, arbitrados os honorários, por equidade, em R\$ 880,00, observada a AJG.

Saliento que esta sentença é líquida, dependendo de simples cálculo aritmético para a apuração do valor a ser executado.

P.R.I.

São Carlos, 10 de fevereiro de 2016.

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