

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ____ª VARA
DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE
SÃO PAULO,**

Processo nº _____

nº de ordem _____

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu Procurador do Estado, que a esta subscreve, nos autos do processo da **AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO**, que lhe movem _____, tendo em vista o recebimento de citação para resposta aos termos da presente ação, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar, tempestivamente, **CONTESTAÇÃO** aos termos da exordial de fls., com fundamento nos arts. 297, do CPC e seguintes, pelos motivos de fato e direito a seguir expostos:

I - DOS FATOS APRESENTADOS NA INICIAL

Pretendem os autores, servidores públicos estaduais, o recálculo dos percentuais devidos a título de adicional por tempo de serviço, previsto no artigo 127 da Lei 10.261/68 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo), de forma a incidir sobre o valor resultante da somatória do salário-base com todas as gratificações e vantagens recebidas pelos autores não eventuais.

Requerem, ainda, a condenação da ré no pagamento das parcelas vencidas, observada a prescrição quinquenal, além das demais cominações de estilo.

A pretensão dos autores, todavia, não deverá em absoluto ser acolhida, tendo em vista as razões de fato e de direito articuladas nos parágrafos subseqüentes.

II- DO MÉRITO

A- DOS ADICIONAIS TEMPORAIS E SUA BASE DE CÁLCULO

A.1- DO QUINQUÊNIO E DE SUA FÓRMULA DE CÁLCULO

De início, afigura-se oportuna a transcrição do artigo 129 da Constituição Estadual que dispõe sobre os adicionais temporais nos seguintes termos:

"Art. 129 - 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 de seus 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."

Assim, **NO TOCANTE AO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO**, o dispositivo acima reproduzido apenas assegura aos servidores estaduais a sua percepção a cada cinco anos de exercício (no mínimo), e garante, de outra parte, a incorporação aos vencimentos para todos os efeitos.

Não faz, entretanto, nenhuma referência a respeito da base de cálculo sobre a qual deve incidir tal adicional temporal.

A verdade, como visto, é que a Constituição Estadual não diz que os quinquênios incidem sobre os vencimentos integrais, bastando simples leitura atenta do seu art. 129 para evidenciar a ilógica interpretação dada ao mesmo pela Autora.

E, como é cediço, não cabe ao intérprete intuir, supor, presumir, em suma, usar de uma interpretação extensiva ou analógica, mormente em se tratando de benefícios pecuniários.

Em consequência, como o artigo 129 em comento não dispõe sobre a base de cálculo dos quinquênios, coube ao legislador infra-constitucional a tarefa de fixar os limites para a incidência do benefício.

Dispõe o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.261/68) no seu artigo 127 que:

"Artigo 127 - O funcionário terá direito, após cada período de 5 (cinco) anos, contínuos, ou não, à percepção de adicional por tempo de serviço, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o vencimento ou remuneração, a que se incorpora para todos os efeitos.

Parágrafo único - O adicional por tempo de serviço será concedido pela autoridade competente, na forma que for estabelecida em regulamento, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da completação do período aquisitivo, sob pena de ser responsabilizado o servidor que der causa ao descumprimento do prazo ora fixado".

(grifo nosso)

Portanto, a própria legislação que concede o benefício determina que ele incida sobre o **vencimento** dos servidores.

Nesse sentido, guardadas as devidas diferenças, aplica-se, “in casu”, o raciocínio já utilizado por decisões do E. Tribunal de Justiça, ao analisar as demandas discutindo o benefício da sexta-parte. Veja-se, a propósito, o v. acórdão proferido em sede de Embargos Infringentes no. 102.096-1, que se transcreve:

"Tudo está, como visto, em entender o significado dos termos constitucionais, notadamente a expressão 'vencimentos integrais' e de modo especial o termo 'vencimentos'.

Ora, o termo 'vencimento' é um conceito legal, pois a lei o define: É a remuneração mensal para certo padrão, como diz o artigo 60 da Lei Complementar Estadual N. 180, de 1978: "Vencimento é a retribuição paga mensalmente ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao valor do padrão fixado em lei'. Padrão, como se sabe, é a referência com o grau do funcionário. (...) O vencimento é, portanto, o quantum indicado pelo padrão. Noutras palavras, o vencimento é o padrão. Decerto, se a mesma lei declara certa vantagem ou parcela incorporada aos vencimentos, ela passa a compor os vencimentos; e neste caso o vencimento não ser apenas o padrão, mas também a vantagem que a lei lhe acrescentou. (...) Existe a idéia de que a palavra 'vencimento', enquanto no singular significa o padrão, no plural -'vencimentos'- significaria o conjunto de todas as parcelas que compõem a retribuição de um funcionário ou servidor, sem se importar se incorporadas ou não. Esta opinião ou idéia existe de fato, mas não tem fundamento algum; nem legal, nem lógico. Lógico não, porque não há como extrair das definições legais, uma distinção entre 'vencimento' e 'vencimentos'; legal 'stricto sensu' também não porque a lei não explicita a discriminação. Aliás, o conjunto do que um funcionário recebe, define-o a lei como 'remuneração'. Se às vezes se fala em 'vencimentos' é porque se está usando a palavra simplesmente no plural. Vencimento é o que paga o padrão de um mês; vencimentos, o padrão e incorporações que se pagam repetidamente.

Como gratificação da Lei Complementar Estadual N. 467, de 1.986, não integra o vencimento, sobre ela não incide a sexta-parte."

(grifo .nosso)

O raciocínio acima transcrito, aplica-se com maior razão, aos quinquênios, visto que para eles sequer está prevista a incidência sobre os vencimentos integrais, mas **apenas sobre o vencimento, no singular e sem aditivos.**

De acordo com o que ensinou o Prof. Hely Lopes Meirelles;

“Vencimento, em sentido estrito, é a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei; vencimento em sentido amplo, é o padrão com as vantagens pecuniárias auferidas pelo servidor a título de adicional de gratificação. Quando o legislador pretende restringir o conceito ao padrão do servidor emprega o vocábulo no singular – vencimento; quando abranger também as vantagens conferidas ao servidor usa o termo plural – vencimentos. Essa técnica administrativa é encontrada nos estatutos e foi utilizada no texto constitucional nas várias disposições em que o constituinte aludiu genericamente à retribuição dos agentes públicos – servidores e magistrados – estipendiados pela Administração, e não deixa qualquer dúvida quanto ao significado de vencimento, no singular.”

(Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro, 17ªed., Malheiros, 1992, p. 398.)

Forçoso concluir, pois, que a questão do campo de incidência do adicional temporal foi disciplinada pela referida Lei Estadual nº 10.261/68, por meio da qual o legislador proibiu, no âmbito de sua competência, qualquer inclusão na base de cálculo de tal benefício de gratificações transitórias, temporárias, permanentes, ou fixas.

De fato, como o referido diploma legal, em seu art. 127, determinou expressamente o cálculo do adicional quinquenal “sobre o vencimento”, nitidamente proibiu a incidência deste benefício sobre gratificação de qualquer espécie, sendo certo que, independentemente de sua natureza, uma gratificação poderá eventualmente servir de base de cálculo para os “quinquênios” se a lei instituidora expressamente assim determinar, o que não ocorreu com qualquer das gratificações arroladas na inicial.

Se certa gratificação foi expressamente afastada da base de cálculo por força de lei, ou apenas não incluída nesta base, o simples fato de compor os salários não autoriza sua integração para apuração do valor do benefício "ex facto temporis".

A Jurisprudência já se encontra firmada neste sentido, conforme se verifica do seguinte pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"Funcionário Público. Adicional por tempo de serviço. Cálculo sobre o vencimento padrão e não sobre a remuneração total, compreensiva do acréscimo por tempo integral. Inexistência de direito adquirido. Embargos conhecidos, mas rejeitados."
(Recurso extraordinário n. 65.971 - São Paulo, Plenário, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 64/671).

"A contagem dos adicionais por tempo de serviço deve ser feita sobre a referência numérica e não sobre a totalidade do que percebe o funcionário. "

(RE nº 60.191 - São Paulo, 2ª Turma, DJ 19/6/68).

A jurisprudência do nobre Poder Judiciário Bandeirante segue no mesmo sentir.

"Com relação à revisão dos quinquênios, observa-se que o legislador no artigo 129, da Constituição Estadual, não estabeleceu qualquer parâmetro para a base de cálculo do adicional por tempo de serviço, ao contrário do que ocorreu com a sexta-parte onde fez menção expressa ao termo "vencimentos".

Assim, deve-se entender que a base de cálculo para o adicional por tempo de serviço não pode conter qualquer gratificação ou outro benefício, incidindo, portanto, tão somente sobre o salário-base, encontrando-se correta a conduta da requerida".

(Processo nº 604/97 - 3ª Vara da Fazenda Pública - autora: Vera Helena Correa Alcântara Sugawara - ré: Fazenda do Estado de São Paulo)

.....

"...Logo, e como bem salientou a ré em sua defesa, no referido dispositivo legal não há nenhuma referência sobre a base de cálculo sobre a qual deve incidir o adicional temporal, visto que a integridade dos vencimentos restringe-se ao benefício da sexta-parte, de modo que impossível, na espécie, a forma de cálculo pretendida pelos autores em relação aos quinquênios."

(Processo nº 1245/97 - 1ª Vara da Fazenda Pública - autores: Afonso Lopes Neto e outros - ré: Fazenda do Estado de São Paulo).

B- DA VEDAÇÃO AO EFEITO CASCATA OU REPIQUE

B.1- DA HARMONIA COM O ARTIGO 37, CAPUT E INCISO XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Por outro lado, a interpretação do Texto Constitucional Bandeirante deve ser sistemática e não meramente literal. Se atentarmos para o disposto no artigo 115, inciso XVI, da Constituição Paulista, que está em total harmonia com o constante do artigo 37, inciso XIV da Constituição Federal, chegamos à conclusão de que o legislador constituinte proibiu a concessão de acréscimos ulteriores sob o mesmo fundamento.

Está vedado aquilo que a doutrina tem o costume de chamar de efeito cascata ou repique. Se o tempo de serviço é fundamento para os adicionais quinquenais e sexta-parte, não haveria embasamento constitucional para um incidir sobre o outro.

Conceder o que se pretende na presente ação, significa esbarrar na vedação apontada.

Enfim, ante os termos da legislação em vigor, que se encontra em harmonia com a norma constitucional paulista e pátria, não há como se acolher a pretensão dos Autores, sem desatender ao princípio da legalidade a que está adstrita toda atividade administrativa.

C- DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES

Ademais, não se pode olvidar que a lei pode criar direito e impor obrigações, sejam elas positivas ou negativas.

De acordo, novamente, com o que ensinou o Prof. Hely Lopes Meirelles,

"a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei".

"Na administração Pública", prossegue, "não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto ao particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa "poder fazer assim" para o administrador 'dever fazer assim'."

(grifo nosso- ob. cit., p. 161)

Dessa forma, não poderá o Judiciário determinar o pagamento de vantagem pecuniária segundo cálculo diverso do determinado por lei, sob pena de invasão de competência do Poder Legislativo.

Estar-se-ia violando, assim, princípio consagrado constitucionalmente, qual seja, o da Separação e Harmonia entre os Poderes, estampado no artigo 2º., bem assim como ao princípio da legalidade, posto pelo artigo 37, "caput" da Constituição Federal.

D- DA ATUAL REDAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISO XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 3º, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19 DE 04 DE JUNHO DE 1.998)

Por fim, fortalecendo a tese do Estado de São Paulo, no sentido de que os quinquênios devem incidir somente sobre o padrão de vencimentos, veio a lume a **Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1.998 que, em seu artigo 3º., modificou a redação do artigo 37, inciso XIV** da Constituição Federal. Tal modificação, repita-se, veio ratificar toda argumentação do Estado de São Paulo, nas ações como à presente.

A partir de junho de 1.998, a redação do artigo 37, inciso XIV, da Constituição Federal passou a ser a seguinte:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.”

Vale dizer, a partir desta nova ordem constitucional, foi confirmada toda tese de defesa do Estado de São Paulo, no sentido de que encontra-se, pois, confirmada a vedação, de forma ampla, daquilo que a doutrina chama de efeito cascata ou repique.

E- DEFESA SUCESSIVA ART. 289, DO CPC

E.1- PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DAS PARCELAS- ARTS. 1 E 3º, DO DECRETO Nº 20.910/32.

Por fim, *ad argumentadum tantum*, com base no princípio da eventualidade e pelos termos do art. 515, § 1º, do CPC, combinado com o art. 289, do CPC, caso Vossa Excelência entenda que seja caso de procedência da presente ação, é certo que deve ser reconhecida a prescrição relativamente as parcelas retroativas referentes ao que ultrapasse 05(cinco) anos do ajuizamento da presente demanda, pois sujeitas à prescrição quinquenal com

base no Decreto nº 20.910/32.

Aliás, foi isso o que pediram os Autores na pretensão inicial .

A prescrição das parcelas indenizatórias, pode ser localizada nos arts. 1 e 3º, do Decreto supra referido, que assim determinam:

“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 Sua Natureza, Prescrevem Em Cinco Anos Contados Da Data Do Ato Ou Fato Do Qual Se Originarem.

Art. 3º - Quando O Pagamento Se Dividir Por Dias, Meses Ou Anos A Prescrição Atingira Progressivamente As Prestações, A Medida Que Completarem Os Prazos Estabelecidos Pelo Presente Decreto.”

E.2- JUROS MORATÓRIOS

É certo, também, que o percentual de juros moratórios a incidir nestes autos, deve ser na taxa anual de 6% , ou na razão de 0,5% ao mês.

Isto porque deve-se aplicar à hipótese dos autos o disposto no artigo 1º - F da Lei Federal nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/01, que determina:

“Art.1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.”

Ora, Colenda Câmara, tratando-se *in casu*, de condenação da Fazenda Pública Estadual para pagamento de verba remuneratória a servidor público, deve prevalecer o comando dessa regra específica sobre quaisquer outras determinações genéricas, inclusive as do artigo 406 do novo Código Civil, combinado com o artigo 161, § 1º, do CTN.

Importante registrar que a citada medida provisória mantém sua eficácia em razão do mandamento presente no artigo 2º da E. C nº 32/01, segundo o qual ***“as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do congresso Nacional.”***

Como até a presente data não houve deliberação definitiva acerca

da M.P. nº12.180-35, nem tampouco sua revogação por outra medida provisória, o percentual dos juros moratórios devem ser fixados no patamar de 6% ao ano, na razão de 0,5% ao mês, e não como pleiteado pelos Autores, ou seja com o cômputo dos juros na base de 12% ao ano.

E.3- DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No mesmo sentido, em remota hipótese de procedência da presente demanda, o que se admite apenas para possibilitar argumentação, o valor a ser fixado à título de honorários advocatícios, deve seguir os ditames do art. 20, §4º, do CPC, e de forma alguma o seu §3º.

O comando contido no art. 20, § 4 do CPC, como se pode constatar, determina que :

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.”

Ora, no caso em tela, caso fixados os honorários advocatícios com base no §3º, do art. 20, do CPC, mas em montante sobre a condenação atribuir-se-á pesado ônus sobre a Ré, fugindo ao espírito da norma, que busca evitar que se onere o patrimônio público, vedando a fixação da verba em questão em percentual da referida condenação. É esse o intuito do legislador processual civil.

Basta dizer que calculada sobre valores passados, presentes e futuros, a serem apurados na fase de liquidação, tal verba ficará consideravelmente acrescida, dependendo de circunstância temporal – vale dizer, quanto tempo demorará a demanda – o que não depende somente da Ré, mas da atuação dos órgãos judicantes e dos próprios autores.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores recomenda nesses casos a condenação baseada no valor da causa ou em valor fixo, passível de

imediate conhecimento por parte da Fazenda condenada.

Tal é o magistério da Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial 219.838, que aponta:

“ Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária deve ser arbitrada nos termos do art. 20, § 4º do CPC, mediante apreciação eqüitativa do magistrado e observados os contornos inscritos no § 3º do mesmo dispositivo legal, podendo estabelecer, inclusive, percentual aquém do mínimo indicado no parágrafo 3º (EDREsp 229.500/RS e RESP 272.921/DF)” (Resp 219.838 – publ. 01/10/2001)”

Assim, o tratamento da verba honorária não pode ser o mesmo entre particulares e Fazenda Pública.

A razão do *discriminem* da igualdade, nos termos do art. 5º, *caput*, da CF, por parte do legislador processual civil (art. 20, § 4º, do CPC, quanto ao tratamento diferenciado da Fazenda Pública, no que tange a condenação em verba honorária, reside exatamente na indisponibilidade da coisa pública, que exige a apresentação de resposta por parte da Ré, seja lá qual for a demanda posta em Juízo, enfoque esse reforçado pelo reexame necessário (art. 475, do CPC).

Assim sendo, montante razoável e equânime, seria inferior a 10% sobre o valor atribuído à causa pelos Autores.

III- DO PEDIDO

Diante do exposto, a Fazenda do Estado requer e aguarda, seja:

a) julgada integralmente improcedente a presente ação, extinguindo-se o feito, com julgamento de mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC, responsabilizando-se os Autores pelos ônus da sucumbência; ou

b) na remota hipótese de procedência, que seja reconhecida: **b.1)** a prescrição quinquenal das parcelas retroativas supostamente devidas; **b.2)** a incidência de juros moratórios, a partir da citação no patamar de 0,5% ao mês; e **b.3)** fixando-se honorários advocatícios no patamar máximo de 10 % do valor da causa.

IV- DAS PROVAS

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial juntada de novos documentos; perícia, oitiva de testemunhas; e etc.

Nestes termos,
pede deferimento.

Anselmo Prieto Alvarez
Procurador do Estado
OAB/SP nº 111.246