

**Registro: 2021.0000986612**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2237840-31.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO ROQUE e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

**JACOB VALENTE**  
**RELATOR**  
**Assinatura Eletrônica**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n°**  
**2237840-31.2020.8.26.0000**  
**AGRAVO INTERNO Final 50000**

**Autor/Agravante:** PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Réus/Agravados:** PREFEITO E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE

**VOTO N° 33.128a**

\*AGRAVO INTERNO – Oposição pelo Procurador Geral de Justiça contra a negativa de concessão de tutela cautelar para suspender a eficácia de lei concessiva de abono natalício vigente desde os idos de 1997 - Julgamento do mérito da ação principal – Recurso prejudicado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ajuizamento pelo Procurador Geral de Justiça contra a concessão de abono natalício para os servidores ativos do Município de São Roque, instituído pela Lei n° 2.353/1997, que acrescentou o inciso IX e § 2° ao artigo 39 da Lei 2.209/1994 - BONIFICAÇÃO – Concessão de abono 'natalício' desde 1997 como forma de complementação remuneratória aos servidores ativos no mês de seus aniversários - Verba que não ostenta vantagem permanente incorporável ou de caráter indenizatório individual, mas forma de superar obstáculos legais e orçamentários para a concessão de reajuste remuneratório, criando uma espécie de '14° salário' - Violação dos princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Interpretação dos artigos 111, 128 e 144 da Constituição do Estado - Precedentes deste Órgão Especial – MODULAÇÃO – Necessidade de modulação de efeitos na forma do artigo 27 da Lei 9.868/99 para se evitar insegurança jurídica e a repetição de valores percebidos desde 1997 – Irrepetibilidade declarada até a data do presente julgamento - Ação julgada procedente, com modulação.\*

1 – Trata-se de ação direta de

inconstitucionalidade ajuizada pelo douto Procurador Geral de Justiça objetivando declaração de inconstitucionalidade do **inciso XII e § 2º do artigo 39 da Lei nº 2.209, de 1º de fevereiro de 1994**, conforme redação dada pelo artigo 3º e o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 2.353, de 20 de fevereiro de 1997, ambas do Município de São Roque, as quais concedem aos servidores públicos municipais a chamada '*gratificação natalícia*', paga no valor equivalente a um salário mínimo no mesmo mês dos seus aniversários.

Diz o Procurador Geral de Justiça que a concessão de gratificação sem critério objetivo e exigência de contraprestação de serviço ofende os princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público, vulnerando os artigos 111 e 128 da Constituição Bandeirante.

Foi negado pedido de antecipação de tutela em caráter cautelar (fls. 154/156), o que rendeu oposição de agravo interno que restou processado no apenso.

Apesar da regular citação eletrônica (fls. 164), o Procurador Geral do Estado não se manifestou nos autos (fls. 168).

A Prefeitura do Município de São Roque, por sua procuradoria, ofertou as singelas informações de fls. 166/167, na qual sustenta que a questão está sendo objeto de análise na reestruturação do plano de carreira dos servidores municipais, o qual somente pode ser implementado após 31/12/2021, conforme a Lei Complementar Federal nº 173/2020.

A Câmara Municipal, por sua vez, não se manifestou no prazo legal (fls. 178).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 181/186, opina pela procedência da declaração de inconstitucionalidade, repisando os mesmos argumentos lançados na petição inicial.

## **2.1 – DO ABONO NATALÍCIO PARA SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS**

Leitura da inicial revela a intenção

de declaração de inconstitucionalidade: **a-)** do preceito normativo contido no inciso IX e § 2º do artigo 39 da Lei nº 2.209/94 do Município de São Roque, pelo qual houve a concessão da chamada 'gratificação natalícia', em valor equivalente a 1 (um) salário-mínimo, no mês de aniversário dos servidores municipais da ativa; **b-)** por arrastamento, do artigo 3º e do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 2.353/1997, que acrescentaram a redação explicitada no item 'a' ao texto original (fls. 96 e 133/134).

Pois bem. Não se olvida que os Municípios ostentam competência para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme artigo 30, inciso I, da CF/88. Entretanto se faz necessária observância de certos requisitos na obra legislativa, cuja falta acarreta a inconstitucionalidade formal ou material do ato.

Com efeito, cabe ponderar que o referido 'abono' tem a mesma natureza jurídica do que o antigo benefício denominado de '14º Salário', pago a todo servidor municipal no mês do seu aniversário, prática comum em alguns municípios, como o de Paulínia, cuja inconstitucionalidade foi declarada por este Colendo Órgão Especial no julgamento da **ADIN nº 2240946-06.2017.8.26.0000**, em sessão realizada dia 01/08/2018, com voto condutor do Des. Geraldo Wohlers, com a seguinte ementa:

**"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 1.965/1996, do Município de Paulínia (com a redação determinada pelas Leis municipais nºs 2.431/2000 e 2.504/2002), que "dispõe sobre a criação do décimo-quarto salário". Afronta aos preceitos da moralidade, interesse público e razoabilidade (artigos 111 e 128 da Constituição estadual). Declaração de inconstitucionalidade ex tunc com modulação de efeitos, para que os valores recebidos em decorrência dessa vantagem pecuniária até o presente julgamento assumam caráter de verbas irrepetíveis. Ação procedente."**

Notadamente, tanto o '14º salário' quanto os questionados 'abonos provisórios e de Natal' que se

propagam em leis editadas pelas municipalidades, se prestam à mesma finalidade, ou seja, uma vantagem pessoal que não integra a base remuneratória com o claro objetivo de 'driblar' as regras constitucionais que versam sobre reajustes e previdência sobre base orçamentárias sólidas e previamente aprovadas no Plano Plurianual. Obviamente, se não há base de arrecadação previamente definida para arcar com tais despesas, o pagamento às expensas integrais do tesouro municipal acaba por impactar todo sistema de seguridade social local, de modo que há ofensa indireta aos preceitos do artigo 194 e 195, § 5º, da Constituição Federal.

Há assim, nítida diferença entre a suspensão da eficácia de lei cuja fonte de custeio não foi prevista durante do trâmite legislativo, normalmente para projetos executivos de caráter não permanente, daquela que cria despesa de pessoal obrigatória e permanente, o que, inclusive, foi objeto da chamada 'PEC Emergencial' que deu origem à **EC nº 109/2021**, criando mecanismo de ajuste fiscal obrigatório ante a insuficiência de arrecadação tributária para fazer frente ao orçamento aprovado.

Nesse aspecto, pouco importa se a verba está prevista em lei local ou em decreto autônomo, de natureza infraconstitucional, eis que o confronto da sua constitucionalidade é feito perante a Constituição Estadual, e não em relação a legislação orçamentária/previdenciária, ou mesmo em relação ao Estatuto do Servidor Público, como se depreende das informações da Prefeitura Municipal que buscam reduzir a questão pelo pretenso impeditivo da Lei Complementar Federal 173/2020, aliás, superada pela citada EC-109/2021.

E, por não caracterizar base remuneratória (e portanto impassível de incorporação), é expressamente vedada sua extensão aos que não mais a exercem ou nunca exerceram a função pública, como os inativos e pensionistas, eis que inadmissível falar-se em paridade com os servidores da ativa. Desse vício em particular não incorre as leis impugnadas, eis que o benefício é pago apenas para os servidores da ativa.

Há, portanto, ofensa aos artigos 111 e 128 da Carta Bandeirante, aplicáveis remissivamente aos Municípios por força do seu artigo 144, *in verbis*:

**Artigo 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

**Artigo 128** – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

**Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Neste sentido, inúmeros precedentes deste Órgão Especial, alguns inclusive com participação e voto concordante deste Relator, destacando, como exemplo, o que segue:

**"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 1.127, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1993 E § 4º, DO ARTIGO 55, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 183, DE 23 DE JULHO DE 2018; LEI Nº 1.966, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2013 E LEI Nº 1.985, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2013, TODAS DO MUNICÍPIO DE MARACÁI - GRATIFICAÇÃO DE ANIVERSÁRIO, CESTA DE NATAL E VALE NATALINO - VANTAGENS CONCEDIDAS AO FUNCIONALISMO DE MARACÁI - AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO - AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE ESTENDER AUXÍLIOALIMENTAÇÃO A APOSENTADOS E INATIVOS - VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO, DESTINADA A CUSTEAR OS GASTOS DE ALIMENTAÇÃO DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE, DURANTE O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO - SÚMULA VINCULANTE Nº 55 DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO - DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - DESNECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS - AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO"** (ADIN 2188918-90.2019.8.26.0000, rel. Des. Renato Sartorelli, j. 11/12/2019, com grifos deste subscritor)

Portanto, é o caso de procedência do pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

### 2.3 - DA MODULAÇÃO

Estabelece o artigo 27 da Lei 9.868/99 a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em razão da segurança jurídica e do interesse público.

Desse modo, não é razoável a repetição dos valores pagos aos servidores desde a edição da Lei n° 2.353, de 20 de fevereiro de 1997, que criou o benefício.

Por estas razões, não obstante o efeito 'ex tunc' da presente decisão, os valores recebidos pelos servidores até a data do presente julgamento são irrepetíveis.

### 2.4 - ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., pelo meu voto: **a-) julgo procedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade do inciso XII e § 2º do artigo 39 da Lei n° 2.209, de 1º de fevereiro de 1994, e por arrastamento, dos artigos 3º e 4º, parágrafo único, da Lei n° 2.353, de 20 de fevereiro de 1997, que acrescentou a redação à primeira, ambas do Município de São Roque, por confronto vertical com os artigos 111 e 128 da Constituição Bandeirante; **b-) modulo**, na forma do artigo 27 da Lei 9.868/99 e nos termos do tópico 2.3, os efeitos da presente decisão para declarar a irrepetibilidade dos valores pagos até o presente julgamento.

E, considerando o julgamento do mérito da demanda, dou por prejudicado o Agravo Interno.

**3 - Destarte, nos termos acima especificados, julga-se procedente a ação, com modulação.**

**JACOB VALENTE**  
Relator