



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2023.0000781429**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2089143-63.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CERQUILHO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CERQUILHO.

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

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDI VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS E VICO MAÑAS.

São Paulo, 6 de setembro de 2023.

**FRANCISCO CASCONI**  
**RELATOR**  
**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº**  
**2089143-63.2023.8.26.0000**  
**COMARCA: SÃO PAULO**  
**AUTOR: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE**  
**SÃO PAULO**  
**RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CERQUILHO e**  
**PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE**  
**CERQUILHO**

**VOTO Nº 38.766**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 152, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 02, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1992, DO MUNICÍPIO DE CERQUILHO/SP, A QUAL 'DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DE CERQUILHO' – INSTITUIÇÃO DE 'AUXÍLIO-NATALIDADE' POR OCASIÃO DO NASCIMENTO DE FILHOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – VANTAGEM PECUNIÁRIA QUE NÃO TRADUZ EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO OU DESEMPENHO DE FUNÇÕES EM CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES A JUSTIFICAR SUA CONCESSÃO – DISTANCIAMENTO DO INTERESSE PÚBLICO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, FINALIDADE E MORALIDADE – VIOLAÇÃO À NORMA DOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, APLICÁVEIS AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA MESMA CARTA – PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – IRREPETIBILIDADE DOS VALORES PRETÉRITOS RECEBIDOS EM BOA-FÉ – AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA.**

Ação direta de inconstitucionalidade voltada contra



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

artigo 152 da Lei Complementar nº 02, de 23 de dezembro de 1992, do Município de Cerquilha, que "*dispõe sobre o Estatuto de Funcionários Públicos Municipais de Cerquilha*" (fls. 18/54).

Delineada **causa petendi** repousa na alegada indistinta concessão de auxílio-natalidade aos servidores públicos municipais por ocasião do nascimento de seus filhos, vantagem que não atenderia ao interesse público e às exigências do serviço, violando princípios da moralidade, razoabilidade, impessoalidade, finalidade, tudo a ensejar mácula aos artigos 111, 128 e 144 da Carta Bandeirante.

O pleito liminar foi deferido a fls. 130/131.

O Prefeito Municipal de Cerquilha defende a constitucionalidade do auxílio natalidade, utilizando como parâmetro o disposto no art. 196 da Lei Federal nº 8.112/1990 (fls. 141/143). No mesmo sentido foram as informações prestadas pela Câmara Municipal (fls. 145/146).

Citada, a douta Procuradora-Geral do Estado deixou fluir **in albis** o prazo para apresentar manifestação (fl. 156).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 151/155, insistiu na procedência da pretensão reiterando os termos da inicial.

### **É o Relatório.**

A Constituição da República assegura, nos artigos 1º e 18, indistinta autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

Indigitada autonomia organizacional engloba a legislativa, embora ambas não ostentem caráter absoluto, devendo respeito às balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como preveem não só os artigos 29 e 30 da Magna Carta, mas também o artigo 144 da Constituição Estadual:

*"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."*

Significa dizer, portanto, que a independência legislativa municipal, por força da norma estadual de caráter remissivo (art. 144), deve agir dentro dos limites da competência constitucional atribuída ao ente federativo, observando ainda os princípios estabelecidos nas Constituições Estadual e Federal.

***In casu***, impugna-se concessão de "auxílio-natalidade" aos servidores públicos municipais, consoante previsão normativa do artigo 152 da Lei Complementar nº 02, de 23 de dezembro de 1992, nos seguintes termos:

*"Seção V - Do Auxílio-Natalidade*

*Art. 152. O Auxílio-Natalidade é devido à funcionária por motivo de nascimento de filho, em quantia equivalente ao menor vencimento no serviço público municipal, inclusive no caso de natimorto.*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*§1º. Na hipótese de parto múltiplo, o valor será acrescido de 50% (cinquenta por cento), por nascituro.*

*§2º. O auxílio será pago ao cônjuge ou companheiro do funcionário público, quando a parturiente não for funcionária."*

De se ver, o ato normativo impugnado pretendeu estabelecer irrestrita vantagem pecuniária, rotulada de "auxílio-natalidade", aos servidores públicos municipais em decorrência do nascimento de filho, com acréscimo nos casos de parto múltiplo.

Em que pese anunciada finalidade da norma (caráter alimentar), revela-se inconstitucional a instituição de tal vantagem pecuniária, notadamente por afrontar os artigos 111 e 128 da Constituição Paulista, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Carta:

*"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."*

Podem integrar a remuneração do servidor público vantagens pecuniárias previamente estabelecidas na norma jurídica pertinente, usualmente denominadas adicionais ou gratificações, e que decorrem, **verbi gratia**, do desempenho de função por certo lapso temporal, grau de escolaridade, trabalho em condições anormais de dificuldade etc. Tecendo breve



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

distinção sobre uma e outra, Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> acentua:

*"O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor."*

Todavia, há certas situações normativas em que, embora haja expressa referência ao termo "abono", "adicional" ou "gratificação", o legislador, distanciando-se propriamente da natureza jurídica de tais vantagens, prevê verdadeiro aumento salarial ou bonificação a determinados cargos/funções públicas de maneira indistinta. Tal circunstância é enaltecida por José dos Santos Carvalho Filho<sup>2</sup>, que cita precedentes jurisprudenciais, com destaques:

*"No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, é **comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela da remuneração global com a nomenclatura de gratificação ou de adicional, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são pagas somente aos servidores que os preenchem.** As demais são vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias. É o caso da gratificação de encargos especiais, que, no Estado do Rio de Janeiro, é paga com o caráter de generalidade e nasceu realmente para elevar vencimentos. A respeito dessa gratificação, decidiu o TJ- RJ que tal vantagem, 'dada a sua*

<sup>1</sup> In "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, pág. 405.

<sup>2</sup> In "Manual de Direito Administrativo", 27ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, pág. 751/752.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*feição genérica e indefinida, e a destinação vinculada à reposição de perdas inflacionárias, constitui verdadeiro reajuste salarial e, como tal, deve aproveitar a todos os servidores do ente público em referência, tanto os ativos quanto os aposentados<sup>3</sup>. Idêntica posição adotou o STF no que tange à gratificação de incentivo, de caráter genérico e impessoal, criada por lei do Estado de Pernambuco<sup>4</sup>. **Em outras palavras, cuida-se de vantagens pecuniárias que têm o título de gratificação, mas, na verdade, retratam parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo.***

Consignadas estas premissas, afere-se desde logo que intitulado “auxílio” não está ligado a nenhuma exigência do serviço ou desempenho de funções em circunstâncias peculiares a justificar sua concessão, distanciando-se assim do interesse público às custas do erário.

Tal verba tampouco se reveste de natureza indenizatória, sendo certo que vantagens deste jaez destinam-se a ressarcir o servidor pelos gastos suportados, como anota Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>, ao passo que não se estendem aos servidores inativos:

*“5.4.5 Indenizações - São previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função. Seus valores podem ser fixados em lei ou em decreto, se aquela permitir. Tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração, não repercutem no cálculo dos benefícios previdenciários e não estão sujeitas ao imposto de renda. Normalmente, recebem as seguintes denominações: ajuda de custo - destina-se a compensar as despesas de instalação em nova sede de serviço, pressupondo mudança de domicílio em caráter permanente; diárias - indenizam as*

<sup>3</sup> TJ/RJ. Órgão Especial. Mandado de Segurança nº 870/98-Capital, Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI, j. em 23 de março de 1999.

<sup>4</sup> STF. 1ª Turma. AI 437.175-PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 12 de agosto de 2003.

<sup>5</sup> In “Direito Administrativo Brasileiro”, 42ª edição, 2016, Malheiros, págs. 612/613.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*despesas com passagem e/ou estadia em razão de prestação de serviço em outra sede e em caráter eventual; auxílio-transporte - destina-se ao custeio total ou parcial das despesas realizadas pelo servidor com transporte coletivo nos deslocamentos de sua residência para o trabalho e vice-versa; auxílio-moradia - objetiva ressarcir, na forma prevista em lei, os custos do servidor público designado para exercer suas funções em outro local distinto do local do exercício habitual - e, assim, não se incorpora aos vencimentos.*

***Outras podem ser previstas pela lei, desde que tenham natureza indenizatória. Seus valores não podem ultrapassar os limites ditados por essa finalidade, não podem se converter em remuneração indireta. Há de imperar, como sempre, a razoabilidade.*** – destacado.

Em consequência, desborda da razoabilidade, finalidade e moralidade (artigo 111 da Constituição Estadual) previsão legislativa que conceda o benefício aos servidores simplesmente por ocasião do nascimento de seu filho, a eles instituindo verdadeiro “prêmio”, ausente razão legítima e interesse público para tanto.

Irrelevante, ademais, invocada previsão normativa do artigo 196 da Lei Federal nº 8.112/1990, como pontuado nas informações de fls. 141/143, na medida em que o dispositivo não compõe parâmetro legítimo ao contencioso de constitucionalidade estadual (cf. artigo 125, §2º, da Constituição da República).

A esse propósito, bem fundamentou a douta Procuradoria-Geral de Justiça na petição inicial, **verbis**:

*“O denominado '**auxílio-natalidade**' não atende a nenhum interesse público, tampouco às exigências do serviço. Retrata*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*simplesmente **dispêndio público sem causa**. Ora, não se vislumbra interesse público nem socorro às exigências do serviço a título de remuneração ou indenização a outorga de vantagem pecuniária que não tem qualquer causa jurídica hígida e significa autêntica liberalidade com o dinheiro público, o que é absolutamente imoral.*

*O art. 128 da Constituição Estadual, norma que descende diretamente dos princípios de seu art. 111, condiciona a criação normativa subordinando a outorga de vantagens aos servidores aos motivos nele indicados (interesse público e exigências do serviço).*

*Não há na vantagem outorgada pelo diploma impugnado qualquer causa razoável a justificar sua instituição, senão o implante de tratamento desigualitário em detrimento dos trabalhadores em geral, incompatível com a vocação institucional da Administração Pública e o conjunto de regras éticas extraídas da disciplina interior da Administração, divorciado do interesse público e da finalidade que não se coadunam com benesses instituídas em prol de outros interesses.*

*O dispositivo normativo impugnado além de vulnerar os princípios de moralidade, interesse público, e finalidade, também **ofende os princípios de razoabilidade e proporcionalidade** que devem nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e que, como aqueles, têm assento no art. 111 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.*

*Por força desse princípio é necessário que a norma passe pelo denominado 'teste' de razoabilidade, ou seja, que ela seja **adequada, necessária, e proporcional em sentido estrito**.*

*Ora, o 'auxílio-natalidade' **não é adequado. Tampouco necessário**. Ao contrário, implica **ônus excessivo** aos cofres públicos e ao próprio serviço público pelo dispêndio de verba*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*pública.*

**Não é proporcional.** Não existe relação lógica de causalidade entre o fato gerador e sua finalidade.

*A necessidade de verificar se a vantagem pecuniária atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço, está motivada pela **parcimônia, sobriedade e prudência** que os Municípios devem ter em relação à gestão do dinheiro público e dos negócios públicos. Não se desconsidera a importância e necessidade de bem remunerar ou premiar os servidores públicos. No entanto, devem ser observados os princípios orientadores da Administração Pública, constitucionalmente previstos."*

Sobre o tema, convém citar a jurisprudência deste C. Órgão Especial em casos similares:

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar Municipal nº 03, de 17.06.15 (arts. 2º, inciso I, 4º a 9, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 23, 27, 28, 29 a 39, 40, 41, 42), com a redação dada pelas Leis Complementares Municipais nº 05/17 e 10/17, dispondo sobre o quadro de servidores do Poder Legislativo do Município de Pinhalzinho. Vício formal. Ocorrência. Matéria a ser tratada em Resolução, de competência exclusiva do Poder Legislativo. Sanção do Poder Executivo afronta o princípio da separação dos poderes. Inconstitucionalidade verificada. Precedentes. Além do mais, quanto ao art. 10, necessária observância ao princípio da reserva legal (inciso III, do art. 20, da Constituição Estadual), que exige lei específica para instituição de vantagens de qualquer natureza a servidores públicos. Regime celetista. Descabimento. Incompatibilidade com a natureza dos cargos/empregos comissionados. Precedentes. Inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 2, inciso I, da LCM nº 03/15 para excluir a aplicação do regime da Consolidação das Leis do Trabalho os servidores/empregados comissionados. Violação ao pacto*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*federativo. Ocorrência. Inviável norma local dispor sobre direito do trabalho. Competência da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I, da CF). Precedentes. Vício material. Benefício genérico. **Criação de auxílio natalidade sem qualquer critério objetivo para a concessão. Descabimento. Vantagem não atende ao interesse público ou às exigências do serviço. Ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade, razoabilidade, interesse público e eficiência. Configurada violação aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual. Precedentes. Efeitos. Invalidação das normas ex tunc, ressalvada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento. Ação procedente, em parte, com observação.***

**(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2124659-18.2021.8.26.0000; Relator (a): Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 09/03/2022; Data de Registro: 25/03/2022) – destacado.**

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Dispositivos 132, incisos VII e VIII, e 152, 153, 154, 155, 156 e 157 da Lei Complementar nº 26, de 23 de janeiro de 1996, bem como da expressão 'inativos e pensionistas' constante do art. 1º, caput, da Lei nº 1.642, de 16 de dezembro de 2011, do Município de Piquerobi, que dispõem sobre a concessão de abono familiar, **auxílio natalidade**, abono natalício e a concessão de vale alimentação a servidores inativos e pensionistas do Município. A previsão de vantagens pecuniárias e seu pagamento a servidores inativos e pensionistas não observa o interesse público ou às exigências do serviço, mas apenas o interesse privado dos próprios servidores, sem que isso traga benefício a população local. Inexistindo, ainda, previsão da fonte de custeio. Presente a vulneração aos princípios da razoabilidade, finalidade e interesse público. Ação procedente, garantida a irrepetibilidade dos valores."*

**(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**2049154-55.2020.8.26.0000; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 11/08/2021; Data de Registro: 13/08/2021)**

Por fim, ausente interesse social ou razão de segurança jurídica que justifique a modulação dos efeitos do resultado, registro entender **indispensável preservar a irrepetibilidade das verbas percebidas em boa-fé pelos servidores beneficiados** anteriormente à concessão da liminar (fls. 130/131).

Tendo a solução ora alcançada caráter restritivo, não seria razoável fossem compelidos a devolver a vantagem recebida, porque de índole eminentemente alimentar, além de não se vislumbrar malícia ou má-fé dos destinatários, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica.

Julgo procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade do artigo 152, da Lei Complementar nº 02, de 23 de dezembro de 1992, do Município de Cerquilha/SP.

**Des. FRANCISCO CASCONI**

**Relator**

**Assinatura Eletrônica**