



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000337602

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1035597-82.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes APARECIDA DE FÁTIMA HENRIQUES CERQUEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), ELAINE MARIA SIMÕES BRAZELINO, NEIDE PEREIRA SILVA e LUZINETE MONTEIRO PEREIRA, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) E PAULO GALIZIA.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

ANTONIO CARLOS VILLEN

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 447/25

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 1035597-82.2022.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO – 10ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

APELANTES: APARECIDA DE FÁTIMA HENRIQUES CERQUEIRA E
OUTROS

APELADO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

JUIZ: OTAVIO TIOITI TOKUDA

SERVIDOR MUNICIPAL. São Paulo. Auxiliar de Enfermagem. Pretensão ao pagamento do adicional noturno, após a instituição do regime remuneratório por subsídio previsto na Lei Municipal nº 16.122/15. Admissibilidade. O adicional noturno é vantagem de natureza eventual que se enquadra na exceção do artigo 13 da Lei Municipal nº 16.122/2015. Compatibilidade da pretensão com o novo sistema remuneratório por subsídio. Aplicabilidade do art. 104 da Lei nº 8.989/79. Inaplicabilidade da tese firmada na ADI 5404, que versou sobre o sistema remuneratório dos policiais rodoviários federais. Sentença de improcedência. Recurso provido para julgar a ação procedente.

Trata-se de ação ajuizada por Aparecida de Fátima Henriques Cerqueira e outros, que pedem a condenação do Município de São Paulo ao pagamento de adicional noturno, nos termos do inciso II, art. 99, da Lei Municipal nº 8.989/79, por exercerem função de auxiliar de enfermagem em regime de plantão, das 19:00 horas às 7:00 horas.

A sentença julgou a ação improcedente (fls. 143/144).

As autoras apelaram (fls. 148/158). Alegam que a Lei Municipal n. 16.122/15, que instituiu o regime remuneratório por subsídio, não veda o pagamento do adicional noturno, mas permite o pagamento

excepcional, desde que comprovado que a remuneração não tem caráter permanente. Afirmam que a interpretação da norma deve ser compatível com a aplicação dos arts. 7º, IX, 39, § 3º, da Constituição Federal, art. 96 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e arts. 99, II e 104 da Lei n. 8.989/79. Sustentam que *“a afirmação de que o adicional noturno foi incorporado ao subsídio não procede e, além disso, o valor do subsídio do servidor que ativasse em horário noturno é do mesmo valor daquele servidor que exerce a mesma função e trabalha durante o dia, ou seja, restando evidenciada a flagrante violação constitucional”*. Pedem o provimento do recurso para que a ação seja julgada procedente.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 165/182).

É O RELATÓRIO.

De início, anoto que a preliminar de incompetência absoluta do Juízo com relação à coautora Elaine Maria Simões Brazelino, arguida em contrarrazões, não comporta conhecimento. Isso porque o processo já foi extinto em relação a ela, pela decisão interlocutória de fl. 137, considerando que houve *“concordância tácita quanto à impugnação ao valor da causa, sob competência do Juizado Especial da Fazenda Pública”*.

As autoras são servidoras públicas do Município de São Paulo, ocupantes do cargo “auxiliar de enfermagem”. Exercem suas funções no período noturno, no Hospital Municipal Tide Setúbal (Aparecida de Fátima Henriques Cerqueira e Luzinete Monteiro Pereira – fls. 21 e 35) e no Hospital Municipal Prof. Dr. Alípio Correa Netto (Neide Pereira Silva – 63), das 19:00 horas às 07:00 horas. Almejam o recebimento do adicional noturno, a despeito de terem optado por migrar ao regime de remuneração por subsídio previsto na Lei Municipal nº 16.122/2015. Fundamentam o pedido nos arts. 7º, IX, 39, §

3º, da Constituição Federal, art. 96 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e arts. 99, II e 104 da Lei n. 8.989/79 (fl. 9).

Embora no passado tenha adotado entendimento contrário à pretensão das autoras - no sentido de que o adicional noturno seria vantagem já incorporada ao subsídio, cujo valor abarca todas as parcelas remuneratórias previstas no antigo sistema e não elencadas no rol do Anexo IV do art. 13 da Lei Municipal nº 16.122/15 -, alterei tal orientação, uma vez que ela acabou isolada nesta 10ª Câmara e nesta Seção de Direito Público.

Cabe transcrever os fundamentos expendidos pelo Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez na Apelação n. ° 1058646-55.2022.8.26.0053, j. 22.06.0053, que também versou sobre ação ajuizada por servidor do Município de São Paulo (Analista de saúde – enfermagem), com idênticos pedido e causa de pedir (pagamento de adicional noturno fundado nos arts. 7º, IX, 39, da Constituição Federal, art. 96 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e arts. 99 e 104 da Lei n. 8.989/79):

“Com efeito, o art. 39, §§ 4º e 8º, da Constituição Federal, dispõe sobre a possibilidade de fixar o regime de remuneração por subsídios para os servidores, com vedação ao “acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”.

O Município de São Paulo editou a Lei Municipal nº 16.122/15, que dispõe sobre a criação do novo Quadro da Saúde da Prefeitura do Município de São Paulo e institui o respectivo regime de remuneração por subsídio, alterando o regime jurídico dos empregados públicos da Autarquia Hospitalar Municipal AHM e do Hospital do Servidor Público Municipal HSPM.

Os arts. 12, § 2º e 13 da LM nº 16.122/15 assim preveem:

“Art. 12. Os cargos constitutivos das carreiras do Quadro da Saúde serão remunerados pelo regime de subsídio, nos termos do art. 39 da Constituição

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federal, compreendendo os símbolos e os valores constantes do Anexo III desta lei, na seguinte conformidade:

(...)

§ 2º O regime de remuneração por subsídio é incompatível com o recebimento de vantagens pessoais de qualquer natureza, inclusive os adicionais por tempo de serviço e sexta-parte. (...)

Art. 13. São compatíveis com o regime de remuneração por subsídio estabelecido no art. 12 desta lei as parcelas remuneratórias de caráter não permanente, transitórias ou eventuais e as indenizatórias, todas nos termos da legislação específica, elencadas no Anexo IV desta lei.”

Embora a legislação local vede a concessão de vantagens pessoais de qualquer natureza aos servidores sob o regime de remuneração por subsídios, excetua-se da regra geral as verbas remuneratórias de caráter não permanente, transitórias ou eventuais e as indenizatórias, relacionadas no Anexo IV daquela lei.

O adicional noturno, por ser pago em razão do exercício da atividade laboral em período noturno, possui natureza eventual e, por isso, se enquadra na exceção prevista no art. 13 da LM nº 16.122/15, sendo, por conseguinte, benefício compatível com o regime de remuneração por subsídio dos servidores municipais.

O fato de o adicional noturno não estar relacionado no rol previsto no Anexo IV, da LM nº 16.122/15 não impede o seu pagamento ao servidor cuja remuneração é paga sob regime de subsídios.

[...]

Ademais, o pagamento de gratificação pela prestação de serviço noturno ao servidor público municipal está previsto nos arts. 7º, IX e 39, § 3º, da CF, arts. 99, II e 104 da Lei nº 8.989/79 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo) e art. 96 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, de modo que há autorização legal para o pagamento do adicional aos servidores municipais, independentemente do tipo de jornada exercida.

Tais razões de decidir, que adoto aplicam-se à presente demanda e demonstram o direito das autoras à percepção do adicional noturno, observada a prescrição quinquenal. Com efeito, é de ser acolhido o

entendimento no sentido de que se trata de vantagem de caráter intermitente e, por isso, compatível com o regime de subsídio, consoante o art. 13 da Lei Municipal nº 16.122/15.

Cumprir acrescentar que, sendo as autoras servidoras públicas do Município de São Paulo, a elas é aplicável o disposto no art. 104 da Lei nº 8.989/79 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Paulo), segundo o qual *“pelo serviço noturno, prestado das 22 às 6 horas, os funcionários do Quadro de Cargos de Natureza Operacional terão o valor da respectiva hora-trabalho acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)”*. Por isso, o adicional noturno de 25% deve ser aplicado apenas à hora-trabalho exercida das 22 às 6 horas, observando-se, na fase de cumprimento de sentença, a jornada de trabalho de cada uma das autoras.

Não é despidendo salientar que não se aplica à demanda a tese firmada no julgamento da ADI nº 5404, no sentido de que *“O regime de subsídio não é compatível com a percepção de outras parcelas inerentes ao exercício do cargo, mas não afasta o direito à retribuição pelas horas extras realizadas que ultrapassem a quantidade remunerada pela parcela única”*. A tese versa sobre o sistema remuneratório dos policiais rodoviários federais, e o caso dos autos é distinto, pois envolve servidores municipais, sujeitos ao regime estatutário municipal, e o adicional noturno não é inerente à sua função, mas verba eventual, devida apenas enquanto persistir o trabalho noturno.

Nesse sentido, os recentes precedentes desta 10ª Câmara: Apelação n. 1027282-65.2022.8.26.0053, Rel. Martin Vargas, j. 23/07/2024, v.u; Apelação n. 1054317-29.2024.8.26.0053, Rel. Martin Vargas, j. 13/12/2024, v.u., do qual participei como Segundo Juiz.

Também no mesmo sentido, os seguintes julga desta Seção de Direito Público: Apelação n. 1090798-25.2023.8.26.0053, Rel. Magalhães Coelho, 1ª Câmara de Direito Público, j. 11/06/2024, v.u.; Remessa Necessária n. 1021977-66.2023.8.26.0053, Rel. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, 2ª Câmara de Direito Público, j. 10/11/2023, v.u.; Apelação n. 1057608-13.2019.8.26.0053, Rel. Paulo Cícero Augusto Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, j. 06/08/2024, v.u.; Apelação Cível 1062410-49.2022.8.26.0053, Rel. Jayme de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Público, j. 21/11/2023, v.u.; Apelação n. 1026545-62.2022.8.26.0053, Rel. Heloísa Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, j. 07/03/2023, v.u.; Apelação n. 1066460-84.2023.8.26.0053, Rel. Maria Olívia Alves, 6ª Câmara de Direito Público, j. 27/08/2024, v.u.; Apelação n. 1074785-48.2023.8.26.0053, Rel. Fernão Borba Franco, 7ª Câmara de Direito Público, j. 07/06/24, v.u.; Apelação n. 1081542-58.2023.8.26.0053, Rel. Antonio Celso Faria, 8ª Câmara de Direito Público, j. 29/04/2024, v.u.; Apelação n. 1082701-36.2023.8.26.0053, Rel. Rebouças de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, j. 09/04/2024, v.u.; Apelação n. 1035636-79.2022.8.26.0053, Rel. Ricardo Dip, 11ª Câmara de Direito Público, j. 06/05/2024, v.u.; Apelação n. 1055039-34.2022.8.26.0053, Rel. Souza Nery, 12ª Câmara de Direito Público, j. 21/11/2023, v.u.; Apelação n. 1079971-52.2023.8.26.0053, Rel. Spoladore Dominguez, j. 31/07/2024, v.u..

Por tudo isso, o recurso das autoras comporta provimento para que lhes seja reconhecido o direito à percepção do adicional noturno, no percentual de 25%, pelo trabalho exercido das 22 às 6 horas, e com a condenação do réu ao pagamento das parcelas pretéritas, observada a prescrição quinquenal.

A correção monetária deve incidir a partir da data em

que cada parcela se tornou devida e será computada pelo IPCA-E, e os juros de mora incidirão a partir da citação e serão calculados com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), conforme decidido no Tema n. 810 do STF e no Tema n. 905 do STJ. Eles deverão ser computados dessa forma até a data da entrada em vigor da EC n. 113/21 (08.12.21); e, a partir de 09.12.21, de acordo com a taxa SELIC, nos termos do art. 3º da mencionada Emenda, aplicável aos processos em curso.

Diante do provimento do recurso das autoras, os ônus de sucumbência devem ser carreados ao réu. Os honorários advocatícios devem ser fixados no mínimo do patamar legal correspondente (art. 85, § 3º e incisos, CPC), em percentual que será definido com a liquidação da sentença (art. 85, § 4º, II, CPC), sobre o valor do proveito econômico obtido por elas com o provimento do recurso.

Pelo meu voto, dou provimento ao recurso para julgar procedente a ação e reconhecer o direito das autoras ao adicional noturno, no percentual de 25%, pelo trabalho exercido das 22 às 6 horas e condenar o réu ao pagamento das parcelas vencidas e vincendas, observada a prescrição quinquenal, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, alterada a distribuição dos ônus de sucumbência, nos termos expostos.

ANTONIO CARLOS VILLEN

RELATOR