

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado nº 13.450/2015

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 1.090, DE 29 DE JANEIRO DE 2002, DO MUNICÍPIO DE PRADÓPOLIS. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO AOS SERVIDORES MUNICIPAIS. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS. 1. A extensão aos inativos e pensionistas do “auxílio-alimentação” concedido aos servidores públicos municipais, custeado por recursos públicos, não atende ao interesse público e às exigências do serviço, desafiando os arts. 111 e 128, CE/89. **2.** Procedência da ação com modulação de efeitos para impedir restituição de valores pagos. **3.** Inconstitucionalidade reconhecida.

○ **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda nos arts. 74, inciso VI, e 90, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 13.450/2015), vem, perante

esse **Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face da expressão “aos inativos e pensionistas” constante do art. 2º da Lei n. 1.090, de 29 de janeiro de 2002, do Município de Pradópolis, pelos fundamentos expostos a seguir.

1. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade decorre de representação endereçada a esta **Procuradoria-Geral de Justiça** por cidadão do **Município de Pradópolis** (fls. 02/07).

A inconstitucionalidade está assentada em dispositivo legal que prevê o “auxílio-alimentação” extensivo a servidores inativos e pensionistas.

Pedimos vênua para transcrever o ato normativo do Município de Pradópolis, colocando em destaque (negrito) a expressão inconstitucional.

“LEI MUNICIPAL Nº 1.090, DE 29 DE JANEIRO DE 2.002,

Institui o Auxílio-Alimentação em pecúnia, para os servidores públicos da Administração municipal de Pradópolis, em substituição ao vale alimentação, em forma de “tickets”, e dá outras providências.

Art. 1º. Fica instituído, no âmbito da Administração municipal de Pradópolis, o auxílio-alimentação em pecúnia, pago pela Prefeitura, diretamente no demonstrativo de pagamento, ou holerite, destinado ao custeio parcial das despesas de

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

aquisição de gêneros alimentícios de primeira necessidade, em substituição ao vale alimentação na forma de “tickets”, previsto pelo § 1º, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 35, de 26 de maio de 1.995, regulamentando pelo Decreto nº 932, de 23 de junho de 2.000.

§ 1º. O valor inicial do benefício, de que trata este artigo, fica fixado em R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais), que será revisto, oportunamente, por Decreto do Executivo, consideradas as necessidades básicas de alimentação e as disponibilidades do erário.

§ 2º. A concessão de auxílio-alimentação aos servidores civis dos órgãos da Administração pública municipal observará o critério da inacumulabilidade do benefício alimentação com outros de espécies semelhante, tais como auxílio cesta-básica ou vantagem pessoal originária de qualquer forma de auxílio-alimentação.

§ 3º. Muito embora pago em pecúnia, o auxílio-alimentação não será, em hipótese alguma, caracterizado como salário-utilidade ou prestação salarial ‘in natura’.

§ 4º (vetado).

Art. 2º. O benefício será devido aos servidores municipais **inativos e pensionistas**, e aos ativos em função dos dias efetivamente trabalhos durante o mês, conforme apurado no apontamento mensal de

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

frequência, procedendo-se aos descontos devidos na proporção exata das faltas injustificadas ou não abonadas.

§ 1º. No caso de docentes, a determinação do número de dias efetivamente trabalhados será feita mediante a conversão de horas-aula.

§ 2º. Os sábados, domingos, feriados e pontos facultativos não serão considerados dias efetivamente trabalhados, salvo quando houver regular convocação para prestação de serviços em horário extraordinário.

Art. 3º. Será contemplado uma única vez o servidor público que acumule cargo, emprego ou função remunerada na Administração municipal de Pradópolis, na forma do artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal.

Art. 4º. O benefício do Auxílio-Alimentação não se incorporará ao patrimônio do servidor público municipal (vencimento, remuneração, provento ou pensão) e sobre ele não incidirão quaisquer contribuições trabalhistas, previdenciárias ou fiscais.

Art. 5º. Não fará jus ao recebimento do Auxílio-Alimentação o servidor público municipal:

- a) licenciado ou afastado do exercício do cargo, emprego ou função pública, com prejuízo total ou parcial da remuneração, exceto os afastados por motivo de doença, acidente de

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

trabalho ou sinistros de quaisquer naturezas de que sejam vítimas;

- b)** afastado nas hipóteses dos artigos 64, 65 e 69, da Lei Complementar nº 18, de 21 de setembro de 1.993, com as alterações posteriores correlatas.

Art. 6º. Os contratados por tempo determinado, para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público, na forma dos artigos 164 a 174, da Lei Complementar nº 18, de 21 de setembro de 1.993, fazem jus ao Auxílio-Alimentação.

Art. 7º. Aplica-se, o dispositivo nesta lei, aos professores titulares de cargos estaduais afastados juntos às escolas da rede municipal de ensino, em virtude do convênio de parceria educacional: Estado-Município, destinado à municipalização do Ensino Fundamental.

Art. 8º. Se eventualmente a Administração municipal de Pradópolis concluir pela inviabilidade do pagamento do Auxílio-Alimentação em pecúnia, poderá alterar o critério de maneira alternativa, substituindo-o pela concessão de vale-alimentação na forma de “tickets”, ou pela contratação de serviços de terceiros.

Art. 9º. As despesas decorrentes da aplicação desta lei correrão à conta de dotações próprias

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

consignadas no Orçamento Geral do Município, suplementadas se necessário.

Art. 10. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de dezembro de 2001.” (*sic*) (grifo nosso)

Em síntese, é inconstitucional a disposição legal que prevê o “auxílio-alimentação” a servidores inativos e pensionistas.

Diante disso, nesta ação direta pede-se a declaração da inconstitucionalidade da expressão “inativos e pensionistas” constante do art. 2º da Lei Municipal n. 1.090, de 29 de janeiro de 2.002, do Município de Pradópolis.

Vejamos os fundamentos da inconstitucionalidade dessas normas.

2. FUNDAMENTAÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTENSÃO DO “AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO” A INATIVOS E PENSIONISTAS.

É inconstitucional a disposição legal que estende o “auxílio-alimentação” a servidores inativos e a pensionistas.

A razão é simples.

O “auxílio-alimentação”, previsto em leis que tratam do regime remuneratório de servidores públicos, tem natureza indenizatória.

Hely Lopes Meirelles, (*Direito Administrativo Brasileiro*, 34. Ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 504), a propósito das indenizações concedidas aos servidores públicos recorda que:

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“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 (...) diárias (...) auxílio-transporte (...)

Outras podem ser previstas pela lei, desde que tenham natureza indenizatória.”

Nesse sentido, ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 25. Ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 308.

O auxílio-alimentação é vantagem pecuniária *pro labore faciendo* e tem seu contorno jurídico estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como direito que depende do efetivo exercício e que “não se estende aos inativos e pensionistas, vez que se trata de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria” (STF, AgR-AI 586.615-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 08-08-2006, v.u., DJ 01-09-2006, p. 37).

São eloquentes os pronunciamentos a respeito da natureza jurídica do auxílio-alimentação, como o seu caráter indenizatório e a impossibilidade de incorporação ou extensão aos inativos, *verbis*:

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“Auxílio-alimentação. Esta Corte tem entendido que o direito ao vale-alimentação ou auxílio-alimentação não se estende aos inativos por força do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, porquanto se trata, em verdade, de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria (assim, a título exemplificativo, nos RREE 220.713, 220.048, 228.083, 237.362 e 227.036). Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, RE 332.445-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, 16-04-2002, v.u., DJ 24-05-2002, p. 67).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI Nº 10.002/93, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. VALE-REFEIÇÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. EXTENSÃO AOS APOSENTADOS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA. 1. A extensão aos aposentados de benefício concedido aos ativos induz à necessária observância de dois pressupostos: se a vantagem integra a remuneração dos servidores em atividade e se esta é compatível com a situação dos inativados. 2. Vale-refeição. Extensão aos inativos. CF/88, artigo 40, § 4º. Inaplicabilidade da norma, dada a natureza indenizatória do

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

benefício, que apenas visa ressarcir valores despendidos com alimentação pelo servidor em atividade, sem, contudo, integrar sua remuneração. Recurso não conhecido” (RTJ 174/681).

“Auxílio-alimentação: benefício que, dada a sua natureza indenizatória, só é devido ao servidor em atividade, vedada a sua incorporação aos proventos da aposentadoria. CF, art.40, § 4º. Precedentes” (STF, RE 323.019-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 30-10-2001, v.u., DJ 14-12-2001, p. 89).

Está assentado na Suprema Corte que a percepção do auxílio-alimentação depende, dada a sua natureza indenizatória, do efetivo exercício de suas funções pelo agente público e, portanto, a ele não têm direito o inativo, como resume a Súmula 680 do Supremo Tribunal Federal:

“O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos”.

Apesar de não servir como parâmetro para o controle objetivo de constitucionalidade, tem eficácia indicativa da concepção da Suprema Corte sobre a compatibilidade da lei com a Constituição.

Aliás, a jurisprudência reputou indébita a extensão de certas vantagens que pressupõem a atividade àqueles que não exerciam o cargo, como o acréscimo do 1/3 (um terço) sobre a remuneração nas férias e o auxílio-moradia.

‘CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO.
SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO: FÉRIAS:

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

ACRÉSCIMO DE UM TERÇO. C.F., art. 7º, XVII. Resolução nº 06/89 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. I. - O direito às férias remuneradas é assegurado ao servidor público em atividade. O acréscimo de um terço da remuneração segue o principal: somente faz jus a esse acréscimo o servidor com direito ao gozo de férias remuneradas. C.F., art. 7º, inciso XVII. Servidor público aposentado não tem direito, obviamente, ao gozo de férias. II. - Resolução 06/89 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo que estendeu aos magistrados aposentados o acréscimo relativamente às férias na base de um terço da remuneração: inconstitucionalidade. III. - ADI julgada procedente' (STF, ADI 2.579-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 21-08-2003, v.u., DJ 26-09-2003, p. 05).

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FERIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIARIA IRRAZOAVEL E DESTITUIDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. - A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do 'substantive due process of law', como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa' (STF, ADI-MC 1.158-AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 19-12-1994, m.v., DJ 26-05-1995, p. 15.154).

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTENSÃO DO AUXÍLIO-MORADIA AOS MEMBROS INATIVOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. I. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) –, ao traçar as normas gerais sobre a remuneração no âmbito do Ministério Público, não prevê o pagamento de auxílio-moradia para membros aposentados do parquet. Como a LONMP regula de modo geral as normas referentes aos membros do Ministério Público e não estende o auxílio-moradia aos membros aposentados, conclui-se que o dispositivo em análise viola o art. 127, § 2º, da Carta Magna, pois regula matéria própria da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em desacordo com esta. II. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. O auxílio-moradia constitui vantagem remuneratória de caráter indenizatório. Portanto, é devido apenas em virtude da prestação das atividades institucionais em local distinto, enquanto estas durarem. Como decorre da própria lógica do sistema remuneratório, o auxílio moradia visa ressarcir os custos e reparar os danos porventura causados pelo deslocamento do servidor público para outros locais que não o de sua residência habitual. Dessa forma, parece lógico que tal

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

vantagem seja deferida apenas àqueles servidores em plena atividade, que se encontrem nessa específica situação, e apenas enquanto ela durar, não se incorporando de forma perpétua aos vencimentos funcionais do servidor. O auxílio-moradia deve beneficiar somente o membro do Ministério Público que exerça suas funções em local onde não exista residência oficial condigna. Assim, a extensão de tal vantagem aos membros aposentados, que podem residir em qualquer lugar, visto que seu domicílio não está mais vinculado ao local onde exerçam suas funções (CF, art. 129, § 2º), viola os princípios constitucionais da isonomia, da razoabilidade e da moralidade. III. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE' (STF, ADI 3.783-RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17-03-2011, m.v., DJe 06-06-2011, RT 910/355).

Ora, tratando-se de verba de caráter indenizatório, só se mostra legítima sua concessão aos servidores em atividade, não aos inativos.

Além disso, em inúmeros julgados, o Col. STF explicitou as razões da impossibilidade de extensão da vantagem pecuniária aos inativos e pensionistas. Nesse sentido, confira-se, a título exemplificativo, a ementa do AI 668.391 AgR/SC, 1ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/05/2009, DJe 118, 25-06-2009:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS INATIVOS:

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

NATUREZA INDENIZATÓRIA. AGRAVO
REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

Assim, a extensão do auxílio-alimentação a servidores inativos e a pensionistas também não encontra apoio no interesse público e nas exigências do serviço, contrariando o art. 128 da Constituição Paulista, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

Ofende, outrossim, o princípio da razoabilidade, assentado no art. 111 da Constituição do Estado, extensível aos Municípios por obra de seu art. 144.

Manifesta-se, claramente, o desrespeito ao princípio da razoabilidade pela desnecessidade de previsão normativa e por sua inadequação do ponto de vista do Poder Público, bem ainda pela falta de proporcionalidade em sentido estrito, ao criar encargos que não se justificam: **não se pode efetuar o pagamento de verba indenizatória a inativos e pensionistas** (recorde-se mais uma vez o caráter indenizatório do auxílio-alimentação) sem que haja razão legítima para tanto.

Esse raciocínio tem sido acolhido pela doutrina como argumento suficiente para, por desconsideração a um dos três aspectos do “teste de razoabilidade”, afastar-se a legitimidade do ato normativo ou administrativo.

Confira-se: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 101; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 19. ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 95; Gilmar Ferreira Mendes, “A proporcionalidade na jurisprudência do STF”, publicado em *Direitos fundamentais e controle de*

constitucionalidade, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos Editor, 1998, p. 83.

A ofensa ao princípio da razoabilidade tem servido, em julgados desse E. Tribunal de Justiça, ao reconhecimento da inconstitucionalidade de leis que criam ônus excessivos e desnecessários para seus destinatários ou para o próprio Poder Público.

Confira-se: ADI 152.442-0/1-00, j. 07.05.08, v.u., rel. des. Penteado Navarro; ADI 150.574-0/9-00, j. 07.05.08, v.u., rel. des. Debatin Cardoso.

Dessa forma, está claramente configurada a necessidade de declaração da inconstitucionalidade da expressão “inativos e pensionistas” prevista no art. 2º da Lei n. 1.090, de 29 de janeiro de 2002, do Município de Pradópolis.

3. DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Último e não menos importante, impende salientar que é absolutamente desnecessária qualquer discussão em torno da modulação dos efeitos da decisão que vier a reconhecer a inconstitucionalidade da expressão impugnada, na medida em que, dado o caráter alimentar dos pagamentos realizados, não ocorrerá a repetição pelas vias ordinárias.

O caráter alimentar da verba e a boa-fé dos beneficiários da norma inconstitucional arrima a necessidade de proteção da segurança jurídica que, no caso, consiste apenas na isenção da devolução dos valores pagos.

Albergar o pleito de manutenção das relações jurídicas anteriores ao julgamento, de maneira a permitir a seus beneficiários a percepção

de prestações vincendas, não se alvitra como melhor solução porque implicaria a permanência de situação ilícita e lesiva *ab ovo*, uma vez que é assaz comprometedora da saúde financeira do erário.

4. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que ao final seja ela julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da expressão “inativos e pensionistas” impugnada nesta inicial, constante do art. 2º da Lei n. 1.090, de 29 de janeiro de 2002, do Município de Pradópolis.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Senhor Prefeito Municipal de Pradópolis, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre o ato normativo impugnado.

Posteriormente, aguarda-se vista para fins de manifestação final.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 25 de maio de 2015.

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador-Geral de Justiça

ef/mjap

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Protocolado nº 13.450/2015

Assunto: Inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Municipal nº 1.090, de 29 de janeiro de 2002, de Pradópolis, que prevê auxílio-alimentação a inativos e pensionistas.

1. Distribua-se a inicial da ação direta de inconstitucionalidade.
2. Cumpra-se.

São Paulo, 25 de maio de 2015.

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador-Geral de Justiça

ef/mjap