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

Protocolado nº 84.764/2017

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.712, DE 16 DE MARÇO DE 2004, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO AOS SERVIDORES MUNICIPAIS. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS. O auxílio-alimentação consiste em vantagem pecuniária de natureza indenizatória *pro labore faciendo*, fundado no exercício do cargo. Jurisprudência do STF e TJ/SP que refuta a percepção dessa vantagem pecuniária indenizatória por aqueles afastados da carreira, inativos ou que não se encontrem no efetivo exercício do cargo. Violação dos arts. 111 e 128 da Constituição Federal.

O **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 84.764/2017), vem, perante esse **Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face da expressão "e inativos e pensionistas" constante do "caput" do art. 68 da Lei nº 2.712, de 16 de março de 2004, do Município de São José do Rio Pardo, pelos fundamentos expostos a seguir.

1. ATO NORMATIVO IMPUGNADO.

O protocolado que instrui esta inicial de ação direta de inconstitucionalidade foi instaurado a partir de representação encaminhada a esta Procuradoria-Geral de Justiça pela DD. Promotora de Justiça da Comarca de São José do Rio Pardo para análise da constitucionalidade do art. 68 da Lei nº 2.712, de 16 de março de 2004, daquela localidade (fls. 02/71).

A inconstitucionalidade está assentada em ato normativo que prevê o denominado "tíquete-alimentação" extensivo a servidores inativos e pensionistas.

Pedimos vênia para transcrever o dispositivo supramencionado do Município de São José do Rio Pardo, colocando em destaque (negrito) a expressão inconstitucional:

> "**Lei Municipal nº 2.712, de 16 de março de 2.004**
>
> (...)
>
> **Art. 68** - Aos servidores públicos da Administração Direta, Autarquias e Fundações Públicas do Município de São José do Rio Pardo, ativos **e inativos e pensionistas,** está garantido o pagamento pecuniário mensal através do tíquete-alimentação, que deverá obedecer aos critérios estabelecidos nesta lei.
>
> § 1° - O valor do tíquete-alimentação será corrigido anualmente, aplicando-se o índice mínimo de 25% (vinte e cinco) por cento do salário mínimo vigente.

> § 2° - A autoridade competente deverá tomar as providências necessárias para renovar anualmente o convênio com o Ministério do Trabalho para assegurar a participação no Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT).” (*sic*) (grifo nosso)

Em síntese, é inconstitucional o ato normativo que prevê auxílio alimentação a servidores inativos e pensionistas.

Diante disso, nesta ação direta, pede-se a declaração da inconstitucionalidade da expressão “e inativos e pensionistas” constante do “caput” do art. 68 da Lei n° 2.712, de 16 de março de 2004, do Município de São José do Rio Pardo.

2. PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE.

A expressão impugnada contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1°, 18, 29 e 31, da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que assim estabelece:

> “**Art. 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”.

A expressão contestada é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

"(...)

Art. 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.

(...)

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

(...)"

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

Com efeito, é inconstitucional o ato normativo que estende o auxílio-alimentação aos servidores inativos e a pensionistas do Poder Público Municipal e de suas autarquias e fundações.

A razão é simples.

O auxílio-alimentação ou, como denominado no caso em análise, "tíquete-alimentação", **tem natureza indenizatória e, por isso, não se estende aos inativos e pensionistas.**

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

> "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*, 25ª 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*:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei que dispõe sobre autorização ao Poder Executivo para implantação do Vale Alimentação aos

funcionários públicos em atividade e dá outras providências – Artigos 4° e 5°, incisos I, II, III, IV e V da Lei n° 1.057, de 07 de julho de 2015, com a redação dada pela Lei n° 1.058, de 29 de julho de 2015, do Município de Ubirajara - Alegação de violação aos artigos 111 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo – O vale alimentação é vantagem pecuniária de natureza indenizatória, pago somente aos servidores ativos - O pagamento do vale alimentação deve coincidir com os dias efetivamente trabalhados - Afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, decorrente da perda total do benefício nas situações previstas nos incisos I, II, III e V, do artigo 5° - O prazo de consumo do vale alimentação estabelecido no artigo 1°, da Lei n° 1.058/2015, que alterou a redação do artigo 4°, da Lei n° 1.057/2015, considerando o prazo para sua entrega aos servidores, resulta em restrição excessiva, em flagrante falta de razoabilidade - Ofensa aos artigos 111 e 144, da Constituição do Estado. Pedido procedente em parte". (TJ/SP, ADI n° 2238303-46.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, julgado em 18 de maio de 2016)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei do Município de Taquaritinga que prevê o pagamento de auxílio-alimentação a servidores inativos e àqueles que, embora na atividade, estejam afastados de suas funções. Preliminar. Inépcia da inicial. Basta a leitura da inicial para a fácil constatação de que a menção equivocada ao § 2° da

Lei nº 3.866/10, ao invés do inciso III do § 1º do art. 1º, não passou de simples erro material, tendo, inclusive, o requerente transcrito o dispositivo impugnado com destaque, ao negritá-lo. 'A mera indicação de forma errônea de um dos artigos impugnados não obsta o prosseguimento da ação, se o requerente tecer coerentemente sua fundamentação e transcrever o dispositivo constitucional impugnado.' (STF, ADI 2.682). Preliminar afastada. O cartão de alimentação tem natureza indenizatória e não salarial e por isso é devido somente a servidores ativos e que se encontram em efetivo exercício de suas funções, para que possam ser ressarcidos dos custos despendidos com a refeição. Inconstitucionalidade. Ocorrência. Precedentes. Inépcia da inicial rejeitada. Ação procedente, com modulação, para declarar a inconstitucionalidade do III, do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010, e, por arrastamento, dos I, II, III, IV e V do art. 2º da Lei Complementar nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010". (TJ/SP, ADI nº 2146475-66.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, julgado em 27 de janeiro de 2016)

"Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra a Lei Complementar Municipal nº 084/03/2011, de 12 de dezembro de 2011, de Estrela do Norte. Auxílio-alimentação. Extensão a servidor público afastado em virtude de licença saúde, acidente de trabalho ou em gozo de licença gestante, por adoção ou de licença paternidade.

> Impossibilidade. Benefício de natureza indenizatória. Verba devida apenas a servidor em atividade, pois se o servidor não está trabalhando, não há o que indenizar. Súmula nº 680 do STF. Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade material configurada. Ofensa aos artigos 111 e 128. Ação parcialmente procedente, com efeito 'ex nunc', para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º e 7º da norma municipal". (TJ/SP, ADI nº 0127111-16.2013.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, julgado em 05 de fevereiro de 2014)

Está assentado pela Suprema Corte que a percepção do auxílio-alimentação depende, dada a sua natureza indenizatória, do efetivo exercício de suas funções pelo agente público; portanto, a ele não têm direito o inativo nem o pensionista, como resume a **Súmula Vinculante nº 55 do Supremo Tribunal Federal**:

> "O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos".

Esse, aliás, já era o entendimento consubstanciado na Súmula 680 do Supremo Tribunal Federal.

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

Não é demais salientar que 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. De fato:

'CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO: FÉRIAS: 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 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 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 e pensionistas.

Dessa forma, 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*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 101; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 19ª 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.

Dessa forma, está claramente configurada a necessidade de declaração da inconstitucionalidade da expressão "e inativos e

pensionistas" constante do "caput" do art. 68 da Lei nº 2.712, de 16 de março de 2004, do Município de São José do Rio Pardo, por violação aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

3. 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 "e inativos e pensionistas" constante do "caput" do art. 68 da Lei nº 2.712, de 16 de março de 2004, do Município de São José do Rio Pardo.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de São José do Rio Pardo, 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, 10 de outubro de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

ms/mjap