



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA SECCIONAL FEDERAL EM PETROLINA -PE**

**EXMO(A). SR(A). JUIZ(A) FEDERAL DA ^a VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA
DE PERNAMBUCO**

CONTESTAÇÃO – AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO – EQUIPARAÇÃO TCU

A **UNIVERSIDADE FEDERAL DO VALE DO SÃO FRANCISCO (UNIVASF)**, entidade federal, integrante da Administração Pública Federal Indireta, entidade vinculada ao Ministério de Desenvolvimento Agrário, representada pela Procuradoria Seccional Federal em Petrolina, nos termos da Lei nº 10.480/02, vem, através da Procuradora Federal ao final assinada, *ex vi legis* (art. 9º da Lei 9.469/97), apresentar **CONTESTAÇÃO**, nos seguintes termos, aduzindo não ser possível propor conciliação no presente caso.

DO RESUMO DO PEDIDO AUTURAL

Trata-se de ação ordinária interposta em face do UNIVASF por servidor ativo, pleiteando, basicamente, a condenação do réu a implantar, em folha de pagamento, novo valor de auxílio-alimentação, majorado em equiparação ao auxílio recebido pelos servidores do Tribunal de Contas da União. Requer, outrossim, condenação ao pagamento da diferença entre o antigo e novo valor, referentes a período de trabalho anterior, observada à prescrição.

Razão, entretanto, não lhe assiste, como se demonstrará.

A tese autoral, portanto, não merece prosperar, conforme adiante se demonstrará.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ENTIDADE DE ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

A entidade da administração indireta carece de legitimidade passiva para figurar nesse tipo de ação, uma vez que **não possui competência legal para a elaboração de normas que promovam o reajuste nas verbas indenizatórias (auxílio-alimentação) dos servidores públicos do Poder Executivo Federal, não cabendo, portanto, à mesma, ser instada judicialmente para implantação, sem previsão legal, de tal reajuste.**

Com efeito, a Lei 8.460/92, alterada pela Lei 9.527/97, assim dispõe acerca do tema:

“Art. 22. O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação por dia trabalhado, aos servidores públicos federais civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)

§ 1º A concessão do auxílio-alimentação será feita em pecúnia e terá caráter indenizatório. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)

(...)

§ 4º O auxílio-alimentação será custeado com recursos do órgão ou entidade em que o servidor estiver em exercício, ressalvado o direito de opção pelo órgão ou entidade de origem. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)” (grifos nossos)

Como sói ocorrer, a entidade pública federal (Administração Federal Indireta) é responsável exclusivamente pelo custeio, entenda-se PAGAMENTO, do auxílio-alimentação, mas a competência para dispor, entenda-se REGULAMENTAR (normatizar inclusive para fins de majoração do seu valor) é do Poder Executivo Federal – União (Administração Direta).

Nesse diapasão, mister analisar o conteúdo do art. 3º, do Decreto 3.887/01, que regulamenta o referido art. 22 da Lei nº 8.460, de 17 de setembro de 1992, a seguir reproduzido:

“Art. 3º Ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão caberá fixar o valor mensal do auxílio-alimentação, observadas as diferenças de custo por unidade da federação.

Parágrafo único. O servidor que acumule cargos na forma da Constituição fará jus à percepção de um único auxílio-alimentação, mediante opção.” (grifos nossos)

Analogamente, ao analisarem o caso de pretensão decorrente de ausência de revisão geral anual, os Tribunais Regionais Federais pátrios têm adotado o entendimento que a legitimidade passiva é da União (Administração Direta), e não da entidade vinculada (autarquia ou fundação) onde o servidor é lotado, mutatis mutandis (g. n.):

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. ART. 37, X, DA CR/88. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG.

1. Tratando a lide de indenização por danos materiais em decorrência de omissão do Presidente da República em conceder a revisão geral anual de remuneração prevista no art. 37, X, da CF/88, somente a União Federal é que deve figurar no polo passivo da relação processual.

2. *Apelação e remessa oficial conhecidas e providas. Extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.*”

(Origem: TRF - Quarta Região; Classe: AC - Apelação Cível; Processo: 200471010004619-RS; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data da decisão: 19/09/2005; Fonte: DJU Data:13/10/2005; Pág.: 592; Relator(a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; Decisão: A turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso e à remessa oficial.)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO.

- O INSS - Instituto Nacional do Seguro Social não tem legitimidade passiva para responder à ação em que se discute a omissão legislativa do Estado em editar lei, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, relativa à revisão geral anual de remuneração.

- Extinção do processo, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

- Apelação provida.”

(Origem: TRF - Quinta Região; Classe: AC - Apelação Cível – 380697; Processo: 200484000021448-RN; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data da decisão: 24/08/2006; Fonte: DJ – Data:25/09/2006; Pág.: 631 – N°:184; Relator(a): Desembargador Federal Ridalvo Costa; Decisão: Unânime)

Ora, onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito. Se compete à União dispor sobre o auxílio-alimentação, tal qual compete ao Chefe do Poder Executivo Federal impulsionar o legislativo para os fins da concessão do reajuste geral anual dos seus servidores, não pode entidade integrante da Administração Federal indireta, que exclusivamente custeia a verba indenizatória, ser punida ante a inércia da Administração Direta.

Em conclusão, o UNIVASF requer a extinção do presente feito, sem resolução de mérito, nos termos dos arts. 3º, 267, VI e § 3º, e 329 do CPC.

MÉRITO

DA IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO – PRINCÍPIO DA ISONOMIA

No ordenamento jurídico pátrio é vedado ao magistrado atuar como legislador positivo. Sua atuação deve limitar-se ao afastamento de normas legais incompatíveis com o ordenamento superior, de sede constitucional, ou seja, como legislador negativo.

Ora, está dentro do espaço de conformidade do legislador a ampliação ou não dos direitos garantidos pela norma constitucional, é certo que não poderá restringi-los, **mas a sua ampliação é discricionariedade do legislador**, não cabendo ao Juiz, sob pena de invasão da atribuição legislativa e desrespeito ao princípio democrático a inclusão de novos direitos.

Ressalte-se que, constitucionalmente foi dada ao Poder Judiciário a atribuição de atuar na composição de conflitos de interesses e, se acaso lhe for permitido também a regulação de comportamentos (contrariamente à ordem constitucional), independente das razões que possam ser aduzidas para justificar tal excesso de poder, estar-se-á comprometendo, de maneira extremamente retrógrada e negativa o princípio do devido processo legal.

O que se deve perseguir é evitar que, através de sentença, o magistrado substitua-se ao Congresso Nacional e ao Presidente da República. **Qualquer entendimento em sentido diverso significa permitir que O MAGISTRADO ARVORE-SE EM LEGISLADOR POSITIVO para imiscuir-se em políticas públicas, concedendo ou majorando indevidamente a remuneração de servidores públicos, inclusive no tocante ao auxílio-alimentação, e pior, sem a previsão necessária do custeio.**

O fundamento de validade da atividade do Poder Judiciário, bem como os limites que lhe são afetos, encontram-se no Princípio da Separação dos Poderes, previsto constitucionalmente. Isto porque, no Estado Democrático de Direito, existem limitações a todos os poderes constituídos e, como não podia ser diferente, também se aplicam ao Judiciário, mesmo enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais.

É forçoso concluir, portanto, que não existe lacuna ou omissão da lei a ser suprida por analogia, pois a parte autora, como todos os demais servidores públicos possuem Leis disciplinando os valores de sua remuneração.

Ressalte-se que, em sendo julgada procedente a demanda, o que só se admite por pura tese argumentativa, haverá violação do texto constitucional, porque cabe à LEI - a fixação e majoração dos vencimentos dos servidores públicos (Art. 37, X, da CF/88) - com violação do art. 2º da CF/88, bem como usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional.

E nem se pretenda integrar o ordenamento jurídico com analogia, porque tal matéria é submetida à estrita reserva legal, o que demanda o adequado processo legislativo, com projeto, iniciativa, votação nas duas Casas do Congresso Nacional e sanção do Presidente da República. Assim prevê a Constituição. Evidentemente, o magistrado não está legitimado a substituir o Congresso Nacional, que aprova a lei, nem ao Presidente da República, que a sanciona. Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Supremo Tribunal Federal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 181.138-2 (PC)

MINISTRO CELSO DE MELLO

SÃO PAULO

Publicado em DJ: 12/05/95 Pág.: 13.019

UNIÃO FEDERAL

ELEBRA TELECON LTDA

PRAZO EM DOBRO - APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC (ART. 188) AO PROCEDIMENTO RECURSAL DISCIPLINADO PELA LEI N.º 8.038/90 - IOF/CAMBIO - DECRETO-LEI N.º 2.434/88 (ART. 6º) - GUIAS DE IMPORTAÇÃO EXPEDIDAS EM PERÍODO ANTERIOR A 1º DE JULHO DE 1988 - INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUÍDA DE CONTEÚDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - RECONHECIDO E PROVIDO.

[...]

- Os magistrados e os Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício de isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem fiscal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO).

- Legitimidade constitucional da isenção tributária concedida pelo art. 6º do Decreto-Lei 2.434/88. Precedentes do STF.

1ª Turma. Julgamento em 06.09.94. Recurso conhecido e provido. Unânime.”

Nesse sentido, o STF editou a Súmula 339 que cristalizou o entendimento segundo o qual é vedado ao juiz legislar positivamente:

SÚMULA N.º 339 - Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Indevida, portanto, a invocação ao princípio constitucional da isonomia, estampado no art. 5º, “caput” da CF, vez que esse postulado é aplicável a todos que se encontrem na mesma situação jurídica, o que não é o caso dos presentes autos, primeiro porque a parte autora é integrante de outro Poder; segundo porque cada poder possui um limite em seu orçamento para despesas com pessoal; terceiro que

tanto a parte autora como os servidores do Poder Legislativo possuem Leis distintas disciplinando suas remunerações.

Cumpre colacionar, aqui, que o Eg. TRF 5ª Região, no julgamento da AC 56334 (9405265423), DJ de 21/08/2002, entendeu que não cabe ao Poder Judiciário determinar, sem previsão legal, a extensão de gratificação ou vantagens a categorias por elas não compreendidas, sob fundamento de isonomia, conforme antiga orientação da Súmula 339-STF.

Outras decisões da Justiça Federal corroboram a tese aqui apresentada:

*“ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO – LEI Nº 8.460/92 – DECRETO-LEI 3.887/2001 - REAJUSTE – VARIAÇÃO DO IPCA – **SÚMULA 339 DO STF**. 1.*

Não cabe ao Poder Judiciário alterar os parâmetros fixados pela Administração, seja porque defasado o valor do auxílio alimentação, seja porque está sendo pago em dissonância com a realidade econômica do local, pois assim decidindo estaria o Poder Judiciário atuando como legislador positivo, o que importaria em transgressão do postulado constitucional da separação dos poderes. Aplicação da Súmula 339 do STF. 2. *Recurso improvido. Sentença mantida.” (TRF2, AC 200451010199515/RJ, 6ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Frederico Gueiros, **DJ 24/10/2008**)*
A esse respeito, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais já se pronunciou, in litteris:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL FEDERAL. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em se tratando de regras para a fixação e majoração das parcelas pagas a título de auxílio-alimentação a servidor público federal do Poder Executivo a competência é desse Poder, consoante previsão do art. 22 da Lei nº 8.460/92, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os parâmetros em detrimento da conveniência da Administração Pública.

*2. Recurso conhecido e improvido.” (JEF – TNU, Recurso Cível 200435007206943/GO, Rel. Juiz José Godinho Filho, **DJ 19/10/2004**) (grifos nossos).*

Ainda, a Constituição Federal vigente expressamente reservou à Lei o aumento de remuneração dos servidores públicos. Vejamos:

Art. 37 ----

"X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;" (Regulamento)"

Assim, não merece prosperar a pretensão autoral vez que, dentre outros motivos analisados abaixo: não há Lei concedendo o aumento para a parte autora e, em decorrência desta norma Constitucional, o Poder Judiciário não pode alterar esta situação, tanto que o próprio STF já sumulou a questão (súmula 339).

DA AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

A pretensão da parte autora também encontra obstáculos intransponíveis nas normas constitucionais orçamentárias. Nossos constituintes originários foram expressos em vetar a concessão de aumento de remuneração sem a prévia dotação orçamentária. Vejamos:

"Art. 169...

"§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista."

"In casu", não há prévia dotação orçamentária e muito menos autorização na lei de diretrizes orçamentárias que permitiriam, em tese, a concessão de aumento à remuneração da parte autora. Mais um motivo para o indeferimento dos pedidos estampados na exordial.

DA IMPOSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO

Visando um controle das despesas públicas, especialmente aquelas voltadas a remuneração de pessoal, a Carta Maior, em seu Art. 37 vetou a equiparação ou vinculação de remuneração no sistema remuneratório dos servidores. Vejamos:

"XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;"

Em caso de procedência da ação, estaremos diante da vinculação da remuneração dos servidores com a remuneração dos servidores do Legislativo. Pois outra coisa não é o pedido da parte autora, senão a vinculação de seu auxílio-alimentação ao auxílio dos servidores do Legislativo, quando pleiteia o mesmo valor.

DA IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME

Por oportuno, cumpre esclarecer que a concessão de aumento a servidores públicos nos moldes expostos pela parte autora configura deliberadamente a expedição de norma pelo Judiciário ou a interferência de competência de um (Judiciário) sobre o outro (Legislativo). Não é o pleito autoral, apesar de tentar aparentar, uma interpretação das leis conforme a Constituição, de forma a fazer estender os seus efeitos aos servidores federais não contemplados com este aumento, especificamente a parte autora.

O instituto denominado “interpretação conforme” é uma técnica adotada, inclusive por nossos tribunais, em que se busca dar à lei infraconstitucional a interpretação que se harmonize com o texto constitucional ou afastar alguma interpretação discrepante, com ou sem a redução de texto.

Ora, se o intuito é escolher a interpretação, ou interpretações que se encontram de acordo com a Constituição, pode-se concluir que apenas as Leis com textos dúbios, ou seja, que permitam mais de uma interpretação, poderiam ser contempladas com este instituto. Este é o entendimento pacífico do Supremo, vejamos:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida liminar. Par. 1. do artigo 71 da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, do artigo 2. da Lei Complementar n. 48, de 19 de abril de 1994, e artigo 1. da Lei Complementar n. 50, de 18 de julho de 1994, todas do Estado do Espírito Santo. - Vantagens pessoais excluídas do teto de remuneração. Plausibilidade jurídica do pedido de liminar com relação as vantagens que as normas impugnadas excluem do teto de remuneração e que não são vantagens de caráter individual, por serem correspondentes ao exercício do cargo ou função, independentemente de quem seja o titular ou do que anteriormente ele tenha sido. No caso, são elas: as gratificações pelo exercício de função gratificada, pelo exercício de cargo em comissão, de produtividade e de representação. - Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as varias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. - Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não

e possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar "para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal", técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade "sem redução do texto" em decorrência de este permitir "interpretação conforme a Constituição". - Ocorrência, no caso, quer do "periculum in mora", quer da conveniência da suspensão requerida. Pedido de cautelar que se defere, em parte, para suspender a eficácia do artigo 2. da Lei Complementar n. 48, de 19 de abril de 1994, do Estado do Espírito Santo; para suspender, sem redução da letra de seu texto, a aplicação do par. 1. do artigo 71 da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, do Estado do Espírito Santo, no que concerne a remissão a alínea "i" do inciso I do artigo 93 da mesma Lei Complementar, bem como para suspender, sem redução de seu texto, a aplicação do artigo 1. da Lei Complementar estadual n. 50, de 18 de julho de 1994, do Estado do Espírito Santo, no que toca a remissão as alíneas "a", "b" e "i" do inciso I do artigo 93 da Lei Complementar n. 93/94 do mesmo Estado; e para suspender, também, no 1. do artigo 71 da citada Lei Complementar n. 46 e no artigo 1. da referida Lei Complementar n. 50, a remissão que ambos fazem ao inciso III do artigo 93 da também já mencionada Lei Complementar n. 46/94.

(ADI 1344 MC/ES, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 18/12/1995, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, Publicação: DJ 19-04-1996 PP-12212 EMENT VOL-01824-01 PP-00137)

Quando as leis possuem interpretação unívoca, como aquela que define o auxílio-alimentação, em debate, não cabe interpretação conforme, como instrumento de controle de constitucionalidade. Ou a lei é inconstitucional não permitindo a concessão de aumento aos servidores do Legislativo ou é constitucional mantendo os seus efeitos normais. Neste último caso, como amplamente já analisado, o Judiciário não pode estender o aumento a servidores de outros poderes, sob o prisma da isonomia (Súmula 339 do STF).

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Na eventualidade de julgamento de procedência da demanda, o que não se espera, propugna pelo reconhecimento da prescrição de todas as parcelas anteriores ao quinquênio da propositura da demanda, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32:

Art. 1º - As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Assim, deverão ser EXCLUÍDAS da demanda todas as parcelas anteriores ao quinquênio da propositura da demanda. É o que se requer.

PREQUESTIONAMENTO

Eventualmente julgado procedente o pedido autoral, o que se admite tão somente por força de argumentação, eis que a decisão estaria negando vigência a dispositivo de lei federal e afrontando o princípio constitucional da tripartição dos poderes, a matéria deverá ser enfrentada na decisão, para efeito de futura interposição de Recurso Especial, segundo o permissivo constitucional previsto na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, bem como de Recurso Extraordinário. A matéria fica, portanto, desde logo, prequestionada para fins recursais.

Fica prequestionado, especificamente: art. 22 da Lei 8.460/1992; arts. 18, 19, 20, 21, 22 e 23 da Lei Complementar n. 101/2000; arts. 5º, II, 37, caput e X, 39, §5º, art. 61, art. 165 e art. 169 da Constituição Federal.

DOS PEDIDOS

ANTE O EXPOSTO, vem o UNIVASF requerer a Vossa Excelência que se digne de:

- I) Acolher as preliminares suscitadas, extinguindo a ação sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC;
- II) Afastadas as questões prévias, o que não se espera, no mérito, acolher os argumentos delineados para julgar improcedente o pedido da parte autora, condenando-a, ademais, no pagamento dos ônus sucumbenciais de estilo, caso cabível.
- III) Por fim, sucessivamente, na hipótese remota de procedência do pedido, requer-se que sejam observadas as limitações acima dispostas para o pagamento de parcelas atrasadas.

Petrolina, data da juntada.

Daniella Campos dos Santos
Procuradora Federal
Matr. 1553221