



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

EXMA SENHORA PROCURADORA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

A ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO – APESP, entidade representativa dos Procuradores do Estado, por seu Presidente, na defesa institucional dos interesses da classe, vem expor e pleitear o que se segue:

1. A Resolução PGE nº 38, de 17 de dezembro de 2021, veio atender antiga reivindicação da carreira de ressarcimento, integral ou ao menos parcial, dos gastos com planos privados de assistência à saúde, regidos pela Lei Federal nº 9.656/98 e fiscalizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

2. Nesse aspecto, merece todos os encômios a medida adotada por Vossa Excelência, a qual, todavia, de outra banda, representa ruptura com o sistema de complementação da remuneração dos Procuradores do Estado por meio da verba honorária, que, legalmente, contempla, em igualdade de condições, Procuradores em atividade e os que já tenham se aposentado na carreira.

3. Como Vossa Excelência há de se recordar tão logo essa Resolução foi publicada, fizemos, em 20 de dezembro do ano passado, uma reunião na qual esta entidade manifestou-se expressamente pela necessidade de urgente revisão da Resolução para contemplar também os Procuradores do Estado já aposentados e os que vierem a se aposentar.

4. Naquela ocasião, Vossa Excelência nos disse, de forma direta, existir óbice de caráter jurídico para tal pleito, na medida em que, de acordo com a jurisprudência administrativa do Estado e decisões judiciais no âmbito do Tribunal de Justiça paulista, havia entendimento no sentido de que verbas de natureza indenizatória não poderiam ser pagas para servidores aposentados.

5. Na mesma reunião, também de forma direta, esta entidade de classe consignou que faria um estudo completo e minucioso sobre o tema, e traria para Vossa Excelência argumentos consistentes no sentido da possibilidade de extensão do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos que vierem a se aposentar.

6. Não obstante Vossa Excelência não tenha mencionado, na reunião, a decisão judicial embasadora do entendimento esposado, esta entidade supõe que seja a decisão proferida na Apelação/Remessa Necessária nº 1015019-06.2019.8.26.0053, da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, processo esse que discutiu a possibilidade de auxílio saúde, concedido por leis do Município de São Paulo apenas para servidores em atividade, ser estendido também para os servidores aposentados. Tal acórdão assim foi ementado:

“.....
AÇÃO COLETIVA. AUXÍLIO SAÚDE. Pleito para extensão a servidores inativos, com base no fundamento da paridade, da assistência à saúde prevista na Lei nº 16.973/2018 e na Lei nº 16.936/2018, a qual foi concedida exclusivamente aos ativos. Leis que destacam a natureza indenizatória da verba. Objetivo de garantir e incrementar o próprio serviço público. Verba que não se incorpora ou integra os vencimentos, não repercutindo nos benefícios previdenciários. Inexistência de caráter geral sendo aplicado a aqueles que postularem e comprovarem os referidos gastos, nos limites

estabelecidos na própria lei. Sentença reformada. Recurso da Câmara não conhecido, reexame necessário e recurso das rés provido.”¹

7. Esta entidade de classe analisou tanto essa decisão quanto outras do Tribunal de Justiça e está trazendo argumentos que julga pertinentes para o reexame da questão, de modo a demonstrar a possibilidade jurídica de extensão do auxílio saúde também para Procuradores do Estado aposentados e para os que vierem a se aposentar. Tais argumentos decorrem ainda de três Manifestações de renomados juristas os quais analisaram o tema com total profundidade. São eles: a) Parecer do Professor Dr. Elival da Silva Ramos (anexo 1); b) Parecer do advogado Dr. Ricardo Luiz Marçal Ferreira (anexo 2); Parecer do Professor Dr. Flávio Amaral Garcia (anexo 3). Assim, o presente pedido de revisão deve ser analisando de maneira conjunta com essas três manifestações.

8. O eminente Professor e Procurador do Estado de São Paulo aposentado Dr. Elival da Silva Ramos analisou os pontos importantes da questão e sua manifestação pode ser brevemente resumida da seguinte forma: a) não há vedação constitucional a que lei conceda auxílio saúde para servidores aposentados, tendo trazido a colação a atual redação do art. 230 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (LF nº 8.112/90), que criou o benefício do “ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor federal, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde”²; b) não obstante a criação, por lei, desse

¹ Essa decisão judicial ainda não transitou em julgado, eis que o Sindicato dos Servidores do Município de São Paulo interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário em face desse acordão. O fundamento desses recursos é a regra constitucional da paridade remuneratória.

² Item 12 da peça opinativa. Grifos no original. Caput do art. 230 da LF nº 8.112/90, com a redação que lhe conferiu a LF nº 11.302/06: “A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

benefício possa ser preferível, é perfeitamente possível sua criação por Resolução, também para servidores aposentados, tendo trazido à colação a Resolução 294, de 18 de dezembro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre o programa de assistência à saúde suplementar para magistrados e servidores do Poder Judiciário, e previu expressamente, como uma das modalidades de benefícios do programa, a concessão de auxílio, na forma de reembolso de despesas dos magistrados ou servidores com planos ou seguros privados de assistência à saúde, tendo incluído na categoria dos beneficiários os “magistrados e servidores, ativos e inativos, bem como os pensionistas” (cf. os artigos 3º, inciso II, e 4º, inciso IV, da Resolução 294)³; c) assim, é plenamente hígida, do ponto de vista jurídico-constitucional, a Resolução PGE 38, de 17 de dezembro de 2021 e a possibilidade de extensão do auxílio saúde para Procuradores do Estado aposentados independe de lei; d) de acordo com o decidido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, no Pedido de Providências nº 0004990-63.2020.2.00.0000, o auxílio saúde é facultativo, a depender de decisão de cada Tribunal, pelo que pode o Tribunal, eventualmente, deixar de instituir esse benefício ou, eventualmente, instituir tal benefício apenas para magistrados e servidores em atividade; e) embora facultativo, não há vedação a que os Tribunais possam instituir o auxílio saúde tanto para magistrados e servidores em atividade, quanto para magistrados e servidores aposentados, o que se deu no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e na maioria dos outros Tribunais; f) ao perquirir a natureza do auxílio saúde, concluiu não ser nem um benefício previdenciário, nem um benefício que compõe os vencimentos ou remuneração dos servidores, de sorte que a ele não se aplica a regra do art. 37, inciso XI da Constituição Federal; g) de igual modo, entendeu não se tratar de verba de caráter indenizatório propriamente dito⁴, que são aqueles ressarcimentos voltados à cobertura de despesas em que incorre o servidor ativo no exercício regular de suas funções e diretamente associadas a essas atividades,

ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento.”

³ Item 14 da peça opinativa. Grifos no original

⁴ Item 8 da peça opinativa. Grifos no original

tais como o reembolso de despesas com livros ou *softwares* de uso profissional, auxílio-refeição ou alimentação, vale-transporte, etc; h) em sua opinião, o auxílio saúde é “benefício funcional anômalo, consubstanciado em prática bastante comum na contratação de empregados de alto nível no setor privado, onde aparece englobado na categoria mais ampla dos *fringe benefits* ou ‘benefícios adicionais’, em tradução livre, correspondendo a prestações em espécie de natureza não salarial e tampouco associados diretamente ao exercício do cargo ou emprego (p.ex., o uso de carro em regime de comodato, mesmo fora das ocupações profissionais; o acesso às dependências de clube esportivo ou recreativo; etc.)”⁵; i) os benefícios funcionais anômalos, complementares da remuneração de servidores, podem ser concedidos apenas a servidores em atividade, mas é certo que, além destes, podem beneficiar os servidores aposentados ou os pensionistas de servidores ativos ou inativos, tal como feito pela Lei Federal nº 11.302/06⁶; j) em conclusão, a abrangência subjetiva do benefício é algo que depende, exclusivamente, do ato instituidor⁷; k) porém, de se observar que a clara tendência, tanto no âmbito das carreiras jurídicas, como fora delas, tem sido a de contemplar, em pé de igualdade, os servidores ativos e aposentados⁸; l) esse foi o critério adotado tanto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto no Ministério Público do Estado de São Paulo; m) um importante “consideranda” da mencionada Resolução do Conselho Nacional de Justiça invoca o art. 196 da Constituição Federal que “consagra o princípio-mandamento da promoção, proteção e recuperação da saúde, declarada ‘direito de todos e dever do Estado por esse dispositivo’”⁹; n) em consequência, “há fundamento jurídico para que o ressarcimento, total ou parcial, de despesas havidas pelos Procuradores do Estado com planos privados de assistência à saúde, de livre escolha e responsabilidade dos beneficiários (saúde suplementar) seja estendido aos procuradores aposentados na carreira, cabendo ao ato normativo instituidor, sob o influxo de razões de conveniência e

⁵ Item 10 da peça opinativa.

⁶ Item 22 da peça opinativa.

⁷ Item 23 da peça opinativa. Grifos no original

⁸ Item 23 da peça opinativa.

⁹ Item 16 da peça opinativa.

oportunidade, deliberar a respeito”¹⁰.

9. O eminente Advogado Dr. Ricardo Luiz Marçal Ferreira analisou, igualmente, os pontos importantes da questão, tendo, em breve resumo, assim se manifestado: a) com a estruturação do auxílio de saúde, por meio da Resolução 294/2019 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tem-se que tal benefício espalhou-se para diversos Tribunais e para diversos Ministérios Públicos estaduais; b) a forma preconizada para tal benefício previu, ao invés da outorga de um valor mensal, a adoção da prática do reembolso ou ressarcimento de despesas com planos de saúde, certamente para que não se aventasse hipótese de criação de espécie de remuneração indireta; c) as verbas indenizatórias, em termos clássicos, sempre disseram respeito a **despesas em que o servidor incide, ou tenha de incidir, em atividade**¹¹; d) o auxílio-saúde, nos moldes em que formatado, é uma modalidade indenizatória distinta; (*não se trata de um benefício voltado a reparar custos médico-hospitalares decorrentes de doença ou acidente causado pelo exercício da função*), **prende-se não a uma ocorrência inerente ao serviço mas a uma circunstância pessoal do servidor**¹². e) assim, o auxílio saúde é uma verba indenizatória alheada de ocorrências concretas no exercício da função; f) o caráter indenizatório dessa verba tem a como, substrato teórico, a noção de que a garantia à saúde constitui-se numa espécie de pressuposto não apenas assegurador da capacidade laboral, mas promotor da dignidade da pessoa humana; g) a configuração jurídica do auxílio saúde pela Resolução CNJ n. 294/19 visou a privilegiar mecanismos igualitários e extensivos em detrimento daqueles que dizem só respeito à otimização da prestação laboral; ou seja, tendo a chance de conferir o benefício somente para os servidores ativos, optou-se, de modo acertado e justo, por considerar o objeto tutelado em termos amplos; h) não se acredita que o Conselho Nacional de Justiça ao prever a extensão do auxílio aos inativos atuou com desconsideração à regra clássica de que não se estendem verbas indenizatórias

¹⁰ Item 30 (II) da peça opinativa.

¹¹ Peça opinativa, fls. 5. Grifos no original.

¹² Peça opinativa, fls. 5/6. Grifos no original.



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

a aposentados; tal se deu por não se tratar de um benefício indenizatório padrão, relativo a aspecto ocorrente no exercício da função, eis que se assim não fosse, o próprio CNJ teria sepultado a questão no seu nascedouro, prevendo o pagamento apenas aos servidores em atividade; i) o auxílio saúde é **de concessão facultativa, dependente, para a sua outorga, do exame por parte de gestores das condições e possibilidades econômicas de cada Instituição**¹³; ou seja: o fato de a maioria dos Tribunais e *Parquets* ter concedido o benefício a aposentados (*o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério Públicos do Estado concederam-lhes o benefício*), não significa que compulsoriamente estariam outras Entidades adstritas a fazê-lo; j) o auxílio saúde, no âmbito da PGE/SP, é custeado com recursos do Fundo de Administração da PGE destinado precipuamente ao pagamento de honorários advocatícios para Procuradores do Estado em atividade e aposentados e a possibilidade do pagamento dessa nova vantagem decorre do artigo 16 da Lei estadual n. 17.293/2020, a qual previu regra que permite a utilização de Fundos especiais de Despesa e de Financiamento e Investimento do Poder Executivo para fazer frente a despesas de *qualquer natureza relacionadas com o Poder, órgão ou entidade responsável por sua gestão, inclusive despesas de pessoal e encargos sociais*¹⁴; k) sendo o auxílio saúde uma verba de natureza indenizatória, fica afastada a possibilidade de aplicação da regra da paridade remuneratória constitucional e, também a incidência do teto remuneratório; l) a criação do auxílio saúde para os Procuradores do Estado, sob a modalidade de ressarcimento de despesas médicas, foi fruto do exercício de um poder discricionário, porquanto não há qualquer ditame legal impondo a necessária criação e regulamentação do benefício e tanto a sua abrangência subjetiva (*a decisão de só reconhecê-lo aos Procuradores ativos*) como o *modus* de sua aplicação (*aqui se inclui o arbitramento valorativo levado a cabo*), à míngua de qualquer prescrição legal vinculante, é também decorrência do exercício de atividade administrativa discricionária; m) o critério que vem fortemente imperando no sentido de reconhecer auxílio saúde também aposentados passa plausivelmente por uma ideia reparatória: estende-se a

¹³ Peça opinativa, fls. 11. Grifos no original.

¹⁴ Peça opinativa, fls. 14.

indenização a eles porque também cumpriram a sua jornada existencial laboral sem contar com tal apoio à saúde, não se considerando razoável e justo que a súbita aparição de um dado vetor humanizante, vinculado a aspecto fundamental da vida e dignidade humanas (saúde), não venha a se lhes aplicar, ensejando sensação de exclusão por conta de um azar contingencial¹⁵; n) tanto a melhor aplicação do art. 196 da Constituição Federal, quanto os dispositivos do Estatuto do Idoso vão nessa direção; o) a garantia do benefício aos aposentados não apenas lhes traria benefício, eis que para os próprios Procuradores do Estado em atividade a ciência da manutenção dos ressarcimentos *ad futurum* representaria um conforto psíquico; p) tendo em vista que o auxílio saúde onerará o Fundo de Administração da PGE, para cuja formação concorreram todos os Procuradores do Estado, “parece que, por questão de ordem moral e de razoabilidade, injustificável, também sob a ótica do seu custeio, alijarem-se os aposentados, uma vez que **a outorga do benefício somente a quem se encontre em atividade estabelece um desequilíbrio que historicamente nunca ocorreu, já que se pagam os honorários a uns e outros sem qualquer margem de diferenciação**”¹⁶; q) embora a gestão do referido Fundo esteja enfeixada nas mãos da Procuradora Geral do Estado, não se afigura, a todas as luzes, aconselhável impor-se ônus adicional ao Fundo, referente a algo gerador de benefício à Carreira, **que implique em desigualdade de tratamento entre ativos e inativos**; nesse sentido, **a titularidade comum da parte fundamental e remanescente às destinações legais previstas**, não recomendaria a imposição de tal critério distintivo, ainda que à guisa do exercício de poder discricionário¹⁷; r) o fato de o benefício ser custeado pelo Fundo da Verba Honorária consorciado à circunstância de sua saúde financeira possibilitar o ressarcimento amplo ora defendido indica que a extensão do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos que vierem a se aposentar é a medida que melhor atende ao primado da igualdade (*artigo 5º, caput, da CF*), ao da razoabilidade

¹⁵ Peça opinativa, fls. 25.

¹⁶ Peça opinativa, fls. 29. Grifos no original.

¹⁷ Peça opinativa, fls. 30. Grifos no original.

(*art. 111, da CE*), e ao da moralidade (*art. 37, caput, da CF, e artigo 111, da CE*)¹⁸; s) é plenamente factível sustentar-lhes o mesmo direito dentro de uma perspectiva reparatória, donde chegamos à conclusão de que a **escolha administrativa que melhor se amoldaria aos fundamentos invocados é claramente a de se estender o benefício a todos**¹⁹.

10. O eminente Professor da Fundação Getúlio Vargas e Procurador do Estado do Rio de Janeiro Dr. Flávio Amaral Garcia também analisou importantes pontos da questão, ressaltando, em síntese, que: a) a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 47/2005, o conceito de parcela indenizatória, inserido no § 11 do artigo 37 da Constituição da República ganha amplitude, passando a compreender quaisquer verbas que, uma vez definidas normativamente como tais e destinadas ao ressarcimento ou a compensação de seus beneficiários, escapam à incidência do teto remuneratório; b) o auxílio-saúde se amolda ao conceito constitucional mais amplo de parcela indenizatória e, ontologicamente, tem natureza de benefício assistencial aos servidores (mas não integra o rol de benefícios da assistência social previstos nos arts. 203 e 204 da Constituição); c) conseqüentemente, o auxílio-saúde não se inclui no conceito de despesa de pessoal de que trata o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000); d) não há óbice constitucional ou legal à instituição, por Resolução do Procurador-Geral, do benefício do auxílio-saúde aos Procuradores do Estado ativos, bem como não há impedimento jurídico à sua extensão aos inativos; e) a instituição do auxílio-saúde em benefício dos Procuradores do Estado de São Paulo se insere no campo de discricionariedade do Procurador-Geral, por se tratar de decisão de cunho eminentemente gerencial; f) é igualmente discricionária a extensão dos benefícios aos Procuradores do Estado inativos, mas, caso ocorra, deve dar-se expressamente, mediante alteração da Resolução que disciplina a matéria.

11. A partir dessas manifestações, algumas conclusões se

¹⁸ Peça opinativa, fls. 32.

¹⁹ Peça opinativa, fls. 32. Grifos no original.



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

impõem:

I - NÃO HÁ VEDAÇÃO À CONCESSÃO DO AUXÍLIO SAÚDE AOS PROCURADORES DO ESTADO APOSENTADOS E AOS QUE VIEREM A SE APOSENTAR

12. Em que pese a decisão proferida na referida medida judicial trazida à colação, não há vedação constitucional a que servidores aposentados possam receber o auxílio-saúde. Pode tal auxílio ser concedido por lei, tal como se deu com a situação prevista no art. 230 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (LF nº 8.112/90), ou por Resolução, tal como fez o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 294/2019, a qual regulamentou “o programa de assistência à saúde suplementar para magistrados e servidores do Poder Judiciário”.

13. Assim, dispõem os artigos 3º e 4º dessa Resolução:

“Art. 3º Para fins desta Resolução, considera-se:

I – assistência à saúde suplementar: assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada diretamente pelo órgão ou entidade a qual estiver vinculado o magistrado ou servidor, mediante convênio ou contrato, ou, na forma de auxílio, mediante reembolso do valor despendido pelo Magistrado ou servidor com planos ou seguros privados de assistência à saúde/odontológicos;

II – beneficiários: magistrados e servidores, ativos e inativos, bem como os pensionistas; e

III – diretrizes: instruções, orientações ou indicações direcionadas às ações fundamentais que devem ser consideradas no planejamento e na execução.

Art. 4º A assistência à saúde dos beneficiários será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS e, de forma suplementar, por meio de regulamentação dos órgãos do Poder Judiciário, mediante:

I – autogestão de assistência à saúde, conforme definido em regulamento próprio aprovado pelo órgão, inclusive com coparticipação;

II – contrato com operadoras de plano de assistência à saúde;

III – serviço prestado diretamente pelo órgão ou entidade; ou

IV – auxílio de caráter indenizatório, por meio de reembolso.

§ 1º Só fará jus ao auxílio previsto no inciso IV do art. 4º o beneficiário que não receber qualquer tipo de auxílio custeado, ainda que em parte, pelos cofres públicos.

§ 2º Não se aplica obrigatoriamente o inciso IV do art. 4º na hipótese de adoção de um dos demais incisos, ficando a critério do tribunal a flexibilização, por meio de regulamento próprio.” (grifos nossos)

14. Essa Resolução foi a base para diversas Resoluções no âmbito da maioria dos Tribunais e, ao que tudo indica, foi a base sobre a qual se funda a Resolução PGE nº 38, de 17 de dezembro de 2021.

15. Percebe-se que Resolução 294/2019 do CNJ, ao prever os beneficiários do auxílio saúde, incluiu os magistrados aposentados e os servidores aposentados do Poder Judiciário (art. 3º, inciso II), pelo que ela possibilitou, de forma expressa, a inclusão de servidores aposentados, no rol dos beneficiários. De se mencionar que ela incluiu, ainda, os pensionistas.

16. O próprio CNJ acabou tendo de definir o alcance dessa Resolução, o que se deu no **pedido de providências 0004990-63.2020.2.00.0000**, o qual analisou a possibilidade de, eventualmente, um órgão do Poder Judiciário não incluir magistrados e servidores aposentados no rol dos beneficiários do auxílio saúde. Com efeito, ao analisar esse pedido de providências, referente a Resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins que deixou de incluir magistrados aposentados dentre os beneficiários do auxílio saúde instituído pelo referido Tribunal, o Pleno do Conselho

Nacional de Justiça, por votação unânime, entendeu não ser obrigatória essa inclusão, eis que tal ponto está dentro da autonomia administrativa e financeira do Tribunal. Nesse sentido, os seguintes trechos do acordo:

“Embora o art. 3º, II, da Resolução CNJ nº 294 inclua os inativos entre os beneficiários do programa de Assistência à Saúde Suplementar, não se pode afirmar que referida norma tenha determinado a obrigatoriedade de inclusão dos inativos no rol de beneficiários do auxílio saúde especificamente. Não se pode dizer nem mesmo que a referida resolução obrigue qualquer tribunal brasileiro, dentro de sua autonomia administrativa e financeira, a instituir verba indenizatória denominada ‘auxílio saúde’.

O que faz a Resolução, em verdade, é estabelecer diretrizes para a instituição de programas de assistência à saúde suplementar para magistrados e servidores, observada a disponibilidade orçamentária de cada órgão do Poder Judiciário.” (acordão, fls. 4)

.....

“Os requerentes alegam que outros tribunais concedem o benefício aos inativos como argumento para que esta Corte intervenha no caso, **no entanto, o fato de determinada Corte dispor de recursos financeiros para estender determinado benefício aos inativos não implica em obrigatoriedade para os demais tribunais.** Conforme já mencionei anteriormente, a resolução deste Conselho estabelece diretrizes dentro das quais cada Corte trabalhará dentro de suas possibilidades econômicas.” (acordão, fls. 6, grifos nossos)

17. Assim, tem-se que: a) o CNJ ao regulamentar o benefício do auxílio saúde previu a possibilidade de os Tribunais incluírem magistrados e servidores aposentados; tal inclusão poderia ser feita, inclusive, na forma de auxílio de caráter indenizatório, por meio de reembolso (artigos 3, inciso II e 4º, inciso IV da Resolução 294); b) o Tribunal de Justiça do Tocantins, ao regulamentar o benefício do auxílio saúde, excluiu os magistrados aposentados e os servidores aposentados, o que gerou pedido de

providências junto ao CNJ para fins de inclusão desses magistrados e servidores, com fundamento na regra da paridade constitucional; c) o CNJ, por decisão unânime de seu plenário, deu à sua Resolução interpretação no sentido de essa inclusão não ser obrigatória, mas facultativa, por conta da autonomia de cada Tribunal, devendo se observar “a disponibilidade orçamentária de cada órgão do Poder Judiciário”; ficou expressamente consignado que “Cada Corte trabalhará dentro de suas possibilidades econômicas”; d) em consequência, o CNJ não determinou o pagamento obrigatório de auxílio saúde a magistrados e servidores aposentados, pelo que não aplicou a regra constitucional da paridade remuneratória; e) assim, de acordo com a decisão do CNJ, o Tribunal de Justiça do Tocantins não está obrigado a fazer a inclusão dos magistrados e servidores aposentados, mas, se o fizesse, isso seria inteiramente possível; f) restou demonstrado que existem Tribunais de Justiça que, ao regulamentar o benefício do auxílio saúde, incluíram, dentre os beneficiários, magistrados aposentados; g) embora o CNJ tenha mencionado a súmula vinculante nº 55, ele o fez especificamente para afirmar a possibilidade de existência de verbas que não são extensíveis aos aposentados; h) em nenhum momento, o CNJ afirmou a impossibilidade de magistrados aposentados receberem auxílio de caráter indenizatório, por meio de reembolso, nos termos dos artigos 3º, inciso II, e 4º, inciso IV, da Resolução 294, por conta da súmula vinculante nº 55; i) **ao contrário; quando analisou a situação dos Tribunais que implementaram o auxílio saúde e incluíram, dentre os beneficiários, magistrados aposentados, o CNJ entendeu, por unanimidade, que essa situação era absolutamente possível.**

18. O Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministério Público de São Paulo e o Tribunal de Contas de São Paulo instituíram auxílio-saúde para seus servidores e também para os aposentados.

19. A inclusão de servidores aposentados, todavia, é facultativa, tal como definido pelo CNJ. Nesse sentido, as manifestações tanto do Dr. Elival, quanto do Dr. Ricardo, quanto do Dr. Flavio.

20. Dentro do critério da facultatividade, os legisladores do Município de São Paulo, quando da elaboração das Leis nºs 16.973/2018 e 16.936/2018, formataram a concessão do auxílio saúde exclusivamente para os servidores em atividade, o que motivou a medida judicial cuja decisão do Tribunal de Justiça foi acima trazida à colação. Tanto isso é verdade que por meio da Lei nº 17.730/2021, a Câmara Municipal de São Paulo já alterou o artigo 7º da Lei 16.936/2018, de modo a estender o auxílio saúde a seus servidores aposentados.

21. Esse fato é de suma importância. Não obstante a Câmara Municipal de São Paulo tenha obtido êxito na defesa de sua tese perante do Tribunal de Justiça, no sentido de não haver obrigatoriedade de estender o auxílio saúde a seus servidores aposentados, ela, posteriormente, dentro do critério da facultatividade, entendeu de alterar a lei inicialmente promulgada para fins de incluir servidores aposentados como beneficiários desse auxílio.

22. Assim, a decisão proferida pela 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Acórdão da Apelação/Remessa Necessária nº 1015019-06.2019.8.26.0053 deve ser interpretada unicamente no sentido de não haver obrigação constitucional de extensão do auxílio saúde aos servidores aposentados; **jamais no sentido de haver vedação a essa extensão.**

23. Em consequência, há plena viabilidade jurídica para a extensão do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados. Tal extensão poderá ser feita mediante simples alteração da Resolução PGE 38, de 17 de dezembro de 2021.

II – DA NATUREZA DO AUXÍLIO SAÚDE

24. Sobre a natureza jurídica do auxílio saúde, tanto o Dr Elival

quanto o Dr. Ricardo, quanto o Dr. Flavio, se manifestaram no sentido de não ser verba de natureza remuneratória. Pela própria formatação da Resolução PGE 38, de 17 de dezembro de 2021, parece não haver qualquer dúvida quanto a isso.

25. Ao tentar vislumbrar a exata natureza desse auxílio, os três Pareceresitas procuraram consignar seus traços marcantes. E chegaram a conclusões que se não são idênticas, são complementares e totalmente compatíveis entre si.

26. Nesse sentido, confira-se a posição do Dr. Elival:

“**4.** A toda evidência, não se trata de benefício previdenciário.....

.....

6. Tampouco se cuida de vantagem pecuniária, compreendida no estipêndio pago aos servidores ativos a título de contraprestação pelos serviços por eles prestados, compondo o que se denomina ‘vencimentos’ (no plural) ou remuneração.

7. Aliás, se assim fosse, estaria o benefício limitado pelo denominado ‘teto constitucional’, nos termos do inciso XI, do artigo 37, da Lei Maior, algo não cogitado pela resolução instituidora.

8. De igual modo não se trata de verba de caráter indenizatório propriamente dito, que são aqueles ressarcimentos voltados à cobertura de despesas em que incorre o servidor ativo no exercício regular de suas funções e diretamente associadas a essas atividades, tais como o reembolso de despesas com livros ou *softwares* de uso profissional, auxílio-refeição ou alimentação, vale-transporte, etc.

9. O ressarcimento de despesas com planos privados de assistência à saúde não se ajusta ao perfil das verbas indenizatórias, quer porque o acesso universal ao sistema único (SUS) já atende a esse tipo de necessidade básica, quer porque as doenças e outros agravos à saúde pessoal decorrem, usualmente, de inúmeros fatores, em que se combinam elementos ambientais e condições pessoais, idade, histórico

familiar, práticas ou condutas inadequadas, havendo um número relativamente reduzido de doenças profissionais, diretamente associadas ao exercício do emprego celetista ou do cargo estatutário.

10. Entendo que se está diante de benefício funcional anômalo, consubstanciado em prática bastante comum na contratação de empregados de alto nível no setor privado, onde aparece englobado na categoria mais ampla dos *fringe benefits* ou 'benefícios adicionais', em tradução livre, correspondendo a prestações em espécie de natureza não salarial e tampouco associados diretamente ao exercício do cargo ou emprego (p.ex., o uso de carro em regime de comodato, mesmo fora das ocupações profissionais; o acesso às dependências de clube esportivo ou recreativo; etc.)." (grifos no original)

27. Para o Dr. Elival, o auxílio saúde não é uma verba remuneratória, pelo que não está submetida ao teto remuneratório constitucional, mas também não é uma verba indenizatória propriamente dita. É um benefício adicional, anômalo, correspondendo a prestações em espécie de natureza não salarial e tampouco associadas diretamente ao exercício do cargo ou emprego. Segundo o Dr. Elival, esse benefício pode ser concedido por Resolução tanto para servidores em atividade, quanto para os aposentados e os que vierem a se aposentar.

28. Já para o Dr. Ricardo, o auxílio saúde é, sim, uma verba de natureza indenizatória, mas de caráter diverso das verbas indenizatórias tradicionais. Nesse sentido, assim se manifestou:

“As verbas indenizatórias, em termos clássicos, sempre disseram respeito a **despesas em que o servidor incide, ou tenha de incidir, em atividade**, para bem cumprir suas funções. As indenizações conhecidas - *todas elas, até então* - têm por objeto gastos realizados ou que se realizaram pelo servidor em prol dos serviços públicos. Trata-se, comumente, de diárias (*indenização por estadia e passagem em*

razão de deslocamento), ajudas de custo (geralmente pagas por gastos que o servidor faz em razão da mudança adaptativa de sua sede laboral), auxílio-transporte (despesas de locomoção), auxílio-alimentação (ressarcimento total ou parcial de despesas de nutrição durante o expediente) e auxílio-moradia (custeio parcial ou total de despesas quando o servidor vem a residir em local distinto da sua sede profissional habitual, em razão de demanda do serviço).

Agora, estamos defronte a uma modalidade indenizatória distinta: o chamado auxílio-saúde, nos moldes em que conferido (*não se trata de um benefício voltado a reparar custos médico-hospitalares decorrentes de doença ou acidente causado pelo exercício da função*), **prende-se não a uma ocorrência inerente ao serviço mas tout court a uma circunstância pessoal do servidor**. Com efeito, ter ou não ter dispêndios médicos com planos de saúde é algo que não diz respeito a qualquer aspecto relativo ao exercício da função ou da atividade. Está-se, assim, diante de algo teoricamente novo, que refoge à tipicidade padrão: uma verba indenizatória alheada de ocorrências concretas no exercício da função.

Cabe aqui um paralelo que julgamos interessante. Como aponta HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 43^a. edição, Malheiros Editores, págs. 634/635), no campo das gratificações, existem aquelas que são de serviço (*propter laborem* ou *pro labore faciendo*) e aquelas chamadas de pessoais - *propter personam* -, conferidas por conta de circunstâncias individuais e pessoais do servidor. Essas, ao contrário daquelas, ***podem ser auferidas independentemente do exercício do cargo, bastando que persista a relação de emprego entre o beneficiário e a Administração, como ocorre com os que de encontram em disponibilidade ou na aposentadoria*** (*opus cit. pág. 635 – destaque nosso*). Tudo indica estarmos testemunhando a aparição de um benefício indenizatório novo, de feição pessoal (*propter personam*), que coexistirá com os já clássicos e conhecidos benefícios indenizatórios

comuns, que se prendem ao serviço (*diárias, ajudas de custo etc.*). É justamente por conta da natureza pessoal do benefício (*ele não se vincula a qualquer fato inerente ao exercício da função, tal qual ocorre com as chamadas 'gratificações pessoais'*) **é que na sua regulamentação inaugural feita pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja matriz vem sendo replicada Brasil afora, previu-se, como regra geral, a sua outorga também aos inativos.**

Disso emergiria alguma irregularidade jurídica, na medida em que se poderia aventar que o benefício recém-criado seria fruto de algum privilégio imerecido ou espécie de drible à plena aplicação do teto remuneratório? Pensamos que não; e explicamos o motivo.

O valor da saúde humana, cuja importância desde o início da Modernidade é reconhecida, parece adquirir cada vez mais centralidade nas sociedades contemporâneas. Se no âmbito das corporações privadas já é dominante a concessão total ou parcial (*com ou sem contribuição também do empregado*) de planos de saúde qualificados aos empregados de nível médio e universitário em paralelo às verbas salariais outorgadas, no setor público parece estar em pleno processo de crescimento a adoção de tal prática, que, predominantemente, vem se fazendo pelo sistema de reembolso, para bem caracterizar sua feição indenizatória.

O estabelecimento da tese de deter caráter indenizatório uma verba como essa – *destinada a compensar o servidor de um gasto pessoal de saúde* – tem a nosso ver como substrato teórico a noção de que a garantia à saúde constitui-se numa espécie de pressuposto não apenas assegurador da capacidade laboral, mas promotor da dignidade da pessoa humana.

É, em suma, espécie de desdobramento material do primado do direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição Federal, cuja letra é claríssima no sentido de se conferir a maior abrangência subjetiva possível aos sistemas de saúde públicos disponibilizados, (*sic*):

.....



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

Seja-nos permitido aqui um acréscimo importante: à letra do dispositivo constitucional veio se juntar os devastadores efeitos da pandemia mundial do COVID-19 que demonstraram claramente que o referido direito à saúde mais do que um bem individual a ser logrado, deve ser um ideal coletivo. Nos últimos dois anos a *práxis* veio a demonstrar irrefutavelmente que em matéria de preservação de saúde o pensar individual conta menos do que a visão de que a proteção da coletividade é o valor que interessa a todos. Além da letra da Constituição, já em vigor desde há muito, vem se operando uma crescente mutação perceptiva: mais do que nunca, encontra-se sedimentada a crença de ser a saúde um fator fundamental nas relações sociais.

Dentro dessa linha de enfoque, pouco importaria a garantia de saúde de uns, com o desabrigo de outros tantos, porque na matéria estamos todos interligados. São os elementos de humanidade comum que inspira a adoção de critérios ampliativos em matéria de saúde, tanto por um viés moral, quanto – *a pandemia sedimentou tal visão* - por um viés finalístico.

.....

Diante de tal substrato etiológico, se não deve causar qualquer estranheza, então, a concessão do auxílio-saúde sob a forma de benefício indenizatório, **muito menos estranheza deveria causar a sua concessão a servidores aposentados, pois que o objeto tutelado diz respeito à proteção de aspecto essencial da vida humana** – a saúde, do qual partilham tanto servidores em atividade quanto servidores aposentados.

Quer nos parecer que na configuração jurídica do benefício, constante da Resolução CNJ n. 294/19, privilegiaram-se mecanismos igualitários e extensivos em detrimento daqueles que dizem só respeito à otimização da prestação laboral. Noutras palavras: tendo a chance de conferir o benefício somente para os servidores ativos, optou-se, de modo acertado e justo, por considerar o objeto tutelado em termos amplos, franqueando-se o mecanismo protetivo a quem também já contribuiu com o serviço público no passado e não apenas àqueles que o

executarão *ad futurum*. A mesma ordem de pensamento que levou à caracterização do benefício como um auxílio indenizatório ensejou a sua irradiação para os servidores inativos e pensionistas; é a transcendência do bem tutelado que conta mais aqui.

E faça-se por fim um parêntese, que julgamos possa ter o mérito de evitar indevidas precipitações. Não se acredita que o Conselho Nacional de Justiça ao prever a extensão do auxílio aos inativos atuou com desconsideração à regra clássica de que não se estendem verbas indenizatórias a aposentados, a qual se acha bem sedimentada na doutrina e na jurisprudência (**inevitável a lembrança da Súmula Vinculante-STF de n. 55, aprovada em 28 de março de 2016, de seguinte teor: ‘O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.’**). É que, como sublinhado, não se trata de um benefício indenizatório padrão, relativo a aspecto ocorrente no exercício da função, donde não se poderia por aplicação analógica ou extensiva pretender a impossibilidade de pagamento do auxílio-saúde a aposentados, com base no aludido verbete sumular. Fosse assim, o próprio CNJ no seu nascedouro teria sepultado a questão, prevendo o pagamento apenas aos servidores em atividade.” (grifos no original)

29. Portanto, para o Dr Ricardo; a) o auxílio saúde, na forma de reembolso, é uma verba de natureza indenizatória, eis que assim foi formatada pelo CNJ; b) o auxílio saúde é uma verba indenizatória totalmente distinta das demais verbas indenizatórias, na medida em que não têm por objeto gastos realizados ou que se realizaram pelo servidor em prol dos serviços públicos; c) o auxílio-saúde, nos moldes em que formatado (não se trata de um benefício voltado a reparar custos médico-hospitalares decorrentes de doença ou acidente causado pelo exercício da função), prende-se não a uma ocorrência inerente ao serviço, mas a uma circunstância pessoal do servidor; d) está-se, assim, diante de algo teoricamente novo, que refoge à tipicidade padrão: uma verba indenizatória alheada de ocorrências concretas no exercício da função;



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

e) tudo indica estar-se testemunhando a aparição de um benefício indenizatório novo, de feição pessoal (*propter personam*), que coexistirá com os já clássicos e conhecidos benefícios indenizatórios comuns, que se prendem ao serviço (*diárias, ajudas de custo etc.*); f) justamente por conta da natureza pessoal do benefício (*ele não se vincula a qualquer fato inerente ao exercício da função, tal qual ocorre com as chamadas 'gratificações pessoais'*) é que na sua regulamentação inaugural feita pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja matriz vem sendo replicada Brasil afora, previu-se, como regra geral, a sua outorga também aos inativos; g); se no âmbito das corporações privadas já é dominante a concessão total ou parcial (*com ou sem contribuição também do empregado*) de planos de saúde a empregados qualificados em paralelo às verbas salariais outorgadas, no setor público parece estar em pleno processo de crescimento a adoção de tal prática, que, predominantemente, vem se fazendo pelo sistema de reembolso, para bem caracterizar sua feição indenizatória; h) o caráter indenizatório uma verba como essa – destinada a compensar o servidor de um gasto pessoal de saúde – tem como substrato teórico a noção de que a garantia à saúde constitui-se numa espécie de pressuposto não apenas assegurador da capacidade laboral, mas promotor da dignidade da pessoa humana; i) o auxílio saúde é também um desdobramento material do primado do direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição Federal, cuja letra é claríssima no sentido de se conferir a maior abrangência subjetiva possível aos sistemas de saúde públicos disponibilizados; j) os últimos dois anos estão a demonstrar irrefutavelmente que em matéria de preservação de saúde o pensar individual conta menos do que a visão de que a proteção da coletividade é o valor que interessa a todos; k) **diante de tal substrato etiológico, se não deve causar qualquer estranheza, a concessão do auxílio-saúde sob a forma de benefício indenizatório, muito menos estranheza deveria causar a sua concessão a servidores aposentados, pois que o objeto tutelado diz respeito à proteção de aspecto essencial da vida humana** – a saúde, do qual partilham tanto servidores em atividade quanto servidores aposentados; l) não se acredita que o Conselho Nacional de Justiça ao prever a extensão do auxílio aos inativos atuou com desconsideração à regra clássica de que não se estendem verbas indenizatórias a

aposentados, a qual se acha bem sedimentada na doutrina e na jurisprudência; m) o auxílio-saúde não é uma verba de natureza indenizatória típica, tal como o auxílio-alimentação, pelo que a ele não se aplica a exegese da Súmula Vinculante nº 55 do Supremo Tribunal Federal; n) o CNJ tem pleno conhecimento de que o auxílio saúde não se constitui em um benefício indenizatório padrão, relativo a aspecto ocorrente no exercício da função, donde não se poderia por aplicação analógica ou extensiva pretender a impossibilidade de pagamento do auxílio-saúde a aposentados.

30. O Dr. Ricardo também ressaltou não ser o auxílio saúde submetido a regra da paridade remuneratória constitucional, na medida em que não é uma verba remuneratória.

31. O Dr. Flavio, ressaltando outros pontos importantes, manifestou-se numa linha bastante semelhante. Confira-se:

“17. Com efeito, uma verba indenizatória se presta, tecnicamente – perdoe-se a redundância –, à indenização do servidor pelas despesas incorridas no interesse do serviço, como é o caso das diárias de viagem e a ajuda de custo para mudança de sede, presentes em diversas legislações funcionais, como, por exemplo, os arts. 144 e 149, caput e § 1º, da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, do Estado de São Paulo (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado).

18. No entanto, a Resolução do CNJ acima reproduzida admite o pagamento do auxílio-saúde aos inativos e pensionistas. Ainda que se trate, da mesma forma, de reembolso de despesas realizadas pelo beneficiário, não o seriam, ao menos a princípio, *no interesse do serviço*, como é o caso das diárias de viagem e a ajuda de custo para mudança de sede, presentes em diversas legislações funcionais, como, por exemplo, os arts. 144 e 149, *caput* e § 1º, da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, do Estado de São Paulo (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis

do Estado).

19. A solução possível desse aparente paradoxo está na interpretação constitucional do conceito de *verba indenizatória*. É que a Constituição adota um conceito que, a rigor, é mais amplo do que a definição assente no Direito Administrativo. Trata-se, na verdade, de uma *impropriedade terminológica*, característica da linguagem constitucional, que, segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, dificilmente exhibe rigor técnico e uniformidade em Constituições recentes como a de 1988, ‘*geradas em amplo processo dialético de discussão, participação e composição política*’.

.....

33. O art. 37, § 11, da Constituição da República decerto influiu nas modificações legislativas posteriores à EC nº 47/2005, que passaram a prever diversas verbas de caráter indenizatório e, portanto, insuscetíveis de supressão para fins de conformação ao teto remuneratório. Essa parece ter sido, s.m.j., a orientação da Resolução CNJ nº 294/2019, que expressamente atribuiu o cunho indenizatório ao auxílio-saúde, o que, em termos constitucionais, permitiria a respectiva exclusão da incidência do teto remuneratório.

34. Em outras palavras, é possível afirmar que a reforma constitucional promovida pela a EC nº 47/05 modificou a interpretação do conceito de parcela *indenizatória*, ampliando seu alcance para impedir o desconto sobre quaisquer verbas *não remuneratórias* para fins de adequação estipendial ao teto.

35. Por outro lado, é de se notar que a Resolução PGE nº 38/2021 não qualifica *textualmente* o auxílio-saúde como uma verba indenizatória, como faz, por exemplo, a Resolução CNJ nº 294/2019 ao permitir a implantação de idêntico benefício em favor dos magistrados e servidores do Poder Judiciário. Impõe-se verificar, então, se, *do ponto de vista estritamente constitucional*, o auxílio-saúde instituído pela Resolução PGE nº 38/2021 pode ser considerado indenizatório.

36. A resposta deve ser *afirmativa*. O fundamento é simples: *o auxílio-saúde não é uma parcela*

remuneratória, na medida em que não constitui retribuição pelo exercício laborativo normal ou extraordinário. Ao revés, trata-se de um *reembolso* de despesas pagas pelo beneficiário. Ademais, os arts. 3º e 4º, inciso III e § 1º, da referida Resolução não deixam dúvidas ao estabelecerem que a percepção do benefício se dá mediante comprovação de pagamento de plano de saúde e até um limite mensal previamente determinado. Confira-se:

.....

37. Demais disso, o *auxílio-saúde tampouco possui natureza previdenciária*. Com efeito, não se trata de um regime de adesão obrigatória do servidor, que pode não contratar um plano de saúde suplementar ou, mesmo contratando, não postular o reembolso, e não demanda qualquer contribuição regular – legal ou contratual – do servidor para um regime específico, ou seja, não é financiado pelas contribuições a que alude o art. 149, § 1º, da Constituição da República ou com receitas do orçamento da seguridade social.

38. Logo, não se tratando de uma parcela remuneratória ou previdenciária, o auxílio-saúde será, por exclusão, uma *verba indenizatória para fins constitucionais*, excluindo-se da incidência do teto remuneratório, na forma do § 11 do art. 37 da Constituição da República.

.....

39. A constatação de que o auxílio-saúde se enquadra no conceito constitucional de parcela indenizatória – e, com isso, escapa à incidência do teto remuneratório – milita favoravelmente à viabilidade de sua extensão aos Procuradores do Estado aposentados, superando eventual desconforto quanto à possibilidade de pagamento de verbas indenizatórias a inativos. É que, a rigor, ainda que se trate de um reembolso ou ressarcimento, as despesas com o pagamento de planos de saúde não são, a princípio, realizadas *no interesse do serviço*.

40. Nesse sentido, cabe a comparação com dois exemplos já citados: as diárias de viagem e a ajuda de custo para mudança de sede, previstas em diversos estatutos de servidores públicos. Em ambos os casos, a Administração Pública tem interesse no

deslocamento temporário ou definitivo do servidor e este, para exercer as suas funções, incorre em despesas de transporte, alimentação, hospedagem ou moradia, conforme o caso. Nessa linha de raciocínio, a Administração tem o dever de ressarcir tais despesas – ainda que dentro de limites previamente determinados –, sob pena de enriquecimento sem causa.

41. O mesmo não se dá com o auxílio-saúde, basicamente por três razões. Em primeiro lugar, porque a *Administração Pública sequer tem o dever de instituir o benefício*. Não há previsão constitucional ou legal para tanto, seja na Constituição da República, seja na Constituição ou nas leis do Estado de São Paulo. Recorde-se que o CNJ também afirmou que a instituição do auxílio-saúde pelos Tribunais não era compulsória nem mesmo para os magistrados ativos, por ocasião do julgamento do Pedido de Providências nº 0004990-63.2020.2.00.0000.

42. Em segundo lugar, porque o servidor sequer é obrigado a contratar plano de saúde suplementar – ainda que disponha de recursos para tanto, pode simplesmente optar por se servir exclusivamente do Sistema Único de Saúde (SUS).

43. Finalmente, em terceiro lugar, porque a despesa com plano de saúde não é realizada para fins de exercício das funções do cargo, repercutindo no interesse do serviço apenas de forma *mediata*, ao permitir que o servidor cuide de sua saúde e daquela de seus dependentes e, assim, possa bem desempenhar as suas atribuições.

44. Nessa ordem de ideias, eventual dificuldade para extensão aos inativos residiria na afirmação de que parcelas indenizatórias destinadas a reembolsar custos do beneficiário incorridos no interesse imediato do serviço não poderiam ser estendidas aos inativos, na medida em que, por definição, estes não desempenham atividades no interesse da Administração Pública.

45. A afirmação não constitui óbice à extensão *do auxílio-saúde* aos inativos, precisamente porque se enquadra numa definição mais ampla e compatível

com a compreensão da locução *parcela indenizatória* à luz da Constituição da República. Vale dizer, se nem mesmo a sua instituição em benefício dos servidores públicos ativos é obrigatória e não se destina ao ressarcimento de custos incorridos no interesse *imediato* da Administração Pública, não se vislumbra impedimento a que, uma vez criado, seja também estendido aos servidores inativos.

46. Afigura-se correto, portanto, classificar – por exclusão – o auxílio-saúde como um benefício de natureza indenizatória em sentido amplo, mas, *ontologicamente, assistencial*, ou seja, de adesão facultativa e desprovido de natureza remuneratória ou previdenciária, por meio do qual a Administração Pública, em seu juízo discricionário, identifica interesse público relevante na proteção da saúde de seus servidores.”

32. Portanto, para o Dr Flavio: a) em princípio, uma verba indenizatória se presta, tecnicamente, à indenização do servidor pelas despesas incorridas no interesse do serviço, como é o caso das diárias de viagem e a ajuda de custo para mudança de sede, presentes em diversas legislações funcionais; b) a Resolução 294/2019 do CNJ, no entanto, admite o pagamento do auxílio-saúde aos inativos e pensionistas, mesmo não sendo, em princípio, um reembolso de despesas realizadas no interesse do serviço; c) a solução possível desse aparente paradoxo está na interpretação constitucional do conceito de verba indenizatória, na medida em que a Constituição adota um conceito que, a rigor, é mais amplo do que a definição assente no Direito Administrativo; d) a reforma constitucional promovida pela a EC nº 47/05 modificou a interpretação do conceito de parcela indenizatória, ampliando seu alcance para impedir o desconto sobre quaisquer verbas não remuneratórias para fins de adequação estipendial ao teto, conforme regra do par. 11 do art. 37; e) o auxílio-saúde não é uma parcela remuneratória, na medida em que não constitui retribuição pelo exercício laborativo normal ou extraordinário, sendo, ao revés, um reembolso de despesas pagas pelo beneficiário; f) o auxílio-saúde tampouco possui natureza previdenciária; g) não se tratando de uma parcela remuneratória ou previdenciária, o auxílio-saúde será, por exclusão, uma verba

indenizatória para fins constitucionais; h) a constatação de que o auxílio-saúde se enquadra no conceito constitucional de parcela indenizatória milita favoravelmente à viabilidade de sua extensão aos Procuradores do Estado aposentados, superando eventual desconforto quanto à possibilidade de pagamento de verbas indenizatórias a inativos; i) tal se dá pelo fato de as despesas com reembolso ou ressarcimento de pagamento de planos de saúde não serem, a princípio, realizadas no interesse do serviço; j) assim, é possível a instituição do auxílio saúde tanto para servidores ativos quanto para os aposentados, na medida em que se cuida de proteção à saúde; k) afigura-se correto, portanto, classificar – por exclusão – o auxílio-saúde como um benefício de natureza indenizatória em sentido amplo, mas, ontologicamente, assistencial, ou seja, de adesão facultativa e desprovido de natureza remuneratória ou previdenciária, por meio do qual a Administração Pública, em seu juízo discricionário, identifica interesse público relevante na proteção da saúde de seus servidores em sentido amplo.

33. Assim, quer se siga a posição do Dr. Elival, no sentido de o auxílio saúde não ser uma verba indenizatória propriamente dita, mas sim um benefício adicional, anômalo, que pode ser pago por conta de uma situação especialíssima relacionada ao direito à saúde, numa visão ampla; quer se siga a posição do Dr. Ricardo e do Dr. Flavio, no sentido de o auxílio saúde ser uma verba indenizatória inteiramente diversa das demais, tem-se que ela pode ser paga a servidores aposentados. Os exemplos são muitos e foram bem catalogados pelo Dr. Flavio²⁰. Cabe reiterar a recente alteração na Lei 16.936/2018, do Município de São Paulo.

34. E para espancar toda e qualquer dúvida, vale lembrar que a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro instituiu em 2010, portanto há mais de uma década, o benefício do auxílio-saúde para os Procuradores do Estado da ativa e aposentados, também por Resolução, com utilização das Receitas do Fundo de

²⁰ Peça opinativa, itens 73 a 76.

Honorários daquela instituição (doc. 4).

35. Em consequência, tem-se que qualquer que seja o entendimento quanto a natureza jurídica do auxílio saúde, tem-se que ele pode ser pago tanto a Procuradores do Estado em atividade, quanto a Procuradores do Estado aposentados e a Procuradores do Estado que vierem a se aposentar. E, nunca é demais ressaltar, tal benefício por não ser uma verba remuneratória, não está submetido ao teto remuneratório constitucional.

III – A FONTE DE CUSTEIO DO AUXÍLIO SAÚDE

36. A esta altura claro está não só não haver qualquer óbice jurídico ao pagamento do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos Procuradores do Estado que vierem a se aposentar, como que isso deve ser realizado o quanto antes.

37. Há, todavia, uma razão a mais para que isso ocorra. E tal razão é fundamental.

38. Com efeito, a fonte de custeio do auxílio saúde é o Fundo de Administração da PGE, também conhecido como Fundo da Verba Honorária, o qual suporta o pagamento dos honorários advocatícios a Procuradores do Estado em atividade e a Procuradores do Estado aposentados. Esse fato indica a necessidade de extensão do referido benefício também aos Procuradores do Estado aposentados. O Dr Ricardo bem desenvolveu esse ponto. Confira-se:

“A verba honorária é e sempre foi paga aos Procuradores do Estado, em igualdade de condições. Como o ‘Fundo de Administração da PGE’ é formado historicamente pelo trabalho de todos ao longo de muitos anos, pode-se seguramente dizer, sem medo

de errar, que relativamente à sua parte economicamente mais representativa (*há vinculações marginais estipuladas que não chegam a consumir 10% do seu montante*) ele é, substancialmente, de titularidade de todos os Procuradores do Estado – ativos e aposentados. Toda a Carreira historicamente contribuiu para a sua formação. E não titubeamos em dizer que a sua criação e seu incremento foram decorrentes de esforços históricos de Procuradores do Estado que se encontram aposentados, mantidos diuturnamente pela atuação dos que hoje se encontram em atividade.

Claríssimo, então, um elemento essencial que caracteriza o auxílio saúde criado pela Resolução PGE n. 38/2021: o fato de ser custeado por Fundo para cuja formação concorreram todos os Procuradores do Estado. Sendo assim, nos parece que, por questão de ordem moral e de razoabilidade, injustificável, também sob a ótica do seu custeio, alijarem-se os aposentados, uma vez que **a outorga do benefício somente a quem se encontre em atividade estabelece um desequilíbrio que historicamente nunca ocorreu, já que se pagam os honorários a uns e outros sem qualquer margem de diferenciação.**

Cabe-nos esclarecer que a chamada **moralidade administrativa** cobre um longo espectro comportamental administrativo. Tem-se sob seu manto negativo desde casos em que se flerta com a improbidade administrativa (*nem de perto o caso aqui!*) quanto situações menos flagrantes, onde se visualizam certas situações em que o Administrador inadvertidamente tenha optado por caminhos menos conformes ao que se considera conveniente para o atingimento das finalidades públicas eleitas. Como leciona ODETE MEDAUAR, *‘o princípio da moralidade é de difícil tradução verbal talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão*

foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração.’ (in “Direito Administrativo Moderno”, Editora Revista dos Tribunais, 6ª. edição, pág. 153 – realce nosso).

Já sob a vertente da **razoabilidade administrativa**, temos como irrazoáveis decisões administrativas que, segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, vão desde condutas ‘*desarrazoadas, bizarras*’, como aquelas, mais tênues, que se revelam ‘*praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.*’ (in “Curso de Direito Administrativo”, 14ª. Edição, Malheiros Editores, pág. 91).

Iluminados por tais contribuições teóricas, podemos dizer que embora a gestão do referido Fundo esteja enfeixada nas mãos da Procuradora Geral do Estado, julgamos que não se afigura, a todas as luzes, aconselhável impor-se ônus adicional ao Fundo, referente a algo gerador de benefício à Carreira, **que implique em desigualdade de tratamento entre ativos e inativos**. No nosso sentir, **a titularidade comum da parte fundamental e remanescente às destinações legais previstas**, não recomendaria a imposição de tal critério distintivo, ainda que à guisa do exercício de poder discricionário. Da forma como se acha regulamentado o auxílio-saúde aos Procuradores do Estado, não nos parece equilibrado, sensato e justificável a exclusão levada a cabo. É que sob o ângulo do custeio, encontramos argumento fortíssimo – *verdadeiramente capital, pois contextual* - que nos leva a crer que a melhor alternativa, a fim de que restem atendidos, os cânones da legalidade (igualdade), moralidade, e da razoabilidade administrativa, seria a complementação do Ato Regulamentar baixado, **a fim de que o benefício criado estenda-se também aos aposentados**.

.....
Ex positis, valendo-nos dos ‘considerandos’, da

Resolução PGE n. 38/2021, expressamos que os próprios motivos eleitos para a prática do ato dão guarida a que se pretenda a extensão do benefício aos Procuradores aposentados.

Em primeiro lugar, o artigo 196, da CF, tem caráter abrangente, a ensejar em qualquer sistema oriundo do Poder Público destinado ao auxílio à saúde, a busca do atingimento do espectro subjetivo mais amplo possível, não havendo qualquer vedação ao pagamento desse auxílio aos Procuradores do Estado aposentados e aos que vierem a se aposentar. Em segundo lugar, o fato de o benefício ser custeado pelo Fundo da Verba Honorária - *historicamente formado pelo esforço de todos os Procuradores do Estado e do qual provêm os recursos para pagamento dos honorários tanto a ativos quanto a aposentados nas mesmas bases* – consorciado à circunstância de sua saúde financeira possibilitar o ressarcimento amplo ora defendido, indica que a extensão do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos que vierem a se aposentar é a medida que melhor atende ao primado da igualdade (*artigo 5º, caput, da CF*), ao da razoabilidade (*art. 111, da CE*), e ao da moralidade (*art. 37, caput, da CF, e artigo 111, da CE*). Em terceiro lugar, a ideia de se garantir ‘*o bem-estar e a qualidade de vida no ambiente de trabalho*’ incita-nos a pensar que os aposentados, através do reconhecimento do benefício, estão sendo reparados por, no passado, não disporem dos mesmos meios que ora se oportunizam aos servidores em atividade. Além, portanto, da garantia da proteção se justificar a eles, *per se*, como decorrência do objeto tutelado (saúde) e da fonte de custeio eleita, é plenamente factível sustentar-lhes o mesmo direito dentro de uma perspectiva reparatória; donde chegamos à conclusão de que a **escolha administrativa que melhor se amoldaria aos fundamentos invocados é claramente a de se estender o benefício a todos.**” (fls. 29/32, grifos no original)

39. Assim, a melhor interpretação do art. 196 da Constituição Federal e os princípios norteadores da Administração Pública cumulados com a fonte de

custeio escolhida indicam não se admitir a concessão do auxílio saúde apenas aos Procuradores do Estado em atividade. Para haver a possibilidade de exclusão dos Procuradores do Estado aposentados e dos Procuradores do Estado que vierem a se aposentar seria necessária uma fortíssima razão justificadora. Esse ponto específico foi muitíssimo bem desenvolvido pelo Dr. Ricardo. Confira-se:

“A concessão do benefício indenizatório em bases amplas atende, certamente, a todos, e, assim, à Legalidade, à Razoabilidade e à Moralidade Administrativa. Diante, portanto, da base principiológica do tema, por ser ele tão candente - intrínseco e visceralmente conectado à vida humana, **somos da crença de que qualquer restrição, no sentido de excluir os aposentados, afigura-se, sem que haja fundado motivo de ordem prática impeditivo, atentatória aos princípios apontados.**” (grifos no original)

40. Esse argumento é irrefutável. Assim, ainda que a concessão do auxílio saúde aos servidores aposentados seja facultativa, conforme formatação do CNJ, considerando-se a fonte de custeio escolhida, apenas se admitiria a exclusão dos Procuradores do Estado de São Paulo aposentados se saúde financeira do Fundo de Administração da PGE não suportasse a inclusão desse grupo de pessoas. Esse ponto específico foi, igualmente, muitíssimo bem desenvolvido pelo Dr. Ricardo. Confira-se:

“A valorização apenas de quem está na ativa, sobretudo em matéria tão candente como é a relativa a benefício voltado à garantia de saúde, só se justificaria, com a devida vênia dos que pensam em contrário, **em situações extremas**; é dizer, quando os recursos financeiros comprovadamente só pudessem atender uma parte do grupo (ativos).” (grifos no original)

41. Há plenas condições jurídicas e financeiras para a extensão do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos Procuradores do Estado que vierem a se aposentar. Em consequência, não há justificativa plausível para a concessão



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

do auxílio saúde apenas aos Procuradores do Estado em atividade.

42. A APESP reitera que está de pleno acordo com a instituição do auxílio saúde no âmbito da PGE/SP. Mas deseja que tal benefício possa ser pago tanto a Procuradores do Estado em atividade, quanto a Procuradores do Estado já aposentados e aos que vierem a se aposentar, por ser a medida justa, correta e adequada. Não há qualquer razão para a exclusão dos Procuradores do Estado já aposentados e aos que vierem a se aposentar do recebimento desse benefício.

43. Em face do exposto, a APESP vem requerer que Vossa Excelência venha rever seu anterior posicionamento no sentido de que existiria óbice de caráter jurídico para a extensão do auxílio saúde para Procuradores do Estado aposentados e para Procuradores do Estado que vierem a se aposentar, adotando-se as seguintes premissas: a) não há qualquer vedação a que os Procuradores do Estado aposentados e Procuradores do Estado que vierem a se aposentar possam receber auxílio saúde, tal como recebem os Procuradores do Estado em atividade; b) a melhor interpretação do art. 196 da Constituição Federal, o Estatuto do Idoso, os princípios que regem a Administração Pública e a formatação do auxílio saúde pelo Conselho Nacional de Justiça, seguida pela imensa maioria dos Tribunais, indicam ser de todo preferível a inclusão dos Procuradores do Estado aposentados e dos Procuradores do Estado que vierem a se aposentar como beneficiários do auxílio saúde; c) qualquer que seja a natureza jurídica do auxílio saúde, ele pode ser estendido aos Procuradores do Estado aposentados e aos Procuradores do Estado que vierem a se aposentar, como parcela a ser recebida fora do teto remuneratório constitucional, previsto no art. 37, inciso XI da Constituição Federal; d) Vossa Excelência dispõe de poderes para alterar a Resolução PGE 38, de 17 de dezembro de 2021, de modo a estender o benefício do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos que vierem a se aposentar; e) considerando que a fonte de custeio é o Fundo da Administração da PGE, também conhecido como Fundo da Verba Honorária, a extensão do benefício do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos que vierem a se aposentar é



ASSOCIAÇÃO DOS
PROCURADORES
DO ESTADO DE
SÃO PAULO

a medida que melhor atende ao primado da igualdade (*artigo 5º., caput, da CF*), ao da razoabilidade (*art. 111, da CE*), e ao da moralidade (*art. 37, caput, da CF, e artigo 111, da CE*); f) considerando-se a fonte de custeio escolhida, apenas se admitiria a eventual possibilidade de exclusão dos Procuradores do Estado de São Paulo aposentados do auxílio saúde, se saúde financeira do Fundo de Administração da PGE não suportasse a inclusão desse grupo de pessoas, o que sabidamente não ocorre. A guiza de exemplo, a APESP reitera que há mais de uma década houve a insituição do auxílio saúde também para Procuradores do Estado aposentados, no âmbito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, conforme anteriormente indicado.

44. Tendo plena confiança na argumentação formulada neste requerimento, bem como nos anexos Pareceres, os quais são parte integrante deste, a APESP vem requerer que Vossa Excelência altere a Resolução PGE 38, de 17 de dezembro de 2021, para estender o benefício do auxílio saúde aos Procuradores do Estado aposentados e aos Procuradores do Estado que vierem a se aposentar.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2022.

FABRIZIO DE LIMA PIERONI
Presidente