

PARECER

Proventos. Revisão na mesma proporção e data. Benefícios ou vantagens posteriores concedidos aos servidores em atividade. Constitucionalidade.

SERVIDOR APOSENTADO - Além da revisão dos seus proventos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores ativos, a eles serão estendidos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, ainda que a lei modificadora da remuneração ou concessiva dos benefícios ou vantagens não disponha a respeito, de sorte que os Secretários Municipais de Osasco, aposentados nesses cargos antes da Lei municipal nº 3.602/00, fazem jus, desde 1º de janeiro de 2001, a proventos majorados na mesma proporção em que foi majorada a remuneração ou subsídio desses agentes públicos em atividade.

O ilustre Prof. Dr. **MOACYR DE ARAUJO NUNES** informa que foi regularmente aposentado em 1995, por tempo de serviço, quando ocupava o cargo de provimento em comissão de Secretário Municipal na Comuna de Osasco. Desde então vem desfrutando de todos os direitos que essa condição de inativo lhe confere, a exceção da majoração de seus proventos na mesma proporção em que foi majorada a remuneração dos Secretários Municipais em atividade, consoante determinado pela Lei osasquense nº 3.602, de 29 de dezembro de 2000, que estabelece os “subsídios para Prefeito e Secretários Municipais e dá outras providências”, posterior, portanto, à sua aposentação.

Como entendia, e ainda entende, ter direito a essa majoração mensal, bem como às diferenças atrasadas e não pagas desde 1º de janeiro de 2001, data em que os novos subsídios passaram a vigorar por força do disposto no art. 2º da referida Lei municipal nº 3.602/00, o CONSULENTE, segundo suas informações, esperou que a Municipalidade de Osasco promovesse, *ex officio*, o quanto necessário a dar cumprimento ao art. 81, § 3º, da Lei Orgânica Municipal. Como essa medida não ocorreu, o douto CONSULENTE requereu, em 22 de outubro de 2001, com base na legislação então vigente, que essa providência fosse tomada, sem, contudo, solicitar o pagamento dos atrasados. Mais uma vez nenhuma providência, informa o Prof. Dr. **MOACYR DE ARAUJO NUNES**, foi tomada pelo Município requerido. Como pretende insistir nesse pedido ou, quando não, pleitear seu direito em Juízo, faz, para forrar os argumentos que expenderá em uma ou outra dessas pretensões, a seguinte

Consulta

“1. Tem respaldo legal o entendimento do consulente, segundo o qual o Município de Osasco deve-lhe pagar, desde 1º de janeiro de 2001, os proventos mensais a que faz jus, acrescidos na mesma proporção em que foi majorada a remuneração dos Secretários Municipais em atividade, por força da Lei Municipal nº 3.602/00?

2. Até quando, em sendo positiva a resposta ao quesito anterior, esse acréscimo deve ser mensalmente pago ao consulente?

3. O fato de não ter o consulente requerido a majoração de seus proventos, é razão bastante para o Município de Osasco obstar o pagamento das diferenças atrasadas?

4. O pagamento dos acréscimos atrasados, quando efetivado, deverá ser acrescido de juros e correção monetária?

5. Que outros direitos, à vista do disposto no parágrafo único do art. 2º da referida Lei osasquense nº 3.602/00, o consulente faz jus?”

À CONSULTA formulada pelo douto Prof. Dr. **MOACYR DE ARAUJO NUNES**, complementada por posteriores informações e ilustrada com cópias da Lei Orgânica Municipal de Osasco, da Lei Municipal, também desse Município, nº 3.602/00 e da Portaria nº 2.355, de 26 de dezembro de 1996, que aposentou o CONSULENTE com proventos integrais no cargo de Secretário Municipal, respondemos nos termos do seguinte

Parecer

1. As respostas aos questionamentos formulados pelo Prof. Dr. **MOACYR DE ARAUJO NUNES**, são facilmente retiradas do ordenamento jurídico imperante à época da vigência da Lei Municipal de Osasco nº 3.602, de 29 de dezembro de 2000, que fixou “subsídios para Prefeito e Secretários Municipais”, não demandando, assim, qualquer raciocínio lógico ou exegético de maior elaboração. Com efeito, nessa oportunidade vigorava, ao lado de igual preceito, consubstanciado no § 3º do art. 81 da Lei Orgânica Municipal de Osasco – LOMO, o § 8º do art. 40 da Constituição Federal, dispositivo matriz onde se assenta, em sua plenitude, o direito do CONSULENTE, desrespeitado, às abertas, pelas autoridades municipais, desde que interpretados combinadamente com o art. 2º da indigitada Lei osasquense nº 3.602/00. Prescreviam esses preceitos da Lei Maior da República que:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas

suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei”.

A seu turno estabelecia o art. 2º da referida Lei municipal nº 3.602/00 que:

“Artigo 2º. O valor do Subsídio devido mensalmente aos Secretários Municipais do Município de Osasco, a partir de janeiro de 2001, será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Parágrafo Único. Aplica-se aos Secretários Municipais o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX da Constituição Federal de 1998”.

2. A Constituição Federal, em seu art. 40, § 8º, consubstancia regra que se originou, bem mais elaborada e com maior conteúdo, do § 1º, do art. 102, da Constituição Federal anterior, que dispunha: “Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”, passando pelo então § 4º do art. 40 dessa Lei Maior. Na vigência do § 1º do art. 102 da Carta Magna pretérita, a melhoria dos proventos somente se dava no caso de modificação da remuneração dos servidores da ativa quando, essa resultasse da alteração do poder aquisitivo da moeda. Bem diversos e mais amplos restaram o então § 4º e o atual § 8º, seu substituto, que tratam quase do mesmo modo a mesma matéria. Por essa razão é válido reproduzir ensinamento de CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS (*Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1992, 3º vol. t. III, p. 215), ofertado ao comentar o então § 4º do art. 40 da Constituição Federal, segundo o qual basta qualquer sorte de mudança no estado do servidor na ativa, decorrente ou não de alteração do poder aquisitivo da moeda, para que eventual benefício ou vantagem deva necessariamente incidir sobre os proventos dos inativos.

O § 4º art. 40 da *Lex Magna*, portador de dicção clara, auto-executável e completo em suas exigências, não deixa qualquer dúvida quanto sua aplicação aos inativos,

embora nossa preocupação esteja voltada unicamente à uma de suas espécies: o aposentado, como é o caso do Prof. Dr. **MOACYR DE ARAUJO NUNES**. Também é indubitável quanto ao seu grau de abrangência, sempre que suas hipóteses se verificarem no mundo da realidade. Por ele a Constituição Federal estendeu aos aposentados não só os aumentos estipendiários decorrentes de revisão geral anual, assegurada pelo art. 37, X, da Constituição Federal, com o fito de corrigir os maléficis efeitos da inflação, mas também os originados da concessão de benefícios ou vantagens específicas, inclusive quando derivados da transformação ou reclassificação dos cargos ou funções públicas dos servidores em atividade. Daí a ainda válida observação de **CELSO RIBEIRO BASTOS** e **IVES GANDRA MARTINS** (ob., vol. e t. cits., p. 216). De fato, nessa oportunidade, pontuaram esses ilustres constitucionalistas:

“O que se nota é que o constituinte de 88 procurou estender aos inativos (aposentados, em disponibilidade e pensionistas) não somente os acréscimos advindos de medida geral, de cunho nitidamente correccional do poder aquisitivo da moeda: procurou ir mais além. Entendeu conferir também aos inativos aqueles acréscimos decorrentes de reclassificação ou de reestruturação: reavaliações feitas sobre a estrutura de cargos e carreiras quando o governo entende reapreciar o seu valor e moldá-los mais de acordo com o interesse coletivo”.

3. Notoriamente, o § 8º da Constituição da República concedeu mais que seu antecessor. De fato, com base nas precisas lições do douto Consultor da República, Dr. **SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO** (Parecer nº SR-90, in DOU de 14/6/89), pode-se afirmar que a Lei Maior da República confere aos aposentados os seguintes direitos:

1º - revisão de proventos na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade;

2º - extensão de todos os benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos ativos;

3º - extensão dos efeitos de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

3.1. Revisão dos proventos é a majoração que a Administração Pública de qualquer esfera política, concede aos inativos, quando se verificar a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices, da remuneração dos servidores em atividade, para conformá-los aos desvios decorrentes da inflação havida no período. Destarte, na mesma data em que ocorrer essa majoração remuneratória dos servidores em atividade, deve ser procedido o acréscimo, na mesma proporção, nos proventos dos servidores aposentados. É, pois, simples reajustamento dos proventos para manter o mesmo poder aquisitivo da moeda, derivado do aumento geral que certa lei outorgou aos servidores em

atividade. Destarte, é irrelevante saber se o servidor foi aposentado neste ou naquele cargo ou função pública, pois a revisão não alcança uns poucos cargos ou funções públicas, mas todos. É o que se passa quando a lei municipal majora em 10% a remuneração dos servidores em atividade. Nesse caso, todos os aposentados, na mesma data, terão igual majoração.

Essa absoluta igualdade entre o concedido aos servidores em atividade e o estendido aos inativos, não significa que estes devam ter, em valores absolutos, proventos iguais à remuneração ou subsídio dos agentes públicos em atividade, que eventualmente podem ser maiores, ainda quando são comparados iguais cargos ou funções públicas (remuneração de titular de cargo de diretor em atividade e proventos de aposentado em cargo de diretor). A igualdade somente diz respeito ao montante (percentual, valor certo) da revisão ou do benefício ou vantagem, incidente sobre a remuneração do servidor da ativa, quando estes forem extensíveis aos inativos. O mesmo montante ou o mesmo percentual concedido aos servidores em atividade deve ser estendido, sob pena de inconstitucionalidade, aos aposentados. Nada pode ser estendido a menos ou a mais aos aposentados, sob pena de se incorrer nesse vício ou, pior ainda, negado o próprio direito por qualquer medida direta ou indireta da Administração Pública.

3.2. Benefícios ou vantagens, locução consignada no § 8º do art. 40 da Lei Maior, são concessões obrigatoriamente feitas pela Administração Pública, federal, estadual, distrital ou municipal, aos servidores inativos, quando lhes forem compatíveis, se outorgados aos servidores em atividade. É expressão ampla, não comportando, salvo incompatibilidade com a natureza e o regime jurídico da aposentação, qualquer restrição. Basta que a lei outorgue aos servidores em atividade um benefício ou uma vantagem para que esse ou esta seja estendido, sob pena de inconstitucionalidade, aos servidores aposentados. Assim, se o servidor ativo for beneficiado com a instituição do décimo quarto salário ou com sua inscrição em um plano de saúde complementar custeado pela Administração Pública, iguais concessões devem ser feitas, na mesma data, aos aposentados.

Não observam dita regra os benefícios e vantagens outorgadas aos servidores em atividade, que não se afeiçoam à natureza e ao regime jurídico da aposentação, como é o caso da quebra de caixa ou do vale-refeição. Assim entende, entre outros, SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*Comentários à Constituição*, Rio-S.Paulo, Freitas Bastos, 1991, 3º vol., p. 467), um dos mais lúcidos comentadores da Constituição Federal, ao versar sobre o então § 4º do art. 40 dessa Lei Maior, que continha redação semelhante ao atual § 8º desse mesmo artigo, quando assevera ser automática a extensão aos aposentados dos benefícios e vantagens, inclusive os decorrentes da transformação ou reclassificação de cargo ou função pública, atribuídos aos servidores em atividade, salvo se absolutamente inextensíveis como são as diárias e ajudas de custo para mudança. Não é outra a orientação do nosso mais Alto Pretório, pois ainda prevalece, ante os termos do § 8º do art. 40, a mesma exegese oferecida ao então § 4º desse mesmo artigo constitucional. Com efeito, no v. Acórdão relatado pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA no julgamento do RE nº 236.449-1-RS, restou assentada, por maioria de votos, essa inteligência, trazendo esse *decisum* a seguinte ementa:

“Recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Lei nº 10.002/93, do Estado do Rio Grande do Sul. Vale-refeição. Benefício concedido aos servidores em atividade. Extensão aos aposentados. Incidência do art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistência. 1. A extensão aos aposentados de benefício concedido aos inativos induz à necessária observância de dois pressupostos: se a vantagem integra a remuneração dos servidores em atividade e se esta é compatível com a situação dos inativos”. 2. Vale-refeição, Extensão aos inativos. CF/88, art. 40, § 4º. Inaplicabilidade da norma dada a natureza indenizatória do benefício, que apenas visa ressarcir valores despendidos com alimentação pelo servidor em atividade, sem contudo, integrar sua remuneração”.

A Lei osasquense nº 3.602/00, pelo parágrafo único do seu art. 2º, mandou aplicar aos Secretários Municipais, portanto aos em atividade, os direitos outorgados aos trabalhadores urbanos e rurais consubstanciados nos itens IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX do art. 7º da Constituição Federal. Desses, somente o décimo terceiro salário, incorporado no inciso VIII, estende-se automaticamente aos Secretários Municipais aposentados, pois é o único que se compatibiliza com a natureza e o regime jurídico da aposentação. Os demais são próprios dos servidores ativos, inextensíveis, portanto, à essa espécie de servidor inativo, a exemplo da “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (IX)” e do “repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos (XV)”.

3.3. Como se não bastasse a ampla regra da extensão aos inativos de benefícios e vantagens que lhes são compatíveis, quando outorgados aos servidores em atividade, o § 8º do art. 40, da Constituição Federal, menciona que tais melhorias também devem abranger as conferidas a estes servidores em razão da transformação ou reclassificação de cargo ou função pública. Atente-se que para ter direito a tais benefícios ou vantagens o servidor há de ter sido inativado quando titularizava o cargo ou função pública transformado ou reclassificado. Não sendo assim, nenhum direito terá em decorrência dessas operações. O ordenamento jurídico, federal, estadual, distrital e municipal, pode prever funções e cargos públicos. Cargo público é o menor centro hierarquizado de competências da Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo, sob um regime institucional. Para o que nos interessa, podem ser de provimento efetivo ou em comissão. Função pública, por sua vez, é a atribuição ou o rol de atribuições cometido em caráter temporário a determinado agente público, ressalvada a hipótese da chamada função gratificada, que se constitui na outorga de um plus remuneratório em razão da natureza das responsabilidades de seu titular.

As funções e os cargos públicos, em última análise, são centros de competências, criados por lei. De sorte que, por lei podem ter sua natureza e estrutura modificadas. A modificação da natureza do cargo público, por exemplo, é chamada pela doutrina e pela legislação de transformação. Assim, um cargo de provimento efetivo pode ser transformado em cargo de provimento em comissão. O mesmo pode ocorrer em situação inversa. As funções públicas podem ser transformadas em cargos de provimento efetivo ou em comissão. Em toda

transformação devem ser observadas, por certo, as exigências impostas pelo ordenamento jurídico e respeitados os direitos dos eventuais ocupantes, pois a transformação, na prática, é a extinção de uma função ou cargo público e a criação simultânea de outro, dotado de regime jurídico diverso. Se da transformação da função ou cargo público ocorrer uma melhoria, seja da espécie que for, para o servidor da ativa, a ela faz jus o aposentado que se inativou quando ocupava qualquer desses centros de competências, se conforme com a natureza e o regime jurídico da inatividade.

A par da transformação, o § 8º do art. 40 da Constituição Federal, que vimos comentando, também estende ao servidor aposentado qualquer melhoria auferida pelo servidor em atividade em razão da reclassificação da função ou cargo público que titulariza. A lei ao criar o cargo ou função pública deve mencionar a denominação, a quantidade, as atribuições e a remuneração, comumente chamada de *referência* ou *símbolo*, além do regime jurídico e das condições de provimento. Esses elementos estruturais, em razão do interesse público, podem ser alterados por lei. Essa alteração é o que os autores chamam de reclassificação. Destarte, considera-se reclassificado o cargo de provimento efetivo que, por lei, passou a ser de provimento em comissão ou o que teve sua denominação alterada (coletor de resíduos sólidos ao invés de lixeiro) ou, ainda, o que teve modificada sua referência ou símbolo (de R\$ 1.000,00 para R\$ 1.500,00). Se esse procedimento conferir ao servidor em atividade um benefício ou vantagem que seja compatível com a natureza e o regime da inatividade, esse benefício ou vantagem se estenderá ao servidor que nessa função ou cargo público se aposentara. Cabe reafirmar: o servidor aposentado tem esse mesmo direito, incidente sobre seus proventos no momento em que passa a vigor a lei concessiva do benefício ou da vantagem aos servidores em atividade, se se inativara na função ou cargo reclassificado.

4. Certamente a Lei osasquense nº 3.602/00 não concedeu aos servidores em atividade qualquer revisão, pois apenas alterou o valor e a denominação da remuneração até então percebida mensalmente pelos Secretários Municipais. De fato, estes recebiam a título de remuneração mensal a importância de R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), fixados pela Lei complementar municipal nº 13/93. Com o advento da Lei nº 3.602/00 passaram a receber, desde 1º de janeiro de 2001, sob a denominação de subsídio, o valor mensal de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), caracterizando um acréscimo estipendiário de 42,85%. Essa lei também não promoveu, nem podia, a transformação dos cargos de Secretário Municipal de Osasco, que continuaram a ser de provimento em comissão, pois são, nos termos do parágrafo único do art. 68 da Lei Orgânica Municipal, livremente nomeados e exonerados pelo Prefeito Municipal. A livre nomeação e exoneração são características dos cargos em comissão, afeiçoando-se esse preceito da LOMO ao que prescreve a última parte do inc. II do art. 37 da Constituição Federal. Por exclusão, portanto, pode-se afirmar que a mencionada Lei nº 3.602/00, do Município de Osasco, promoveu, isto sim, a reclassificação dos cargos de Secretário Municipal, na medida em que denominou sua remuneração de subsídio e a majorou a partir de 1º de janeiro de 2001, majoração que se comunicou, imediatamente, aos servidores aposentados, outrora Secretários Municipais, por ser compatível com a natureza e o regime da inatividade que ostentavam.

5. Tanto em relação à revisão dos proventos da aposentadoria, na mesma proporção e na mesma data, em que se der a modificação anual da remuneração dos servidores em atividade, quanto em relação aos benefícios e vantagens, inclusive os decorrentes da transformação ou reclassificação de cargo público, os autores sempre se posicionaram favoráveis e sem oferecer qualquer crítica. Desse comportamento é exemplo, dentre outros, SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. e vol. cit., p. 463-4), cujo magistério ainda prevalece ante a dicção do § 8º do art. 40 da *Lex Magna*. Com efeito, esse douto professor ao comentar, antes da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o § 4º do art. 40 da Constituição Federal, asseverou:

“Em disposição própria, contida no art. 40, § 4º, a CF trata da revisão dos proventos da inatividade. Integrada na Seção sobre servidores públicos civis, é estendido aos militares, por força do estatuído no art. 42, § 10. Impõe primeiramente a revisão desses proventos, nos mesmos índices e datas, da remuneração dos ativos. (...) Mas a nova Carta Política fez mais. Superando velhas questões e limitações presentes no regime anterior, estendeu aos já inativos quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade ...”.

6. Não discrepa dessa inteligência a jurisprudência de nossos tribunais, servindo, assim, de apoio à tese aqui sustentada. Portanto, ainda que não referida ao § 8º do art. 40 da Constituição Federal, mas a preceito anterior (§ 4º do art. 40), de igual envergadura, é oportuno acostar a manifestação do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ofertada no julgamento, pelo STF, do Agravo de Instrumento nº 141-189-DF, publicado no DJU de 14.8.92, nos seguintes termos:

“No § 4º do art. 40 da Constituição Federal assegura-se a revisão dos proventos da aposentadoria na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade. Também alcança o direito dos inativos a extensão de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade”.

7. Quer pela precisa e clara dicção do § 8º do art. 40 da Constituição Federal, quer pela unanimidade da doutrina, quer pela jurisprudência, a conclusão é uma só: o servidor aposentado faz jus, na mesma proporção e na mesma data, à majoração anual quando esta for concedida aos servidores em atividade, além, por certo, de iguais benefícios ou vantagens, inclusive os advindos da transformação ou reclassificação de função ou cargo público, aos conferidos a esses servidores, desde de compatíveis com a natureza e o regime da aposentação. Destarte, é inegável o direito do CONSULENTE à majoração de seus proventos em montante absolutamente igual à majoração concedida aos Secretários Municipais em atividade, pois se aposentara em um desses cargos. A concessão da majoração é posterior à sua aposentação, não integrada, portanto, aos proventos por ocasião de sua inativação. Essa majoração concedida aos Secretários Municipais em atividade incorporou-se aos seus subsídios e aos proventos dos aposentados, pois sua extensão a essa espécie de inativos, a exemplo do

CONSULENTE, é absolutamente compatível com a natureza e o regime da aposentação que desfrutam.

No caso da CONSULTA, mesmo que desnecessário *ex vi* de disposição constitucional semelhante, vigorava e ainda vigora o § 3º do art. 81 da Lei Orgânica Municipal de Osasco, cuja função sobre ser didática, na medida em repete dispositivo da Lei Maior, é extremamente relevante. Com redação muito próxima à do § 8º do art. 40 da Lei Maior da República, obriga a Administração Municipal de Osasco a estender aos servidores aposentados os benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. É regra geral, aplicável sempre que as hipóteses nele mencionadas ocorrerem no mundo da realidade, onde se enquadra, bem ajustado, o caso do CONSULENTE. Com efeito, estatui dispositivo da Lei Maior do Município:

“Art. 81. O servidor será aposentado:

§ 3º. Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendido aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da Lei”.

Esse preceito é, como o seu paradigma constitucional, auto-executável e impositivo à Administração Municipal de Osasco, que não pode fazer qualquer exigências para cumpri-lo, a exemplo da falta de lei regulamentadora ou de requerimento do aposentado ou alegar ausência de previsão legal da extensão aos inativos. Também não lhe cabe afirmar que a majoração é, no caso, somente para os Secretários Municipais e que os inativos só teriam esse direito se tivesse sido concedida à generalidade dos servidores em atividade, pois a Lei osasquense nº 3.602/00 não tratou de revisão geral consoante instituída e regulada pelo inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, mas de reclassificação dos cargos de Secretário Municipal, como vimos, até *ex abundantia*, e a isso os aposentados fazem jus.

Ainda não se lhe permite alegar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei osasquense nº 3.602/00, para negar aos Secretários Municipais aposentados a extensão do direito nele contido e outorgado a esses agentes públicos em atividade, vez que se cuida de diploma legal absolutamente conformado à Constituição Federal. Deveras, foi regularmente editada e encontra seu fundamento no próprio § 8º do art. 40 da Lei Maior da Nação. Com efeito, se essa norma suprema prescreve a obrigatória extensão da revisão, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade e que também deverão a eles ser estendidos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação de cargo ou função pública em que se deu a aposentadoria, é evidente que há de se considerar constitucional a lei que, em tais termos e condições, concede revisão geral ao servidores em atividade ou que, como é o caso, outorga a certa

categoria de servidores em atividade, na hipótese os Secretários Municipais de Osasco, benefícios e vantagens. Logo, se a Constituição Federal assim determinou, salta aos olhos que ela acolhe leis concessivas de benefícios e vantagens, inclusive os decorrentes da transformação e reclassificação de cargos e funções públicas, aos servidores em atividade, que acabam por beneficiar os inativos, como são os aposentados. Tais benefícios e vantagens, ainda que atinjam uma expressa gama de servidores em atividade, não podem ser entendidos como revisão geral da remuneração desses agentes públicos. São benefícios e vantagens outorgados a uma dada parcela do pessoal da Administração Pública, cuja lei concessiva não afronta o princípio da igualdade, ainda que aos menos cautelosos possa aparentar. A Lei osasquense nº 3.602/00, por todas essas razões, há de ser havida por constitucional, impondo-se como consequência direta e imediata o cumprimento do § 3º do art. 81 da Lei Orgânica Municipal de Osasco.

Seu descumprimento, tal qual acontece com a Lei de Osasco nº 3.602/00 em relação aos Secretários Municipais aposentados nesses cargos, sem qualquer razão válida de legalidade ou mérito, pode propiciar o enquadramento do Prefeito Municipal em crime de responsabilidade, consoante previsto no Decreto-lei federal nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, pois estaria o alcaide negando execução a lei federal, estadual ou municipal. Com efeito, estabelece esse diploma legal que:

“Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

XIV – negar execução a lei federal, estadual ou municipal,

§ 1º. Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º. A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”.

8. O direito à revisão e a qualquer benefício e vantagem, inclusive o decorrente da transformação e reclassificação de cargos e funções públicas, deve ser proporcionado aos aposentados concomitantemente à vigência da lei que os concede aos servidores em

atividade, posto que imediatamente decorrente da norma constitucional (art. 40, § 8º) e, como se isso não fosse suficiente, da prescrição municipal (art. 81, § 3º). No caso da consulta esse direito nasceu para o CONSULENTE na data em que entrou em vigor a Lei municipal nº 3.602/00, em interpretação, por certo, combinada com esses preceitos da Constituição Federal e da LOMO, embora os novos proventos se efetivariam a partir 1º de janeiro de 2001. Assim, competia, desde essa data, à Administração Pública Municipal promover essa melhoria nos seus proventos e no de outros servidores inativos, enquadráveis nos exatos termos dessa lei.

A falta dessa providência a tempo, causou, além de constrangimento, prejuízo financeiro aos servidores aposentados, como o CONSULENTE, devendo por dita razão ser reparado pela Administração Municipal de Osasco, mediante o pagamento dos valores atrasados com juros e correção monetária, consoante a Súmula 71 do então Tribunal Federal de Recursos, cujo princípio que encerra ainda vigora. Ademais, aplica-se no caso o disposto no art. 76, § 5º, da Lei Orgânica Municipal de Osasco, repetidor de igual prescrição consubstanciada no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Esse princípio e essa dupla prescrição são mais que suficientes para fundamentar o direito do CONSULENTE e garantir o ressarcimento dos danos originados na incúria do Poder Público municipal. De qualquer modo, prescreve a Lei Orgânica Municipal de Osasco que:

“Art. 76. A administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes do Município obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e também ao seguinte:

§ 5º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.

8.1. Observe-se que a lei concessiva da revisão ou a que outorga benefícios e vantagens, inclusive os decorrentes da transformação ou reclassificação de cargo ou função pública, aos servidores em atividade não precisa estender, expressamente, essas melhorias aos inativos, pois o direito desses servidores advém da própria Constituição Federal, cujos preceitos (art. 40, § 8º) que lhes dão fundamento são de eficácia imediata. Tal é o magistério de, entre outros, HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo e outros, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 392) e SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. e vol. cit., p. 467), asseverando, este último juspublicista de primeira água, em precisa lição, ainda válida mesmo que proferida na vigência do então § 4º do art. 40 do Texto Maior, na medida em que seu substituto, o § 8º, desse mesmo artigo, no particular, manteve idêntica dicção, que:

“De qualquer modo, o dispositivo é auto-aplicável; não há necessidade de lei para que ele seja executado - e, no silêncio da lei, a extensão é automática, salvo se, pela natureza do benefício ou vantagens, for absolutamente inextensível ao aposentado, como diárias, ajuda de custo para mudança”.

A mesma orientação é professada pelos nossos tribunais, a exemplo da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (MS nº 4.092-4-DF), cuja decisão fundada no então § 4º, do art. 40, da Constituição Federal, ainda prevalece, cabendo aqui ser reproduzida a primeira parte de sua ementa. Assim:

“Constitucional e administrativo. Servidor. Proventos. Isonomia entre ativos e inativos. I – O constituinte de 1988 ao estabelecer, no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, a revisão dos proventos, na mesma data e na mesma medida, toda vez que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, abrangendo vantagens e benefícios posteriormente concedidos, significa que, mesmo quando a lei esquece os inativos como querendo afastá-los do direito ao novo modo de remunerar o servidor ativo, ela nada é, pois contraria, inquestionavelmente, o preceito constitucional”.

Nesse particular, merece ser feita a transcrição de excerto de julgado da Suprema Corte (Agravado de Instrumento nº 141.189-DF, *in* RDA 191:140) em que foi Relator o eminente Ministro MARCO AURÉLIO. O v. Acordo, proferido com fulcro no pretérito § 4º do art. 40 da *Lei Magna*, encerra, sem dúvida, lição aplicável mesmo na vigência do § 8º, desse mesmo artigo, cujo § 4º foi por ele substituído. Sua emenda enuncia:

“A garantia insculpida no § 4 do art. 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõem, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se a atuação do legislador ordinário como se a esse fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada a lei que implique outorga de direito a servidores em atividade, dá-se pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados”.

Logo, resta evidente, que não colhe o desejado objetivo a alegação da falta de previsão legal, feita pelas autoridades osasquenses, visando obstar a extensão da majoração estipendiária aos aposentados, ou mesmo o seu pagamento, quando concedida por lei aos servidores em atividade. Destarte, sob pena de abuso de poder, a extensão dos direitos outorgados pela Lei municipal nº 3.602/00 aos aposentados, deve ser prontamente reconhecida pelo Município de Osasco e determinado o seu imediato pagamento. Ademais, devem ser pagos os atrasados, estes, naturalmente, com os acréscimos devidos.

8.2. A locução *na forma da lei*, constante na parte final do § 8º do art. 40 da Constituição Federal e na última parte do § 3º do art. 81 da Lei Orgânica Municipal de

Osasco, não se opõe à imediata incidência sobre os proventos da aposentadoria da revisão estipendiária ou de benefícios e vantagens outorgados após a inativação, aos servidores em atividade, pois deve ser havida como referida única e exclusivamente a estes servidores. Estes, os servidores em atividade, não podem ter qualquer revisão, nem ser favorecidos por benefícios ou vantagens, inclusive os decorrentes de transformação ou reclassificação de cargos, senão por lei, mas sua extensão aos aposentados não exige prévia legislação, pois decorre da própria Lei Maior. Essa inteligência foi esposada de forma indubitosa no Agravo de Instrumento nº 141.189-DF (RDA 191:140), julgado pelo e. Supremo Tribunal Federal. Com efeito, nessa oportunidade, o Eminentíssimo Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, em lição ainda válida, afirmou: “A locução contida na parte final do § 4º em comento, – “na forma da Lei” – apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa”.

Comentando igual expressão, consignada no final do § 8º, do art. 40, da Constituição Federal, que unificou, com redação semelhante, os §§ 4º e 5º, que vigoravam antes da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, acentua HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 407) que:

“A locução “na forma da lei”, inserida na parte final da norma em comento, apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa, como consignou o Min. Marco Aurélio, do STF”.

9. Para que os servidores inativos possam ser favorecidos pela revisão dos seus proventos, prevista no § 8º do art. 40 da Constituição Federal, exige-se: 1. lei da entidade política (União, Estado, Distrito Federal, Município) competente, outorgando a revisão aos servidores da ativa; 2. servidores inativados antes do advento dessa lei. Já os servidores inativos só podem ser prestigiados pelos benefícios e vantagens referidos nesses mesmos preceitos constitucionais, quando: 1. existir lei da entidade política (União, Estado, Distrito Federal, Município) competente, outorgando esses *favores* aos servidores da ativa; 2. existir servidores inativados antes da vigência dessa lei; 3. os benefícios e vantagens concedidos aos servidores em atividade forem compatíveis com o regime da inatividade. Essas são as únicas exigências ou condições para cada uma dessas situações, cuja satisfação cumulativa permite a incidência, automática e de imediato, da melhoria sobre os proventos dos aposentados.

Confrontando a Lei osasquense nº 3.602/00, que fixou os subsídios dos Secretários Municipais em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a partir de 1º de janeiro de 2001, com essas duas hipóteses vê-se, indubitavelmente, que a situação por ela criada enquadra-se, exatamente, na segunda, dada a reclassificação dos cargos de Secretário Municipal operada por esse diploma legal. De fato, foi alterada a denominação do estipêndio e o valor do quanto recebido por esses agentes públicos municipais, prestigiando os Secretários Municipais inativados, como é o caso do CONSULENTE. Todas as condições para sua submissão à

segunda das referidas hipóteses foram atendidas. Com efeito, há uma lei da entidade competente, a Lei municipal nº 3.602/00, que majorou a remuneração dos servidores em atividade; existem servidores inativos que anteriormente a essa lei ocupavam os mesmos cargos e neles foram aposentados, como se verifica com o Prof. Dr. **MOACYR DE ARAUJO NUNES** (Portaria nº 2.355, de 26 de dezembro de 1996); a extensão desse benefício não é incompatível com a natureza e o regime jurídico da inatividade.

Dada a perfeita submissão da situação fático-jurídica desfrutada pelo CONSULENTE aos preceitos dessa legislação, é inafastável a conclusão segundo a qual ele e os demais aposentados nos cargos de Secretário Municipal, antes do advento dessa lei, fazem jus ao acréscimo percentualmente (42,85%) igual ao percebido pelos Secretários Municipais em atividade, consoante estatui o art. 2º da Lei osasquense nº 3.602/00. Portanto, o valor a ser acrescido mensalmente aos proventos dos Secretários Municipais inativos não pode ser diverso do que foi concedido e já vem sendo pago aos Secretários Municipais em atividade por força dessa lei. Só essa absoluta isonomia e o correspondente pagamento darão pleno atendimento ao disposto, nos já transcritos § 3º do art. 81 e § 8º do art. 40, respectivamente, da Lei Orgânica Municipal de Osasco e da Constituição Federal.

10. Examinada a CONSULTA formulada pelo ilustre Prof. Dr. **MOACYR DE ARAUJO NUNES**, tendo presente as suas informações e os documentos apresentados, à vista da legislação, da doutrina e da jurisprudência aplicáveis à espécie e do quanto dissertado ao longo deste parecer, passamos a responder, objetivamente, aos quesitos formulados do seguinte modo:

10.1. **PRIMEIRO QUESITO** – Tem respaldo legal o entendimento do consulente, segundo o qual o Município de Osasco deve-lhe pagar, desde 1º de janeiro de 2001, os proventos mensais a que faz jus, acrescidos na mesma proporção em que foi majorada a remuneração dos Secretários Municipais em atividade, por força da Lei Municipal nº 3.602/00? **RESPOSTA:** Sim. Esse direito decorre do disposto no § 3º do art. 81 da LOMO e do prescrito no § 8º do art. 40 da Constituição Federal, dispositivos auto-aplicáveis, na medida em que determinam que os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a inatividade.

A Lei nº 3.602/00 do Município de Osasco reclassificou os cargos de Secretário Municipal, dando a denominação de subsídios à remuneração que seus titulares percebiam, ao mesmo tempo em que lhes atribuiu um novo valor de referência, passando de R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais) para R\$ 6.000,00 (seis mil reais), mantendo-se, portanto dentro dos limites tracejados por essas normas maiores e que lhes dão o fundamento de validade. Em suma: é na interpretação conjugada desses dispositivos da LOMO (art.81, § 3º) e da Lei Maior (art. 40, § 8º) com o art. 2º da Lei osasquense nº 3.602/00 que está o

respaldo, não só legal como constitucional, do direito que o CONSULENTE quer ver realizado, obedecido.

11.2. **SEGUNDO QUESITO** - Até quando, em sendo positiva a resposta ao quesito anterior, esse acréscimo deve ser mensalmente pago ao consulente? **RESPOSTA:** Indefinidamente. Com efeito, esse acréscimo mensal deve ser pago aos Secretários Municipais aposentados até que por adequada legislação essa situação seja modificada.

11.3. **TERCEIRO QUESITO** - O fato de não ter o consulente requerido a majoração de seus proventos, é razão bastante para o Município de Osasco obstar o pagamento das diferenças atrasadas? **RESPOSTA:** Não. Nesse sentido, nenhuma responsabilidade cabia ao CONSULENTE. Todas as medidas destinadas a calcular os novos proventos e a promover seu pagamento eram, indubitavelmente, da competência, tão-somente, da Administração Municipal de Osasco, a quem as regras pertinentes da Constituição Federal e da Lei Orgânica se dirigiam. Eram medidas administrativas que deveriam ter sido tomadas, *ex officio*, por essa Administração Municipal, única responsável pelo cumprimento do § 3º do art. 81 da LOMO e pela execução do § 8º do art. 40 da Constituição Federal, quando da vigência da Lei nº 3.602/00. Seria abuso de direito e extremamente injusto apenar o CONSULENTE, por comportamento que não lhe era dado cumprir. Atente-se que nada impede que o pagamento dos atrasados seja requerido agora, pois esse direito não foi alcançado pela prescrição quinquenal e enquanto isso não ocorrer seu desfrute pode se dar a qualquer momento. É bom que não se esqueça, pois se trata de direito adquirido, expressamente garantido pela Constituição Federal.

11.4. **QUARTO QUESITO** - O pagamento dos acréscimos atrasados, quando efetivado, deverá ser acrescido de juros e correção monetária? **RESPOSTA:** Sim. O atraso no pagamento dos acréscimos a que o CONSULENTE, por força da legislação municipal e da própria Constituição Federal, tem direito, não pode a ele ser atribuído, única hipótese que liberaria a Administração Municipal de Osasco de pagá-los sem os devidos complementos (juros e correção monetária). Sendo assim, esses pagamentos quando efetuados deverão ser implementados pelos juros e correção monetária devidos.

11.5. **QUINTO QUESITO** - Que outros direitos, à vista do disposto no parágrafo único do art. 2º da referida Lei osasquense nº 3.602/00, o consulente faz jus?" **RESPOSTA:** Dos direitos atribuídos aos Secretários Municipais em atividade pelo parágrafo único do art. 2º da Lei osasquense nº 3.602/00, por se afeiçoar com a natureza e o regime jurídico da aposentadoria, o CONSULENTE faz jus tão-só ao décimo terceiro salário, que já lhe vem sendo pago. Não obstante, esse pagamento foi feito irregularmente, pois tal como seus proventos deveria ter sido acrescido dos 42,85% correspondente à majoração da remuneração dos Secretários Municipais em atividade, determinada pela Lei municipal nº 3.602/00. Obviamente, o CONSULENTE faz jus a esse percentual relativo ao décimo terceiro salário (2001 e 2002), acrescido de juros e correção monetária.

É o parecer, s.m.j.

São Bernardo do Campo, 21 de fevereiro de 2003

Diogenes Gasparini
Advogado, Mestre e Doutor pela PUC-SP.
Professor Honoris Causa da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo