# PARECER JURÍDICO

Assis, 06 de março de 2012. Presidente: Reinaldo Custódio da Silva

## CP – RESPONSABILIDADE E ATRIBUIÇÕES DOS PROCURADORES MUNICIPAIS
## 0002.5049.5401/2011 - ADVOGADO PÚBLICO – ATRIBUIÇÕES – RESPONSABILIDADES
## RELATÓRIO DE CONSULTA

A
Prefeitura Municipal de __________
Aos cuidados do _______________
Data da consulta: 19/09/2011
Data da resposta: 04/10/2011
Consulta n.º 0002.5049.5401/2011

Questionamento:

Gostaria de um estudo sobre o exercício da função de procurador municipal, destacando suas atribuições gerais e sua atuação tendo em vista a autonomia funcional (art.7º, I da Lei 8906) e o princípio da hierarquia inerente à administração pública. Noutro viés, seria interessante ser destacado se o papel do procurador também incluiu ser fiscal da lei e se ele possui autonomia para representar o Ministério Público sem a autorização ou conhecimento de seu superior hierárquico. Se a liberdade garantida pelo estatuto do advogado inclui não receber ordens hierárquicas. Necessário ainda tecer análise sobre a responsabilidade do procurador e os limites de sua responsabilização, tendo em vista matéria veiculada sobre prisão de advogados públicos e sua responsabilização por atos do poder executivo. Preciso do estudo mais amplo possível, o mais rápido possível para que seja desfeita a duvida dos procuradores na ideia da responsabilização direta por atos do governo municipal e a lei de improbidade administrativa, bem como seu papel dentro da administração.

Conclusão:

1 – DA CONSULTA FORMULADA.

Questiona em suma o Consulente sobre as atribuições e responsabilidades dos procuradores municipais.

2 – DAS ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADES DOS ADVOGADOS PÚBLICOS.

A Carta de República de 1988 consagrou o Município como ente federativo, integrando-o na organização política-administrativa e garantindo-lhe autonomia.

A autonomia municipal caracteriza-se pela capacidade de auto- organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração.

Com essa nova estrutura política- administrativa, permitiu-se que os Municípios desenvolvessem, dentro do seu quadro de servidores efetivos, a carreira jurídica, aplicando simetricamente o art. 132 da Constituição Federal (procuradores organizados em carreira e com ingresso no serviço público mediante concurso de provas e títulos).

A Constituição Federal determina nos arts. 131 e 132 que, basicamente, caberá a Advocacia Pública as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

É importante frisar que cada ente federativo mediante lei local especificará as atribuições e funções de cada cargo que integra o serviço público municipal, incluindo o cargo de procurador/advogado/assessor.

Todavia, o Ministério Público de Goiás, em Cartilha de orientação aos Municípios, estabelece uma síntese das atribuições do procurador jurídico municipal:

“I. Prestar assessoria jurídica em todas as áreas de atividade do Poder Público municipal, judicial e extrajudicialmente, sugerir e recomendar providências para resguardar os interesses e dar segurança aos atos e decisões da Administração; II. Acompanhar todos os processos administrativos e judiciais de interesse da municipalidade, tomando as providências necessárias para bem curar os interesses da Administração:

i. Postular em juízo em nome da Administração, com a propositura de ações e apresentação de contestação; avaliar provas documentais e orais, realizar audiências trabalhistas, cíveis e criminais. Obs.: O acompanhamento jurídico dos processos judiciais deve ocorrer em todas as instâncias e em todas as esferas, onde a Administração for ré, autora, assistente, opoente ou interessada de qualquer outra forma.

i. Ajuizamento e acompanhamento de execuções fiscais de interesse do ente municipal e

iii. Em âmbito extrajudicial, mediar questões, assessorar negociações e, quando necessário, propor defesas e recursos aos órgãos competentes.

III. Acompanhar processos administrativos externos em tramitação no Tribunal de Contas, Ministério Público e Secretarias de Estado quando haja interesse da Administração municipal;

IV. Analisar os contratos firmados pelo município, avaliando os riscos neles envolvidos, com vistas a garantir segurança jurídica e lisura em todas as relações jurídicas travadas entre o ente público e terceiros;

V. Recomendar procedimentos internos de caráter preventivo com o escopo de manter as atividades da Administração afinadas com os princípios que regem a Administração Pública – princípio da legalidade; da publicidade; da impessoalidade; da moralidade e da eficiência.

VI. Acompanhar e participar efetivamente de todos os procedimentos licitatórios; elaborar modelos de contratos administrativos; Obs.: A audiência com a assessoria jurídica é de suma importância para o ato final de homologação do processo licitatório – nessa oportunidade poderá ser constatada a invalidade do procedimento ou de alguns atos; suprimento de algum vício ou a declaração da sua lisura;

VII. Elaborar pareceres sempre que solicitado, principalmente quando relacionados com a possibilidade de contratação direta; contratos administrativos em andamento, requerimentos de funcionários etc. e

VIII. Redigir correspondências que envolvam aspectos jurídicos relevantes." (Cartilha Procurador Jurídico Municipal: Criação e provimento de cargo. Fonte: www.mp.go.gov.br.)

É importante frisar que o procurador municipal não representa interesses políticos ou partidários, atua, na realidade, como representante dos interesses do Município, garantindo, com isso, a observância dos princípios administrativos e o controle da legalidade na Administração Pública.

É neste sentido que muitos doutrinadores entendem que os advogados públicos devem gozar de prerrogativas funcionais, para garantir que o interesse público prevalecerá sobre a vontade subjetiva dos governantes.

Nesse sentido, assevera a Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

"O advogado público tem vínculo jurídico específico e compromisso peculiar com o interesse público posto no sistema jurídico, o qual há de ser legalmente concretizado pelo governante e pelo administrador público. Tal interesse não sucumbe nem se altera a cada quatro anos aos sabores e humores de alguns administradores ou de grupos que, eventualmente, detenham maiorias parlamentares e administrativas. Por isso mesmo é que o advogado não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes". (Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, Saraiva, 1999. Citada na Cartilha Procurador Jurídico Municipal: Criação e provimento de cargo. Fonte:www.mp.go.gov.br)

O mesmo entendimento foi muito bem exposto no texto "A carreira de Procurador do Município no contexto da Federação Brasileira" de autoria das procuradoras do Município de Porto Alegre, Ana Luísa Soares de Carvalho e Cristiane da Costa Nery:

"(...) da mesma forma que as carreiras jurídicas da União e dos Estados, a carreira do Procurador do Município assume papel de fundamental importância no controle da legalidade, na defesa da instituição administrativa, do interesse público e dos direitos constitucionais, exercendo função orgânica de Estado.

A defesa institucional da Administração Pública é atribuição do cargo de Procurador, fundamentada pelo soberano interesse público e pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, desatrelada dos compromissos políticos de vínculos partidários. Por isso que as prerrogativas do cargo - autonomia e independência - são garantias de satisfação do interesse público e de realização do sistema de princípios e valores do Estado em todas as esferas da Federação.

As atribuições dos Procuradores no controle de legalidade dos atos e na garantia dos princípios da Administração Pública têm a mesma identidade em quaisquer dos membros da Federação, e deve ser exercida com a mesma independência técnico-profissional, assegurada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da OAB (e já reconhecida há muito tempo pelo Código de Processo Civil, em seu art. 12), com vistas a efetivar com responsabilidade e eficácia a almejada justiça social e as normas que compõem o Estado brasileiro instituído."

(Fonte:http://www.anpm.com.br/principal.asp?page=areas.asp&page2=artigos1.asp&id=55&estado=0&page3=artigos, acesso em 19/09/11) Grifos e negritos nossos.

Observe-se que a doutrina corrobora o entendimento de que a advocacia pública também deve ter a mesma independência técnica- profissional conferido aos demais advogados (art. 133 da CF/88 e art. 7º, I, da Lei n. 8.906/94). Tal entendimento baseia-se no fato de que o cargo de procurador possui atribuições essenciais para o Estado Democrático de Direito, como o controle interno da legalidade (orientando os gestores para uma atuação dentro da lei), além da defesa administrativa e judicial dos interesses (públicos) do ente federativo e, consequentemente, da sociedade. Diante disso, deve ser resguardado por prerrogativas funcionais (mediante lei editada pelo respectivo ente).

No entanto, em que pese o posicionamento doutrinário, a jurisprudência da Corte Suprema entende que em decorrência dos princípios da hierarquia, subordinação e dever de obediência que circunda o vínculo institucional entre o servidor e o Estado, não caberia instituir aos procuradores a autonomia funcional.

Em decisões paradigmáticas, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu pela inconstitucionalidade de norma que atribui autonomia funcional e administrativa as Procuradorias dos Estados-membros.

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. RESTRIÇÃO DO PODER DO CHEFE DO EXECUTIVO. PRERROGATIVAS AOS PROCURADORES DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. A Constituição do Estado do Mato Grosso, ao condicionar a destituição do Procurador-Geral do Estado à autorização da Assembléia Legislativa, ofende o disposto no art. 84, XXV e art. 131, § 1º da CF/88. Compete ao Chefe do Executivo dispor sobre as matérias exclusivas de sua iniciativa, não podendo tal prerrogativa ser estendida ao Procurador-Geral do Estado. A Constituição Estadual não pode impedir que o Chefe do Poder Executivo interfira na atuação dos Procurados do Estado, seus subordinados hierárquicos. É inconstitucional norma que atribui à Procuradoria-Geral do Estado autonomia funcional e administrativa, dado o princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da Administração Pública. O cargo de Procurador Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o Procurador Geral entre membros da carreira ou não. Precedentes. A garantia da inamovibilidade é conferida pela Constituição Federal apenas aos Magistrados, aos membros do Ministério Público e aos membros da Defensoria Pública, não podendo ser estendida aos Procuradores do Estado. Em síntese, a autonomia conferida aos Estados pelo art. 25, caput da Constituição Federal não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória. Precedentes. Ação direta julgada parcialmente procedente." (ADI 291 / MT - MATO GROSSO, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010) Grifos e negritos nossos

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 96 E 100, I E III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS PROCURADORES ESTADUAIS. Perda do objeto do feito em relação ao art. 96 e ao inciso III do art. 100 da Carta amazonense, tendo em vista posteriores modificações nos textos normativos impugnados. O inciso I do mencionado art. 100, por sua vez, ao atribuir independência funcional aos Procuradores do Estado do Amazonas, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Ação julgada procedente, tão-somente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 100 da Constituição do Amazonas." (ADI 470 / AM – AMAZONAS, DJ 11-10-2002 PP-00021) Grifos e negritos nossos.

Cabe, inclusive, trazer à baila trecho elucidativo do voto proferido pelo Ministro Relator Ilmar Galvão na ADI 470/AM:

"Evidente, dessa forma, a incompatibilidade entre a autonomia funcional e o mister desenvolvido pelas Procuradorias dos Estados, que, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federativas, em atividade cuja parcialidade é necessária e que exige perfeita sintonia com as diretrizes fixadas pela Chefia da Administração Pública.

Emprestar à advocacia pública a autonomia típica do Ministério Público implica, pois, o desvirtuamento da configuração jurídica fixada pelo texto constitucional para as Procuradorias estaduais, em patente desrespeito à Carta da República." Negritos e grifos nossos

Entretanto, importante destacar que, apesar da inexistência da autonomia funcional dos advogados públicos, nenhum servidor é obrigado ao cumprimento de ordem manifestadamente ilegal, sob pena de responsabilidade.

Nesse sentido, assevera HELY LOPES MEIRELLES:

"O dever de obediência impõe ao servidor o acatamento às ordens legais de seus superiores e sua fiel execução. Tal dever resulta da subordinação hierárquica e assenta no princípio disciplinar que informa toda organização administrativa. Por esse dever não está o servidor obrigado a cumprir mecanicamente toda e qualquer ordem superior, mas, unicamente, as ordens legais. E por ordens legais entendem-se aquelas emanadas de autoridade competente, em forma adequada e com objetivos lícitos. Tanto o cumprimento de ordem manifestamente ilegal como o descumprimento de ordem legal acarretam para o servidor responsabilidade disciplinar e criminal (CP, art. 22), conforme seja a lesão causada à Administração ou a terceiros." (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág. 427.)

Nesse compasso, apesar da doutrina defender a tese de que, em decorrência das funções institucionais dos advogados públicos (controle interno da legalidade e defesa dos interesses do ente federativo), os mesmos deveriam gozar das prerrogativas de autonomia funcional, o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, é pela incompatibilidade da autonomia funcional com as funções exercidas pelos advogados públicos, devendo seguir as diretrizes fixadas pelo Chefe do Executivo. Destacando-se que essa subordinação hierárquica não representa o cumprimento de ordem ilegal, cabendo sempre os procuradores orientarem os gestores públicos sobre a forma de atuação dentro da legalidade.

Agora, quanto à responsabilização dos advogados públicos em relação aos atos praticados, inicialmente, é relevante apontar que todo servidor público (inclusive procuradores municipais) que pratica atos que importam em enriquecimento ilícito, causam prejuízos ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública estarão sujeitos as sanções previstas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

Grife-se ainda que, para caracterizar um ato de improbidade administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo do agente (servidor público), dolo ou culpa, conforme o caso.

"(...) Esta Corte Superior, recentemente, fixou entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: REsp 1130198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1149427/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010; REsp 414.697/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/9/2010. (STJ- REsp 1193160/RS, DJe 24/02/2011). Negritos e grifos nossos.

Anteriormente a grande dúvida quanto a responsabilização do advogado público no exercício do seu mister estava relacionado a emissão de pareceres jurídicos.

A doutrinadora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, citando o autor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, leciona que existem três tipos de pareceres.

"O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder a própria motivação do ato. O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). (...)

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão." (Direito Administrativo. 20Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2007, pg. 215) Negritos nossos.

No primeiro momento, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendia que o parecer tinha caráter apenas opinativo, não era um ato administrativo, e, como tal, o advogado público não poderia ser responsabilizado solidariamente com o gestor público, exceto se agisse com dolo ou com culpa ou erro grave inescusáveis.

Nessa direção, segue decisão:

"MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 06/11/2002
Orgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO.

PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.” Grifos e negritos nossos.

Diante disso, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO decidia:

“(...) 24. Quanto à questão da responsabilidade pela emissão de parecer jurídico, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, através do MS 24.073-3-DF, proclamou que o parecer emitido por procurador ou advogado da Administração Pública não é ato administrativo e que, por este fundamento, e também pelo art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/1994, seu autor não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, salvo culpa grave ou erro grave, inescusável, ou dolo.

25. No caso concreto que se vem de analisar, a atuação do Sr. Gilton Andrade Santos, então Procurador-Chefe do DNER, foi decisiva para o pagamento indevido da indenização e, conseqüentemente, pela perpetração do dano ao erário. Isto porque foi ele o condutor do procedimento ilegal de desapropriação, inclusive intervindo pessoalmente em diversos atos, como, por exemplo, no recebimento de documentos do beneficiário.

26. Portanto, por haver obrado com dolo, pode e deve o recorrente ser responsabilizado pelos pareceres que emitiu, posto que o aresto do Pretório Excelso, por nós colacionado, só isenta o advogado público de responsabilidade nas hipóteses em que a peça opinativa é emitida indene de culpa grave ou erro grave, inescusável, ou dolo, o que não é, definitivamente, a hipótese dos autos.

27. Por todo o exposto, não podem ser acolhidas as alegações do Sr. Gilton Andrade Santos, devendo seu recurso, no mérito, ser improvido.” (TCU, Acórdão 671/2008).

Posteriormente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmou o entendimento de que haveria a responsabilização solidária do advogado público caso o parecer, de acordo com lei, apresentasse caráter vinculativo, porque, neste caso, o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. Nos casos da emissão de pareceres de caráter opinativo, mas que serviram de fundamento para a decisão do ato administrativo, somente haverá responsabilização do advogado/procurador se fosse demonstrado o dolo, culpa ou erro grosseiro.

“MS 24631 / DF - DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 09/08/2007
Orgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.”

Um exemplo típico de parecer com caráter vinculativo é aquele estabelecido no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, uma vez que os editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes firmados pela Administração Pública deverão ser previamente aprovados pela assessoria jurídica.

Nesse diapasão, já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“MS 24584 / DF - DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. MARCO AURÉLI0O
Julgamento: 09/08/2007
Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.” Negritos nossos

No mesmo sentido, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO sedimentou o entendimento de que:

"(...) 18. Conforme exigência do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o parecer da assessoria jurídica do órgão ou entidade concedente é peça indispensável para a realização do procedimento licitatório. Observando-se o objeto da contratação e o parecer jurídico que a respaldou, se observa que a matéria é eminentemente de cunho jurídico e a conclusão do parecerista jurídico foi o vetor da atuação do gestor público.

19. No que diz respeito à responsabilidade do parecerista jurídico, o Tribunal tem se pronunciado no sentido de aplicar-lhes, solidariamente, sanção pelos pareceres não fundados em razoável interpretação das normas. E, no caso concreto, a atuação do parecerista jurídico foi decisiva para celebração do aditamento viciado e contrariou frontalmente a inteligência do inciso II do artigo 57 da Lei 8.666/1993, configurando erro grave e inescusável, além da culpa por negligência.

20. Deve-se noticiar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reformou o entendimento segundo o qual o parecerista não possui responsabilidade pela emissão de suas peças opinativas, passando a prevalecer a tese de possibilidade, em certos casos, de responsabilização solidária do parecerista, quando o administrador decide apoiado em manifestação do setor técnico competente, consoante se depreende do MS-24.584/2007 (...)

21. Assim, quando o parecer jurídico for a favor da prática de ato danoso ao erário ou com grave violação do ordenamento jurídico, configurando o nexo causal para o cometimento do ato, sujeitará o seu autor à jurisdição do Tribunal de Contas da União, no exercício da competência de fiscalizar a Administração Pública e, em consequência, às sanções por ele cominadas.

22. Por outro lado, nos presentes autos não foi efetuada a oitiva do parecerista jurídico. Deve-se mencionar que a solidariedade, no caso de débito, é benefício para o credor. Na hipótese em análise, lembrando-se que não há débito, não há prejuízo ao recorrente pelo fato de o parecerista jurídico não ter sido responsabilizado. Já a responsabilização do recorrente está demonstrada, pois, tendo-se como comparativo o homem médio e levando-se em consideração a condição de gestor do recorrente e o necessário conhecimento da lei de licitação para a sua atuação, não é legal e não se considera razoável que a contratação para a prestação de serviços de consultoria econômica e financeira tenha sido considerada singular, pois se trata de serviços relacionados a rotina de órgãos e entidades públicos. Pelo fato de o recorrente não trazer elementos para afastar a materialidade, tampouco agregar elementos para afastar a sua responsabilização, não há porque afastar a sua condenação. (...)" (TCU- Acórdão 287/2011)

Importante destacar que o advogado público, mesmo emitindo um parecer opinativo, será responsabilizado (inclusive como ato de improbidade administrativa) se for comprovado que agiu de forma dolosa ou culposa.

Segue decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"ADMINISTRATIVO– IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO– POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO– AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS– SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.

4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave.

5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ.

6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo. Recurso especial improvido." (REsp 1183504 / DF, DJe 17/06/2010) Negritos e grifos nossos.

Assim, por tudo exposto, pode-se concluir:

Cada ente federativo determinará, mediante lei local, as atribuições do cargo de procurador/advogado/assessor jurídico, contudo, tal cargo deverá ter como funções primordiais: o controle interno da legalidade (orientar o gestor na atuação conforme a lei), a representação judicial e administrativa dos interesses do Município, além de consultoria jurídica.

Apesar de a doutrina defender a tese de que os advogados públicos devem gozar de independência funcional (como os demais advogados), uma vez que representam os interesses do Município e da sociedade, e não aquelas vontades transitórias de um governante, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento firme de que a autonomia funcional é incompatível com as funções desenvolvidas por esses procuradores, devendo atuar de acordo com as diretrizes determinas pelo Chefe da Administração Pública.

Todavia importante destacar que essa subordinação hierárquica não significa que o servidor deverá cumprir uma ordem manifestadamente ilegal. É necessário que o advogado/assessor público, em decorrência de seu mister, sempre oriente os gestores públicos para atuação conforme a lei, evitando, com isso, futuras responsabilizações civis e criminais.

Por fim, destaque que todo servidor público que praticar ato de improbidade administrativa estará sujeito as sanções da Lei n. 8.429/92. No entanto, especificadamente em relação ao advogado público e à emissão de pareceres jurídicos, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que somente haverá a sua responsabilização solidária com o gestor público nos casos de pareceres de caráter vinculativo, conforme disposição legal.

Deve-se, por fim, ressaltar que, mesmo em se tratando de pareceres meramente opinativos (sem caráter vinculativo), sendo demonstrado que o advogado público agiu com dolo, culpa ou erro grosseiro, inescusáveis, haverá a sua responsabilização de tais profissionais, inclusive, podendo tal prática caracterizar ato de improbidade.

É o parecer!

P.A.S.
M.P.A.

# CP –POSSIBILIDADE DE SERVIDOR MUNICIPAL CONTINUAR NA FUNÇÃO APÓS APOSENTADORIA PELO INSSEnviado em [29/02/2012|dd/MM/yyyy|datetime]0002.5014.5404/2011 - APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PROVENIENTE DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA – POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO COM REMUNERAÇÃO DE CARGO PÚBLICO

## RELATÓRIO DE CONSULTA

A
Prefeitura Municipal de ___________
Aos cuidados do _________________
Data da consulta: 20/09/2011
Data da resposta: 05/10/2011
Consulta n.º 0002.5014.5404/2011

Questionamento:

Estamos com uma duvida se uma candidata que prestou concurso para esta prefeitura poderá ser investida no cargo efetivo ou não.

A situação dela é a Seguinte:

Aposentada por tempo de contribuição pelo Regime Geral de previdência (INSS). Aposentou-se em atividade no cargo de Auxiliar de biblioteca nesta mesma prefeitura.

Prestou concurso em janeiro deste ano para o cargo de Inspetor de Alunos.

Diante disso, é possível esta admissão? Não estaríamos ferindo os princípios da Constituição Federal, art.37, já que ela receberia aposentadoria e mais o salario do cargo?

Necessito de urgência neste parecer, devido o cargo estar vago e aguardando decisão desta diretoria para dar a vaga ou não.

Conclusão:

1 – CONSULTA FORMULADA:

Trata-se de consulta que traz questionamento acerca da possibilidade de servidor estável, após ser concedida a aposentadoria por tempo de contribuição pelo Regime Geral de Previdência (INSS), continuar exercendo suas atividades laborais na Municipalidade, após ser aprovada em concurso.

Destaca-se que o consulente, em contato telefônico, nos informou que o Regime de Previdência dos servidores da Municipalidade é o Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

2 – DA APOSENTADORIA:

Primeiramente, destaca-se que a aposentadoria é “o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 551). Do ponto de vista formal, é o “ato pelo qual a Administração Pública concede esse direito ao servidor público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 551).

O texto original da Constituição da República de 1988, em seu art. 40, trata do referido assunto. Então vejamos:

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 e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) (...)

Todos servidores tem direito à aposentadoria, a qual é admite três modalidades (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manuel de Direito Administrativo. 18ª edição revista, ampliada e atualizada até 30.06.2007. p. 612; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 559-566; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 692-693):

- invalidez: decorre da impossibilidade física ou psíquica do servidor, sendo de caráter permanente, para exercer as funções de seu cargo;
- compulsória (no qual a invalidez é presumida): aos 70 (setenta) anos de idade com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;
- voluntária: quando obedecidos os requisitos (tempo de contribuição e idade mínima) previstos no inciso III do § 1.º do artigo 40 da Constituição Federal. Com relação a esta modalidade, salienta-se a existência de 3 (três) situações: (i) do servidor que ingressou ou vier a ingressar no serviço público, em cargo efetivo, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, (ii) do servidor que ingressou até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98 e (iii) do servidor que ingressou antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, mas posterior a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98. Assim, em razão desta variedade, distintos são os requisitos para a aposentadoria e direitos decorrentes destas situações.

Ademais, a aposentadoria dos servidores é regida, em função do tipo de vínculo que une os servidores públicos à Administração Pública, por uma dualidade de regimes previdenciários: (i) Regime Geral de Previdência, mantido pelo Instituto Nacional de Seguridade Social; ou (ii) Regime Próprio de Previdência, no stermos do art.40, caput, da Constituição Federal.

## 3 – DO VÍNCULO DE CONTRATO DE TRABALHO APÓS A APOSENTADORIA:

Importante destacar à Orientação Jurisprudencial nº. 177 SDI-I que dispunha:

“A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria.” (sublinhamos)

Por analogia, estender-se-ia esse dispositivo também aos servidores, extinguindo o vínculo empregatício deste com a Administração Pública.

Contudo, não é essa a posição a ser adotada, tendo em vista a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal diante da ADI nº. 1721-DF, cujo voto sabiamente relatado pelo preclaro Ministro Carlos Ayres Britto define:

“Ora bem, a Constituição versa a aposentadoria do trabalhador como um benefício. Não como um malefício. E se tal aposentadoria se dá por efeito do exercício regular de um direito (aqui se cuida de aposentadoria voluntária), é claro que esse regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave. Explico. Se um empregado comete falta grave, assujeita-se, lógico, a perder o seu emprego. Mas essa causa legal de ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente. É preciso que o empregador, no uso de sua autonomia de vontade, faça incidir o comando da lei. Pois o certo é que não se pode recusar a ele, empregador, a faculdade de perdoar seu empregado faltoso.

21. Não é isto, porém, o que se contém no dispositivo legal agora adversado. Ele determina o fim, o instantâneo desfazimento da relação laboral, pelo exclusivo fato da opção do empregado por um tipo de aposentadoria (a voluntária) que lhe é juridicamente franqueada. Desconsiderando, com isso, a própria e eventual vontade do empregador de permanecer com o seu empregado. E também desatento para o fato de que o direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o “segurado” do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo. Não às custas desse ou daquele empregador.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da “relevância e urgência” dessa espécie de ato normativo.

2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade.

3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).
4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.
5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.
6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.
7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97. (STF. ADIn 1721-DF. Ministro Relator Carlos Ayres Britto)
Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos celetistas (citamos o art. 453, 1º da CLT, suspenso desde 1998) e "reconheceu explicitamente que a aposentadoria espontânea do trabalhador não constitui motivo para extinção do contrato de trabalho mantido com o seu empregador, quer seja ente público ou pessoa jurídica de direito privado (ADIns nºs 1.721 e 1.770).
Sendo assim, podemos dizer que, é possível a permanência de servidor no quadro de funcionários de Ente Público, mesmo após aposentar-se por tempo de contribuição, uma vez que o STF reconheceu explicitamente que a aposentadoria espontânea do trabalhador não constitui motivo para extinção do contrato de trabalho mantido com o seu empregador.
4 – ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM REMUNERAÇÃO DE CARGO OU EMPREGO PÚBLICO:
Especificamente sobre o assunto do presente questionamento, insta salientar que é possível à acumulação de proventos decorrentes do Regime Geral de Previdência (INSS) com remuneração de cargo ou emprego público.

Nesse sentido, podemos trazer ao conhecimento, parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:
"ACUMULAÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA PAGA PELO INSS COMPLEMENTADA POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL COM REMUNERAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. VIABILIDADE.
Processo: SF n. 13.382/98
Interessado: Edison Eugênio Peceguini
Assunto: Acumulação remunerada. Aposentadoria. Complementação.Tomando como premissas os fundamentos e a conclusão do aprovado Parecer PA-3 n. 104/97 – que não restaram prejudicados com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98 – conclui-se que a Carta Magna não estabeleceu óbice à percepção simultânea do benefício da aposentadoria a ex-servidor público pago pelo INSS – complementado por entidade fechada de previdência social, patrocinada por órgão integrante da Administração Pública – e de remuneração pelo exercício de cargo, emprego ou função pública – Situação concreta de acumulação legal.
Parecer PA – 3 n° 139/99
(...)
III - Sobre a percepção cumulativa da retribuição pelo exercício de cargo, emprego ou função pública com o benefício de aposentadoria pago pelo INSS.
9. O acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 163.204 não abordou, de forma expressa, a matéria atinente à percepção cumulativa da retribuição pelo exercício de cargo, emprego ou função pública com o benefício de aposentadoria pago pelo INSS. Isto porque, conforme acima referido, o caso concreto decidido naquela oportunidade pela Suprema Corte envolvia questão distinta (cumulação de vencimentos com proventos decorrentes da aposentadoria em cargo público).
9.1. O colacionado Parecer PA-3 n. 169/95, que baseou suas conclusões na decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 163.204, também não enfocou, explicitamente, tal matéria.
9.2. No âmbito da Procuradoria Geral do Estado, o assunto veio a ser examinado, de forma analítica, no Parecer PA-3 n. 104/97, subscrito pelo Doutor Carlos Ari Sundfeld e aprovado pela Chefia da Instituição. A conclusão desse Parecer é a de inexistir óbice constitucional à acumulação de benefício previdenciário da aposentadoria paga pelo INSS a ex-servidores com a remuneração pelo exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública.
9.3. No referido Parecer, porém, não se perquiriu se o fato de o celetista inativo receber, de entidade fechada de previdência privada patrocinada por ente integrante da Administração Pública, complementação da aposentadoria que obteve junto ao INSS, implica, ou não, óbice constitucional a que,cumulativamente, vencimentos ou salários pelo exercício de cargo, função ou emprego público. Tal matéria não foi expressamente abordada na peça opinativa em causa.
(...)"
Ademais,
"ACUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA PAGA PELO INSS E VENCIMENTOS. VIABILIDADE
Processo: SAM n. 870/97
Interessado: Consultoria Jurídica da AS

Assunto: Acumulação (aposentadoria do INSS e vencimentos).
Exame da eventual influência do artigo 37, § 10, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda n. 20/98, sobre a orientação traçada quando da aprovação do Parecer PA-3 n. 104/97, que admitiu a percepção cumulativa de aposentadoria do INSS com a remuneração de cargo, emprego ou função pública. Parecer pela inexistência de repercussão do contido na referida disposição constitucional em relação ao tema versado naquele parecer. (Procuradoria Geral do Estado de São Paulo)."

No âmbito do Poder Judiciário, localizamos algumas decisões que comungam com o mesmo entendimento exposto nos pareceres administrativos acima registrados. Senão vejamos:

"APELAÇÃO - Mandado de Segurança - Concurso Público - Acumulação de proventos de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social com cargo público - Admissibilidade - Ausência de vedação constitucional Interpretação estrita do art. 37, § 10°, da CF, que se refere apenas aos casos de aposentadoria pelo Regime Especial - Recursos desprovidos - (Voto 8402). (TJ/SP; Apelação Com Revisão 3412765400; Relator(a): Sérgio Gomes; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/02/2008; Data de registro: 05/03/2008).

De outro lado, não podemos deixar de ressalvar que a Constituição Federal veda a acumulação de remuneração de cargo, emprego ou função pública com os proventos decorrentes da aposentadoria do art. 40, isto é, a aposentadoria do Regime Próprio de Previdência – ressalva-se que esta situação não se enquadra no caso em tela.

Assim, quando tratar-se de Regime Próprio de Previdência, só é possível acumulação dos proventos decorrentes da aposentadoria e da remuneração percebida, quando seu cargo, emprego ou função era acumulável na ativa, de acordo com o art. 37, XVI, letras "a", "b" e "c". Porém, no caso em tela o Regime de Previdência é Geral, sendo possível a aludida acumulação de remuneração e proventos, como já esposado.

5 – CONCLUSÃO:

Diante do exposto, podemos concluir que, não existe qualquer impedimento para que a servidora aposentada por tempo de contribuição, permaneça no quadro de funcionários da Municipalidade, após ingresso através de concurso público. Assim, é licito acumular remuneração de cargo público com aposentadoria proveniente do Regime Geral de Previdência (INSS), vez que a restrição do art. 37, XVI da Constituição Federal diz respeito à acumulação de proventos e/ou vencimentos do Regime Próprio do Ente Federativo, decorrentes do artigo 40, 42 e 142 também da Constituição.
É o parecer!
F.R. R.V.O.

---

## CP - CONCESSÃO DE DESCONTO DE JUROS E MULTA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS – HIPÓTESE DE RENUNCIAEnviado em [29/02/2012|dd/MM/yyyy|datetime]0002.5014.5389/2011 - CONCESSÃO DE DESCONTO DE JUROS E MULTA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS – HIPÓTESE DE RENUNCIA DE RECEITA – DETERMINAÇÃO DO TCE PARA CUMPRIR OS REQUISITOS DO ART. 14 DA LRF

## RELATÓRIO DE CONSULTA

A
Prefeitura Municipal de ___________
Aos cuidados do _____________
Data da consulta: 14/09/2011
Data da resposta: 20/09/2011
Consulta n.º 0002.5014.5389/2011

Questionamento:

Gostaria de parecer no seguinte sentido:

Se o Município conceder descontos de juros, multas e correções de débitos fiscais configura-se renúncia de receita?

Ressalta-se que os descontos serão concedidos somente nos casos de pagamentos à vista.

Caso não configure renúncia de receita qual o procedimento que deve ser adotado pela municipalidade?

Por fim, qual o posicionamento do TCE/SP a esse respeito?

Conclusão:

Trata-se de consulta da Prefeitura Municipal de _________, Estado de São Paulo, que traz questionamento acerca de tema que envolve a questão de débitos fiscais.

Indaga o consulente se a concessão de descontos de juros, multas e correções de débitos fiscais, pelo ente municipal, configura renúncia de receita. Esclarece que tais descontos serão concedidos apenas nos casos de pagamentos à vista.

Questiona qual o procedimento deve ser adotado pelo Município para formalizar esses descontos e qual o posicionamento do TCE/SP sobre essa questão.

Ante a consulta formulada, cabe tecer as seguintes considerações.

O Município, assim como os demais entes estatais, para realizar seus fins administrativos precisa de recursos financeiros. Tais recursos são obtidos pelo Município através de seu poder impositivo para a instituição de tributos, ou explorando seus bens e serviços a particulares, mediante o pagamento facultativo de preços.

"Os tributos e os preços constituem as rendas públicas, que, somadas aos demais recursos conseguidos pelo Município fora de suas fontes próprias, formam a receita pública. A receita pública é, pois, o conjunto de recursos financeiros que entram para os cofres estatais, provindos de quaisquer fontes a fim de ocorrer às despesas orçamentárias e adicionais do orçamento". (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, 14ª edição, Malheiros Editores, 2006, p.149)

Assim, a receita pública, é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.

No caso sob exame, esses valores já foram lançados, já fazendo parte da receita pública, configurando-se, pois, hipótese de renúncia de receita. Assim, para que seja possível a "anistia", será imprescindível a edição de lei formal, aprovada pela Câmara de Vereadores, sendo necessário ainda observar o disposto no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, in verbis:

"Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança."

A propósito, o conceito legal de anistia é dado pelo art. 180 e seguintes do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando:

I — aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele;

II — salvo disposição em contrário, às infrações resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas.

Art. 181. A anistia pode ser concedida:

I — em caráter geral;

I — limitadamente:

a) às infrações da legislação relativa a determinado tributo;

b) às infrações punidas com penalidades pecuniárias até determinado montante, conjugadas ou não com penalidades de outra natureza;

c) a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares;

d) sob condição do pagamento de tributo no prazo fixado pela lei que a conceder, ou cuja fixação seja atribuída pela mesma lei à autoridade administrativa.

Art. 182. A anistia, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei para sua concessão.

Parágrafo único. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

Diferentemente da remissão, prevista no art. 172 do CTN7, que abrange o crédito tributário como um todo, a anistia restringe-se apenas às infrações, atingindo, também, as penalidades eventualmente aplicadas. A anistia seria, portanto, o perdão legal de infrações, tendo como consequência a proibição de que sejam lançadas as respectivas penalidades pecuniárias.

Por implicar na ausência do recolhimento de valores aos cofres estatais, a concessão de anistia representa verdadeira RENÚNCIA DE RECEITA, conforme previsão no art. 14, § 1º, da LRF, acima transcrito. Por essa razão, assim como o faz para os incentivos e benefícios fiscais, a Constituição, em seu art. 165, § 6º, exige que a lei orçamentária anual seja acompanhada de demonstrativo regionalizado do efeito sobre as anistias. Da mesma forma, prevê, em seu art. 150, § 6º 9, a necessidade de lei específica e exclusiva para sua outorga.

Cumpre destacar que, com a anistia, apesar de se ter uma redução do valor do débito, tem-se um verdadeiro estímulo ao pagamento de quantias que, por razões de eficiência e economicidade, provavelmente não seriam cobradas judicialmente.

Assim, quando o devedor aproveita o desconto concedido para quitar suas obrigações e ficar em dia com o fisco, pode-se dizer que houve um efeito positivo da anistia, uma vez que:

1. Sua concessão anteciparia o recebimento de créditos que poderiam levar anos de discussão judicial, correndo-se, ainda, o risco de o Estado obter pronunciamentos desfavoráveis, tendo de arcar com os honorários advocatícios de sucumbência;
2. Quando o contribuinte encontra-se em estado quase total de insolvência, dificilmente o Estado localiza bens passíveis de penhora;
3. Quando o Estado perdoa apenas a penalidade, apesar de reduzir ainda mais o valor do débito, estimula-se o pagamento.

Segue-se, assim, a lógica do melhor pouco que nada.

É este o entendimento defendido por Brasil (BRASIL. Custo versus benefício. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/bestcars/colunas2/q188.htm>. Acesso em: 01/08/2008), para quem:

"A anistia é medida que, muito embora carregue um certo ar de injustiça, representa também uma medida tipicamente administrativa e racional, em que é necessário assumir uma perda para que o ganho não represente uma perda ainda maior. No fim, tudo se resume pela relação existente entre custo e benefício".

Assim, com o advento do novo direito financeiro, todas as desistências fiscais devem preceder de medida cautelar fiscal, além da isenção de caráter não-geral (anistia, remissão, subsídios, crédito presumido e redução discriminada de alíquotas e da base de cálculo) demandam não apenas previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e em lei específica autorizativa (art. 150, § 6º, da CF) - solicitam mais - no interesse da disciplina fiscal, precisam atender as seguintes condições:

a) estimativa do impacto orçamentário e financeiro da renúncia fiscal, durante três exercícios financeiros;

b) declaração de que a renúncia não afeta as metas fiscais da LDO; e

c) aumento compensatório de tributo diretamente arrecadado pelo Município.

O não atendimento dessas condições levará ao apontamento pelo Tribunal de Contas do Estado e responsabilização do gestor público.

Nesse sentido,
TCE/SC
Processo: CON-00/06521215
Parecer: COG-007/01

Decisão: 620/2001
Origem: Prefeitura Municipal de Três Barras
Relator: Conselheiro Otávio Gilson dos Santos
Data da Sessão: 18/04/2001
Data do Diário Oficial: 19/06/2001
(grifamos)
[...]

4. A concessão de benefícios de natureza tributária, tais como desconto para pagamento de tributos, isenções e anistias, caracteriza renúncia de receita e sua instituição depende do atendimento dos requisitos previstos no art. 4º, § 2º, inciso V, art. 5º, inciso II, e art. 14 da Lei Complementar nº 101/00, ou seja, previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Anexo de Metas Fiscais, previsão na Lei do Orçamento, estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que se efetivar a renúncia e nos dois seguintes e demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária (art. 12), e não afetará as metas de resultados fiscais previstas no Anexo de Metas Fiscais da LDO ou que foram adotadas medidas de compensação, no exercício de início da sua vigência e nos dois seguintes, através do aumento de receita por elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, neste caso, observadas as exigência do § 2º do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

TCE/SC
Processo: CON-01/01144326
Parecer: 699/01
Decisão: 234/2002
Origem: Prefeitura Municipal de São Miguel do Oeste
Relator: Conselheiro Luiz Roberto Herbst
Data da Sessão: 06/03/2002
Data do Diário Oficial: 26/04/2002

De acordo com o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, é cabível a concessão de benefícios tributários, mesmos que estes impliquem em renúncia de receita, desde que: a) o benefício ou incentivo esteja acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que for iniciar sua vigência e nos dois seguintes; b) a criação do benefício ou incentivo atenda ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias; c) o incentivo ou benefício seja considerado na estimativa da receita da Lei Orçamentária (art. 5° II), na forma do artigo 12 da LRF, devendo o Poder Público demonstrar que tais incentivos ou benefícios não afetarão as metas de resultado previstas no anexo de Metas Fiscais da LDO (art. 4°, § 2°, V); ou d) a concessão do benefício ou incentivo esteja acompanhada de medidas de compensação (para o exercício em que iniciar sua vigência e nos dois seguintes) por meio de aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição;

A renúncia de receita compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado;

Os benefícios tributários concedidos antes da LRF permanecem em vigor até que outra lei de mesma hierarquia venha a revogá-los ou que expire o prazo de concessão. Mas a eventual prorrogação efetivada após o advento da LRF requer atendimento à exigência desta. A Lei Complementar fixa normas somente para as novas concessões e ampliações de benefícios fiscais, com aplicabilidade a partir da vigência da Lei;

A prorrogação de benefícios concedidos antes da LRF considera-se como renúncia de receita da LRF, pois se entende como concessão de novos benefícios e, portanto, submetida aos ditames da lei em tela;

Caso a concessão do incentivo ou benefício de natureza tributária, que resulte em renúncia de receita, esteja acompanhada de compensação (art. 14, inciso II), o benefício ou incentivo somente entrará em vigor quando tais medidas forem implementadas;

Como as medidas de compensação definidas na LRF estão sujeitas ao princípio da anterioridade, conforme artigo 150, III, b, da Constituição Federal de 1988, os benefícios ou incentivos concedidos também devem obediência àquele princípio; Vencidos os prazos de vigência de benefícios concedidos antes da entrada em vigor da LRF, ficam suspensos até edição de novo ato legal de concessão ou prorrogação uma vez cumpridos os requisitos da Lei ou após a entrada em vigor das medidas de compensação, quando for o caso.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

TCE/SC
Processo: CON-02/00981200
Parecer: COG-706/02
Decisão: 217/2003
Origem: Prefeitura Municipal de Curitibanos
Relator: Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall
Data da Sessão: 17/02/2003
Data do Diário Oficial: 28/05/2003

Os programas de recuperação fiscal são uma tendência da Administração Federal, Estadual e Municipal e se destinam a possibilitar o contribuinte a adimplir, de forma parcelada, a dívida que possui perante o ente público.
A concessão de anistia, remissão e isenção, ao teor do art. 150, §6º, da CF, depende de lei específica que regule exclusivamente as matérias, além dos requisitos estabelecidos nos arst. 4º, §2º, V, 5º, II, e 14; todos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

TCE/RS

Tipo Processo CONSULTA
Número 006981-02.00/01-2
Anexos 000000-00.00/00-0
Data 31/10/2001
Publicação 30/11/2001 Boletim 774/2001
Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO
Relator CONS. PORFÍRIO PEIXOTO
Gabinete GAB. PORFÍRIO PEIXOTO
Origem EXECUTIVO MUNICIPAL DE CAPÃO DA CANOA
EMENTA: LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.

Renúncia de receita. Redução de multa e juros de mora incidentes sobre débitos tributários. Estimativa do impacto orçamentário financeiro. Necessidade de medidas compensatórias.

A Corte de Contas Paulista não destoa desse entendimento. Nos julgados abaixo, podemos observar que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vem determinando que os Municípios procedam a efetiva recuperação dos créditos inscritos em dívida ativa, mas em se tratando de renúncia de receita, que observem a legislação pertinente. Vejamos:

"[...] Em exame as contas anuais do exercício de 2009 da Prefeitura Municipal de LAGOINHA cuja fiscalização "in loco" esteve a cargo da UR/11 - Guaratinguetá. No relatório de fls. 10/94, as impressões e os pontos destacados na conclusão dos trabalhos pela Auditoria referem-se aos seguintes itens: [...] ITEM 2.1.2 - RENÚNCIA DE RECEITAS: - renúncia de receita, através da Lei Municipal nº 686/2009 concedendo 50% de desconto sobre multas e juros de mora, a qual estava desacompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que iniciou sua vigência e nos dois seguintes, da demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, e de medidas de compensação, o que contraria o estabelecido no Artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal; [...] Recomendação. [...] Determino, à margem do parecer, a expedição de ofício ao Executivo Municipal a fim de que proceda a efetiva recuperação dos créditos inscritos em dívida ativa".

(Proc. n. TC-000460/026/09; Primeira Câmara; Sessão de 05.04.2011; ITEM 128; Origem: Prefeitura Municipal de Lagoinha; Auditada por: UR-14 - DSF-II; Relator: Conselheiro Fulvio Juliao Biazzi) (grifamos)

"[...] Em exame as contas da Prefeitura Municipal de Nova Europa, relativas ao exercício de 2008. Ao concluir o Relatório, Auditoria apontou as seguintes ocorrências: [...] Renúncia de Receitas (ausência de estimativa de impacto orçamentário-financeiro); [...] Diante do exposto, voto pela emissão de parecer desfavorável às contas da Prefeitura do Município de Nova Europa, relativas ao exercício de 2008, excetuados os atos pendentes de julgamento pelo Tribunal. Recomende-se ao atual Administrador [...] elaboração de estimativa de impacto orçamentário-financeiro; [...]"

(Proc. n. TC-001656/026/08; Segunda Câmara; Sessão de 20/07/2010; ITEM 60; Origem: Prefeitura Municipal de Nova Europa; Auditada por: UR-13 – DSF-II; Relator: Conselheiro Renato Martins Costa) (grifamos)

"[...] Trata-se do exame das contas do Prefeito Municipal de Rio Claro, referentes ao exercício de 2008. [...] 2.1.2 – Renúncia de Receitas: • Renúncia de receitas desprovidas dos requisitos contidos no art. 14 da LRF. [...] Recomendação.

(Proc. n. TC-001685/026/08; Segunda Câmara; Sessão de 09/11/10; ITEM 63; Origem: Prefeitura Municipal de Rio Claro; Auditada por: UR-10 - DSF-II; Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues) (grifamos)

Muito bem, diante de todo o exposto, este Centro de Estudos da Administração Pública, respondendo objetivamente ao questionamento do consulente, assevera que a situação apresentada de concessão de desconto de juros e multa de débitos tributários configura renúncia de receita e como tal, para que seja realizada, deve observar os requisitos contidos no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme demonstrado alhures.

Por fim, destaca que a Corte de Contas Paulista vem determinando que os Municípios procedam a efetiva recuperação dos créditos inscritos em dívida ativa, mas em se tratando de renúncia de receita, que observem os requisitos contidos no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

É o Parecer!

F.N.C.R. R.V.O.

**Fonte: Grifon Brasil**