Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

PROTOCOLO Nº: 203970/09
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS DO SUL
INTERESSADO: LUIZ ADYR GONÇALVES PEREIRA
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 8121/10

Ementa: Consulta. Possibilidade de conversão pecuniária de licença especial. Legislação de regência incompatível com Lei Orgânica municipal. Inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal no processo legislativo. Pela possibilidade de ser indenizado o servidor quando a Administração obsta a fruição da licença especial (responsabilidade objetiva estatal, com direito de regresso em face do agente que atua com dolo ou culpa). Necessidade de expressa previsão legislativa (lei em sentido formal, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo) para a conversão em pecúnia da licença especial. Adequação ao limite de despesas com pessoal. Conflito de leis que se resolve em favor da Lei Orgânica. Nulidade de pleno direito da legislação de regência que, criando despesa com pessoal, não foi precedida de estimativas do impacto orçamentário-financeiro.

1. Relatório

Cuida-se de Consulta (fls. 02/03) formulada por Luiz Adyr Gonçalves Pereira, Prefeito Municipal de São Mateus do Sul, que tem por objeto a aplicação da legislação municipal pertinente à *conversão pecuniária de licenças especiais não gozadas pelos servidores municipais*.

Notícia o consulente que a Lei Orgânica municipal vedava expressamente a hipótese de conversão de férias ou de licenças em dinheiro, norma que restou alterada com a Emenda nº 25, de 11/12/2008, permanecendo a restrição referente à conversão de férias. Nada obstante, anteriormente à referida Emenda, fora promulgada legislação retificadora do Estatuto dos Servidores, mediante a qual se previu a conversão pecuniária de licença especial. Adita o gestor, o projeto de lei que culminou nessa alteração não foi acompanhado das necessárias estimativas do impacto orçamentário-financeiro.

Assim, o questionamento é formulado nos seguintes termos: *“primeiro, no aspecto da hierarquia das leis, se a concessão introduzida pela LC 030/07 prevalece sobre a restrição, à época vigente, estabelecida na LO do município; segundo, se cabe nulidade da LC 030/07 por descumprimento dos Arts. 15 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal”*.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

A Consulta vem acompanhada do necessário parecer jurídico local (fls. 04/05), no qual o Procurador do Município, Dr. Rodrigo Golombieski Siben, OAB/PR 39.411, aponta duas soluções jurídicas opostas: a impossibilidade de conversão pecuniária, em virtude da prevalência da Lei Orgânica sobre a Lei Complementar posterior; ou a possibilidade, amparada na vedação ao enriquecimento sem causa da Administração, restringindo-se a conversão às licenças especiais adquiridas nos últimos cinco anos de exercício do servidor.

Anexaram-se ao expediente cópias dos seguintes diplomas legislativos municipais: Lei Complementar nº 02/94 (fls. 06/45); Lei Complementar nº 30/07 (fls. 46); Lei Orgânica e respectivas Emendas (fls. 47/158).

Distribuídos os autos ao Relator, Conselheiro Nestor Baptista, foi realizado o juízo de admissibilidade por meio do Despacho nº 960/09 (fls. 161), determinando-se o encaminhamento à Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, conforme o § 2º do artigo 313 do Regimento Interno, bem como à Diretoria de Contas Municipais e ao Ministério Público de Contas, para manifestação.

A Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca informou (fls. 162/163) a existência de processos de Consulta versando sobre o tema, advertindo que *“o Tribunal decidiu pela possibilidade de conversão de licença-prêmio não gozada em pecúnia, desde que exista permissivo legal, solicitação formulada pelo servidor e interesse público”*.

Por sua vez, a Diretoria de Contas Municipais, mediante o Parecer nº 03/09-DCM (fls. 164/174), reiterou os termos do Acórdão nº 568/09-Pleno, proferido nos autos de Consulta nº 638531/09, aduzindo, em síntese, que o enfrentamento da questão pelo Tribunal *“soterra de vez até mesmo a adversão do direito com base na falta da projeção do impacto orçamentário”*, pois a conversão de licença especial em pecúnia independeria de previsão legal.

2. A jurisprudência recente do Tribunal de Contas: dos fundamentos invocados na Consulta nº 638531/08

Inicialmente, cumpre observar que a presente Consulta versa sobre aplicação concreta de lei municipal, o que afastaria, num primeiro momento, sua análise. Todavia, é de se ressaltar que a matéria objeto de questionamento contempla relevante interesse público, pois se relaciona aos gastos com pessoal pela Administração Pública – fato certamente observado pelo Nobre Relator –, razão pela qual é possível respondê-la em tese.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

Nesse contexto, somos instados, de forma introdutória, a problematizar os fundamentos invocados na Consulta nº 638531/08, sobretudo em vista da importância paradigmática que tal precedente assumiu, a ponto de a unidade técnica repetir os seus estritos termos e asseverar, expressamente, a desnecessidade de aplicação de normas cogentes previstas na legislação financeiro-orçamentária.

É preciso, pois, destacar os fundamentos invocados naquele julgado, esclarecendo-se sua extensão no ordenamento jurídico pátrio e conformando-os à realidade que se apresenta.

O Acórdão nº 568/09-Pleno, proferido naqueles autos, de relatoria do Auditor Thiago Barbosa Cordeiro, sustentou-se, em grande medida, na Instrução nº 121/09-DCM, manifestação conclusiva que objetivou consolidar opinativos anteriores (das unidades técnicas do Tribunal e deste *Parquet*), conformando-os à jurisprudência nacional – notadamente, do Superior Tribunal de Justiça. Então, a reflexão dos fundamentos utilizados naquele *decisum* perpassa, por certo, a análise da referida Instrução.

Em primeiro lugar, destacou-se que a conversão pecuniária de licença especial não gozada independeria de previsão legal, assentando-se na cláusula geral de responsabilidade objetiva do Estado (artigo 37, § 6º do Texto Constitucional) e na vedação ao enriquecimento ilícito da Administração, que se apropriaria, do contrário, do “afastamento remunerado” do servidor. Tal conclusão restou assim descrita:

I- A possibilidade de concessão de licença-prêmio depende de previsão em lei. Existindo tal previsão, contudo, **a conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia independe de previsão legal.** (Grifamos.)

Paradoxalmente, consignou-se que a concessão de licença-prêmio é ato administrativo discricionário, e, portanto, lícito – embora se tenha concluído pela responsabilidade estatal daí decorrente:

II- A concessão da licença-prêmio é **sujeita à conveniência da Administração**, que pode negá-la ou deferi-la no momento que entender oportuno, ainda que o servidor acumule mais de uma licença-prêmio não gozada. (Grifamos.)

Ainda, sustentou-se que a responsabilização estatal somente seria possível com o rompimento do vínculo entre o servidor e a Administração:

III- O direito à conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada nasce apenas quando o servidor torna-se inativo ou quando deixa o serviço público.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

Finalmente, descartando-se a possibilidade de que a conversão se realizasse independentemente de requerimento do interessado, registrou-se a preocupação com a adequação orçamentária do pagamento:

V- O pagamento do equivalente da licença-prêmio não gozada depende de prévia previsão orçamentária e **adequação ao limite com despesas de pessoal fixado na Lei de Responsabilidade Fiscal.** (Grifamos.)

2.1 A cláusula constitucional de responsabilidade civil objetiva do Estado

Em que pese a extensa análise efetuada pela unidade técnica, entendemos que a abordagem restringiu-se a apenas uma das possibilidades de conversão pecuniária de licença especial e a admitiu como única, o que conduziu a conclusões equivocadas.

É incontroverso, no entendimento jurisprudencial já firmado, que a licença especial constitui-se em espécie de “premiação” concedida ao servidor que, durante determinado lapso temporal de efetivo exercício, demonstra assiduidade. Faz-se imprescindível sua **expressa previsão legislativa**, integrando o **regime jurídico** próprio dos servidores públicos – especialmente, porque sua concessão geralmente se relaciona à *efetividade* e à *estabilidade no serviço*¹.

Nesse passo, não é demais ressaltar a **legalidade** como fundamento ao benefício. Isso porque, como é cediço, a Administração Pública está vinculada à prática dos atos previstos em lei (artigo 37 da Constituição Federal), não lhe sendo facultados os atos meramente não-vedados – ao contrário do que ocorre com os particulares.

Esta é, verdadeiramente, **garantia dos cidadãos**, conquistada com o constitucionalismo moderno, e mecanismo geral de **contenção do poder estatal** – que, afinal, é, desde o Iluminismo, entendido como o poder da totalidade dos indivíduos que compõem o Estado.

Não se pode mitigar tal compreensão e facultar a realização de atos à Administração Pública sem o respectivo fundamento legal – tamanha a importância que a legalidade ocupa na racionalidade pública –, sob pena de violarmos o fundamento também contra a cidadania.

Além disso, a falta de um critério objetivo que permita a uniformidade de tratamento a todos os cidadãos – justamente o que se busca garantir com a legalidade

¹ Cite-se, a título exemplificativo, que o artigo 247 do Estatuto dos Servidores Estaduais, Lei nº 6.174/1970, dispõe expressamente que a licença especial deve ser concedida “ao **servidor estável**”. Ainda, importante ressaltar manifestação que se colhe da Ementa do Recurso Ordinário nº 25996/PR, que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça: “Salvo na hipótese excepcional prevista no art. 19 do ADCT, a efetividade é pressuposto necessário da estabilidade (...)”.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná Procuradoria-Geral

– importará, certamente, na violação de outros princípios constitucionais igualmente importantes, dos quais citamos a **impressoalidade**, a **moralidade** e a **isonomia**.

Repise-se, então, a incontestável necessidade de previsão legal para a concessão de licença especial. Este assento legislativo deve prever os **requisitos para implementação do direito**, mas o **tempo para sua concessão fica sujeito à conveniência do serviço público**, o que se fundamenta nos princípios que informam o regime jurídico administrativo – a finalidade, a supremacia do interesse público sobre os privados, a continuidade do serviço, entre outros.

Frise-se, nesse contexto, que o direito à licença especial se implementa desde logo, cumpridos os seus requisitos legais; o que se restringe é o período para o gozo.

Tais assertivas em nada diferem do opinativo lançado anteriormente pela Diretoria de Contas Municipais e tampouco se contrapõem a outros pareceres já firmados pelo Ministério Público de Contas, e que acompanham a jurisprudência nacional, uniforme nesse aspecto.

Da análise dos julgados colacionados pela unidade instrutiva em sua manifestação paradigmática, bem como do Acórdão que a acompanhou, verificamos que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se alinha à possibilidade de conversão pecuniária de licenças especiais não gozadas, firme na cláusula constitucional de responsabilidade objetiva estatal.

Não obstante se evidenciar que aquela Corte admite tal conversão como *possibilidade*, não se pode olvidar das circunstâncias fático-jurídicas que ensejam o pagamento em dinheiro, sob pena de transformarmos seu caráter *indenizatório* em *compensatório*.

Com efeito, estabelecemos como premissa que o tempo para fruição da licença especial por parte do servidor se submete à discricionariedade da Administração. Portanto, temos que mais de uma escolha administrativa encontrará adequação legal, configurando-se **ato lícito**. Na didática lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”².

Dessa forma, não há que se cogitar da responsabilização estatal pelo simples atuar administrativo amparado na lei, sem que se evidencie **dano** e **nexo de causalidade**, institutos fundamentais da responsabilidade civil. E se compete à Administração a escolha do momento oportuno para o gozo da licença especial pelo

² *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

servidor, conclui-se que **somente haverá dano caso o benefício seja efetivamente obstado.**

A comprovação do dano e do nexo de causalidade compete ao interessado, admitindo-se, todavia, que o respectivo pagamento indenizatório seja realizado independentemente de interpelação judicial, atendendo o comando inequívoco do § 6º do artigo 37 da Constituição da República.

Nessa ordem de ideias, a conversão em pecúnia de licença especial não gozada, sob esse fundamento, somente pode ser perquirida **após o rompimento do vínculo funcional** estabelecido entre servidor e Administração (seja por inativação ou por qualquer outra causa), pois enquanto em atividade o servidor poderá gozar de licenças especiais cujo direito tenha implementado.

Também é decorrência jurídica desse pressuposto ser **ato vinculado a concessão de licença especial quando o tempo correspondente ao seu gozo é equivalente ao tempo necessário para que o servidor adquira o direito à inativação**, sob pena de responsabilidade do Estado. Isso porque aposentado o servidor já adquirido o direito, não mais terá condições de gozar da licença especial, que corresponde a um afastamento do exercício.

Resta evidente, nessa linha de raciocínio, o **caráter indenizatório** do pagamento em dinheiro correspondente às licenças especiais não gozadas por *óbice* oposto pela Administração.

2.2 Da prescrição da pretensão ao pagamento do correspondente indenizatório

Definida a possibilidade de pagamento em dinheiro do equivalente à licença especial não gozada com fundamento na **responsabilidade civil objetiva do Estado**, necessário o enfrentamento do tema da **prescrição** da pretensão ao recebimento desse montante pelo servidor – que, evidentemente, não pode se prostrar infinitamente no tempo.

O instituto da prescrição, como se sabe, é **matéria de ordem pública**, a ser reconhecida e declarada de ofício, a qualquer tempo, pela Administração ou pelo Judiciário, pois fulmina a exigibilidade do direito pelo “encobrimento da eficácia” – na expressão de Pontes de Miranda – da **pretensão** a ele correspondente. Sua previsão atende ao fundamento político da estabilidade e da segurança jurídica, e sua existência está condicionada à **inação do titular do direito por determinado lapso temporal** (sempre previsto na legislação).

Nessa exata medida, a fim de fixarmos o **prazo prescricional** para que o interessado requeira a satisfação de sua pretensão indenizatória, é imperativo

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

observamos as disposições pertinentes à prescrição na respectiva legislação de regência – artigo 109 da Lei Complementar nº 02/1994 do Município consulente (fls. 27/28).

Quanto ao **termo inicial** da prescrição, deve-se sustentar que o prazo tem início com a inativação do servidor ou com o seu desligamento do serviço público. Isso decorre do poder discricionário de que dispõe a Administração Pública para conceder-lhe o gozo da licença especial durante a atividade. E o dano (correspondente ao óbice oposto pelo Estado para a fruição do benefício) somente se evidencia quando se torna impossível ao servidor o exercício do direito à licença especial – o que, como já se afirmou, ocorre somente com seu desligamento da atividade.

Frise-se: não se está a admitir que o servidor, devido à simples previsão legislativa da licença especial, tenha direito à conversão pecuniária do benefício com a superveniência de sua aposentadoria; ao contrário, sustenta-se que, a partir de então, se a Administração lhe impediu a fruição da licença durante a atividade (e somente nesse caso), nasce a pretensão ao recebimento de montante indenizatório, com fundamento na responsabilidade objetiva estatal. E do surgimento dessa pretensão, corre o prazo prescricional da sua exigibilidade.

2.3 Da necessidade de se coibir o comportamento danoso

A principal preocupação que vem à tona com a conclusão acima delineada refere-se à possibilidade de desvirtuamento do instituto da responsabilidade civil objetiva, verdadeira garantia constitucional, com o propósito de transformar a hipótese excepcional de conversão pecuniária em regra, independentemente de previsão legal.

A dificuldade daí resultante é que se *“transforma uma obrigação de fazer em uma obrigação de dar, acarretando, portanto, ônus para o próprio Estado; acarretando aumento de despesas, considerada a folha de pessoal, sem que haja iniciativa do Chefe do Poder Executivo”*, como observou o Ministro Marco Aurélio no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 227/RJ, perante o Supremo Tribunal Federal.

Urge destacar, nesse contexto, que a cláusula constitucional de responsabilidade objetiva assegura o **direito de regresso** em face do agente público que causou o dano com **culpa** ou **dolo**³. E, embora a dificuldade de exercício desse direito estatal resida na comprovação do elemento subjetivo, trazemos à discussão alguns aspectos que podem balizar a atuação do gestor e dos órgãos de fiscalização.

³ Dispõe o artigo 37, § 6º da Constituição: “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 ou culpa**” (grifamos).

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná Procuradoria-Geral

Em primeiro lugar, evidentemente que os casos de dolo do gestor demandam o exercício do direito de regresso. O elemento subjetivo restaria afastado se **efetivamente comprovada a necessidade do serviço** motivadora do indeferimento do gozo da licença especial no período requerido. Subsistiria, todavia, na situação do gestor que, para beneficiar deliberadamente o servidor com o correspondente pecuniário, negasse-lhe o gozo do benefício.

De outro lado, a ação culposa do gestor seria de mais difícil identificação, sobretudo em face das circunstâncias concretas que demonstrariam atuação negligente ou imprudente. Como *critério geral*, entretanto, sem a pretensão de encerrar o debate ou de formular qualquer juízo de tipicidade, poderíamos entender que seria *razoável* ao gestor, na impossibilidade de concessão do gozo quando requerido, definir o período para tal no **exercício financeiro subsequente**, podendo prorrogá-lo para, no máximo, o exercício posterior a esse.

Explicamos: sabe-se que a legislação financeiro-orçamentária compõe um sistema voltado ao planejamento das ações da Administração, prevendo o ano civil como unidade periódica básica para a definição do orçamento (artigo 165, inciso III da Carta da República). É nesse lapso que a Administração planeja suas ações com vistas à realização da despesa no exercício seguinte, ao passo que executa as disposições orçamentárias previstas no exercício anterior.

Ao cogitar-se da hipótese de impossibilidade de concessão do gozo de licença especial pela afetação do serviço, temos que no exercício posterior o gestor, sabendo do implemento do direito pelo servidor, terá plenas condições de resolver o problema administrativo resultante do afastamento, utilizando-se dos instrumentos jurídico-administrativos adequados (por exemplo, planejar a contratação temporária de funcionário visando suprir a falta do outro). E como o planejamento é feito sempre para o exercício subsequente, nada mais razoável que estabelecer este período para a concessão do gozo requerido.

Reiteramos, por oportuno, que não pretendemos lançar esse critério como panaceia para a verificação da culpa do gestor, tampouco encerrar o debate a esse respeito. Nada obstante, entendemos que a construção de um critério objetivo contribui para a orientação da Administração Pública na resolução de suas dificuldades operacionais, sem ocasionar dano aos administrados, com o que não se violaria a natureza jurídica de um benefício legal (a licença especial).

Sugerimos, portanto, a adoção desse critério por essa Egrégia Corte, seja na resposta à presente Consulta, seja na suas demais competências de controle externo, buscando a **responsabilização do gestor que, atuando culposa ou dolosamente,**

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

obste a fruição de licença especial pelos servidores a ele subordinados, do que derivará a necessidade de pagamento pecuniário do correspondente indenizatório.

2.4 Da necessidade de previsão legislativa para a conversão pecuniária de licença especial

Os fundamentos até agora invocados demonstram a possibilidade de pagamento em pecúnia do equivalente aos períodos de licença especial não gozados pelo servidor, amparada na previsão constitucional de responsabilidade objetiva estatal, quando efetivamente a Administração inviabilizar a fruição do benefício, causando dano ao interessado.

Tais argumentos coadunam-se, em termos gerais, com a exposição feita pela Diretoria de Contas Municipais em sua Instrução nº 121/09. Entretanto, conforme alertamos anteriormente, equivocou-se aquela unidade ao reduzir a regra a essa hipótese excepcional.

Com efeito, parece-nos indubitável que a chamada “conversão” em pecúnia de licença especial depende de **expressa previsão legislativa** (*lei em sentido formal*) autorizadora. Mais: a iniciativa do projeto de lei que preveja essa hipótese compete, por força constitucional, **privativamente ao Chefe do Poder Executivo** do ente federativo.

Trata-se, em verdade, de situações diversas, que merecem tratamento igualmente distinto. Nesse sentido, é elucidativa a seguinte jurisprudência colhida do Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁴:

ADMINISTRATIVO – LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA – CONVERSÃO EM PECÚNIA – APOSENTADORIA – PEDIDO ADMINISTRATIVO – SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO – PRETENSÃO INDENIZATÓRIA – DIREITO RECONHECIDO – VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO ALHEIO PELA ADMINISTRAÇÃO – SENTENÇA QUE REJEITA O PEDIDO EM FACE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LICENÇA-PRÊMIO POR QUEBRA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – VÍCIO INOCORRENTE – VANTAGEM EXPRESSAMENTE PREVISTA EM LEI E NÃO PROIBIDA PELA CONSTITUIÇÃO – APELO PROVIDO.

Conta-se **a partir da data da publicação do ato de aposentadoria** o prazo quinquenal de prescrição da pretensão do servidor público aposentado à obtenção de indenização de LICENÇA-PRÊMIO não gozada na atividade (...).

O servidor público que se aposenta tem direito à indenização dos períodos de LICENÇA-PRÊMIO que lhe foram concedidos na ativa, com base na legislação de regência e no implemento da condição temporal, se não usufruiu deles durante o exercício das funções do cargo (...). **Essa indenização não corresponde à “CONVERSÃO**

⁴ TJ-SC, 4ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 2007.028850-2, rel. Des. Jaime Ramos, DJ 24/01/2008.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

EM PECÚNIA” de parte da LICENÇA-PRÊMIO, que ocorre na ativa, por opção do servidor, quando a legislação a admite (o Estado de Santa Catarina a proíbe expressamente). (Grifamos.)

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal destacou, por reiteradas vezes, a necessidade de que a previsão da citada conversão pecuniária constasse de lei, cuja iniciativa compete ao Chefe do Executivo, visto que tal ato implica despesa ao Erário, havendo desembolso.

Nesse sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.887-1/SP, considerou procedente o pedido e declarou viciada norma de lei complementar que, mediante emenda apresentada na Assembléia Legislativa de São Paulo, alterou o estatuto dos servidores daquele Estado no que se refere à conversão pecuniária. Os fundamentos invocados para a declaração de inconstitucionalidade foram o **vício formal** (de iniciativa) e **material** (aumento de despesa).

A interpretação levada a efeito por aquela Corte é a de que **toda** a disciplina da licença especial (inclusive, sua eventual conversão em pecúnia) é alcançada pelo **regime jurídico dos servidores públicos**. Desse modo, o Texto Constitucional, no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea c, pressupõe a existência de lei reguladora da matéria, ao passo que revela a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (mantendo-se o princípio da simetria) para a proposição:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de **iniciativa privativa** do Presidente da República as **leis** que:

(...)

II - **disponham sobre:**

(...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu **regime jurídico**, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (grifamos).

Naquele julgado, o Ministro Marco Aurélio, relator do processo, destaca que a conversão em pecúnia de licença especial está compreendida no regime jurídico dos servidores porque se refere à *“satisfação de um direito dos trabalhadores, dos prestadores de serviço”*. E, prosseguindo, reflete o Ministro: *“Admito que possa haver a satisfação sob o ângulo indenizatório, quando o Poder Público inviabiliza o gozo da*

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

licença e ocorre, por exemplo, a aposentadoria. Agora, por iniciativa do prestador do serviço, de servidor público, como se ter a transformação?"

De fato, tais argumentos, aliados ao princípio da legalidade, constituem sólido fundamento à exigência de lei que preveja a transformação, sobretudo porque cria despesa ao Estado.

Não é demais destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela inconstitucionalidade de norma inserta em nossa Carta Estadual, a qual, na redação original do artigo 34, inciso XVIII, alíneas *a* e *b*, previa o direito à licença especial e a possibilidade de sua conversão em pecúnia, respectivamente.

O aresto restou assim ementado⁵:

1. FUNCIONALISMO. LICENÇA ESPECIAL E DIREITO A CRECHE. **INCONSTITUCIONALIDADE DOS ITENS XVIII E XXI DO ART. 34 DA CONSTITUIÇÃO DO PARANÁ, POR TRATAREM DE MATÉRIA SUJEITA A INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO (ART. 61, PAR. 1., "C" E "D", DA CARTA FEDERAL).** (...) 6. AÇÃO DIRETA JULGADA, EM PARTE, PROCEDENTE. (Grifamos.)

Importante trazer à colação excerto do voto do relator:

O conteúdo dos incisos XVIII (licença especial) e XXI (direito a creche), do art. 34 impugnado, incide naquilo que normalmente se insere na **iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo**, segundo o art. 61, § 1º, II, letras a e c, da Constituição Federal: **são disposições sobre servidores públicos e seu regime jurídico, com acréscimo, ainda que indireto, de remuneração e efetivo aumento de despesa pública.**

Há que indagar, todavia, se essa restrição, a que, sem dúvida está sujeito o processo legislativo ordinário dos Estados (como decorrência do princípio da separação dos Poderes), deve reputar-se igualmente aplicável ao legislador constituinte estadual, ao qual é infenso o poder de iniciativa do Poder Executivo.

(...) Quando todavia venha a imiscuir-se, a Assembléia, em minudências ou particularidades, próprias em substância do legislador ordinário, a assunção desses pormenores, pelo legislador constituinte estadual, afigura-se usurpadora da competência de iniciativa, inerente ao Poder Executivo. (Grifamos.)

E, de outro lado, também destacamos que a jurisprudência da Egrégia Corte de Contas gaúcha acompanha o posicionamento ora desenvolvido:

⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 175-2/PR, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 08/10/1993.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

EMENTA: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. CONHECIMENTO E NÃO-PROVIMENTO.

A conversão de licença-prêmio em pecúnia necessita de Lei autorizadora, não pode ser baseada em resolução.⁶

Em face dos fundamentos expostos, concluímos restar evidente o equívoco a que somos levados em uma interpretação literal do Acórdão nº 568/09-Pleno. Isso porque, admitindo-se que “a conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia independe de previsão legal”, violamos diretamente o princípio da legalidade e as disposições constitucionais que revelam a necessidade de lei para a regência do regime jurídico de servidores públicos.

A jurisprudência pátria, como se demonstrou, admite a possibilidade de conversão pecuniária apenas quando há a devida previsão legal. E, saliente-se, mesmo o pagamento do equivalente indenizatório (hipótese levantada na Consulta nº 638531/08) **não** prescinde de previsão legal: é que o fundamento encontra assento na cláusula constitucional expressa quanto à responsabilização objetiva estatal, em havendo o dano e o nexo de causalidade.

Cumprе salientar, finalmente, que não apresentamos óbices à última conclusão consubstanciada naquele Acórdão, qual seja: o “pagamento do equivalente da licença-prêmio não gozada depende de prévia previsão orçamentária e adequação ao limite com despesas de pessoal fixado na Lei de Responsabilidade Fiscal”. Ressalvamos, no entanto, que tal assertiva relaciona-se à necessidade de previsão legislativa à conversão pecuniária, não tendo sentido no contexto do pagamento do equivalente indenizatório da licença não gozada, que não se inclui nas despesas com pessoal da Administração Pública.

2.5 Síntese das conclusões

Demonstrados os aspectos das conclusões exaradas no Acórdão nº 568/09-Pleno contrários à ordem jurídica, sugerimos a manifestação dessa Egrégia Corte de acordo com os seguintes termos, no que se refere aos pressupostos para a resposta à presente Consulta:

- a) A possibilidade de concessão de licença especial deve ter assento legal, eis que integra o regime jurídico dos servidores públicos, constituindo-se direito do servidor quando existe tal previsão.

⁶ TCE-RS, Tribunal Pleno, Recurso de Reconsideração nº 008445-02.00/07-9, rel. Cons. Porfirio Peixoto, publicação 06/03/2009.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná Procuradoria-Geral

- b) O direito à fruição da licença especial pressupõe o atendimento dos requisitos legais que o implementam. Todavia, a Administração Pública tem discricionariedade quanto ao tempo para concessão/fruição da licença especial.
- c) Na impossibilidade de concessão imediata do benefício ao servidor, sugere-se que o período para o gozo seja definido no exercício financeiro subsequente, não podendo, de qualquer forma, ultrapassar o exercício posterior a este.
- d) Sobrevindo fato do qual decorra a extinção do vínculo de prestação de trabalho entre o servidor e a Administração Pública, tendo o prestador adquirido o direito ao gozo da licença especial pela implementação de seus requisitos legais, e a Administração tenha inviabilizado sua fruição, é cabível a indenização correspondente (artigo 37, § 6º da Constituição Federal). *Contrario sensu*, é vinculada a concessão de licença especial quando o tempo correspondente ao seu gozo é equivalente ao tempo necessário para a inativação do servidor.
- e) O prazo prescricional para a satisfação da pretensão à indenização referida na alínea anterior é o regido pela respectiva legislação, tendo por termo inicial a extinção do vínculo de trabalho entre o servidor e a Administração.
- f) Nas hipóteses em que é devido o pagamento indenizatório, impõe-se investigar a atuação culposa ou dolosa do responsável pela autorização do gozo da licença, objetivando-se o exercício do direito de regresso pelo Estado.
- g) A possibilidade de conversão pecuniária da licença especial depende de expressa previsão legislativa (lei em sentido formal, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo), porque se trata de regime jurídico de servidor público e dela decorrerá aumento de despesa ao Erário (artigo 61, § 1º, II, c, e artigo 63, I da Constituição Federal).
- h) Existindo autorização legal à conversão pecuniária da licença especial, o seu pagamento depende de previsão orçamentária e adequação ao limite com despesas de pessoal fixado na Lei de Responsabilidade Fiscal.

3. Particularidades quanto à legislação de regência do Município consulente

As considerações acima expendidas serviram-nos de fundamento (ou, antes, pressuposto) ao enfrentamento da questão específica correspondente ao Município de São Mateus do Sul.

Indica-nos o Prefeito municipal o conflito de lei complementar que, alterando o estatuto dos servidores, colidiu com disposição da Lei Orgânica municipal que vedava, originalmente, a conversão em pecúnia de licença especial. Posteriormente,

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

no entanto, a proibição da Lei Orgânica foi suprimida, restando dúvida quanto à aplicabilidade da inovação.

Ainda, questiona o consulente quanto à validade da legislação alteradora que não obedeceu aos requisitos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal para a geração de despesa obrigatória de caráter continuado.

3.1 A incompatibilidade de leis

Inicialmente, devemos levar em conta a **natureza jurídica da Lei Orgânica municipal**, diploma de exigência constitucional, disciplinador das competências municipais, da organização dos Poderes e das peculiaridades locais.

Nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁷:

Ela nada mais é do que a Constituição Municipal, que organizará a Administração e a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como sua competência comum (...).

E, adiante, a autora destaca o processo especialíssimo de sua elaboração, que lhe confere **rigidez**, previsto no artigo 29 da Constituição da República.

Disso é decorrência a supremacia, no ordenamento local, da Lei Orgânica em face das demais leis municipais, de sorte que aquele diploma estabelece até mesmo o processo legislativo para elaboração das leis inferiores.

Mesmo com essa 'equiparação' da Lei Orgânica municipal à Constituição, inexistente, no direito brasileiro, controle de constitucionalidade de leis ou atos municipais em face da respectiva Lei Orgânica. As situações de conflito resolvem-se, portanto, conforme as regras jurídico-hermenêuticas próprias.

Nessa conjuntura, é princípio interpretativo no conflito de leis o da **hierarquia**, vale dizer, a lei superior prevalece sobre a inferior. E, partindo-se dessa premissa, podemos verificar que, em princípio, a lei ordinária municipal (ou a complementar, quando existente) não é o instrumento apto a derrogar as disposições de Lei Orgânica, dada a superioridade hierárquica desta em face daquela.

O que nos conduz a outro argumento: como a Lei Orgânica reveste-se da característica da rigidez, vez que os procedimentos para sua edição observam a previsão constitucional correspondente, qualquer tentativa de alteração de normas estatuídas na Lei Orgânica municipal pela legislação ordinária configura clara inconstitucionalidade, em face da Carta da República.

⁷ *Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 109.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

Tal tese, entretanto, careceria de efetividade, devido ao controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais em face da Carta Maior restringir-se à via especialíssima da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

De outra banda, cumpre-nos esclarecer que a superioridade hierárquica da Lei Orgânica não garante sua aplicabilidade irrestrita, pois os temas por ela disciplinados não podem ser os reservados à legislação ordinária, sob pena de *vício de constitucionalidade*:

(...) pode-se admitir que a Lei Orgânica chame a si a disciplina de matérias não constantes do art. 29. Porém há que respeitar o campo reservado, constitucionalmente, à lei ordinária, sob pena de invalidade ou inconstitucionalidade.⁸

Nesse sentido, sendo de iniciativa privativa do Executivo a lei de regência do regime jurídico dos servidores públicos – como já vimos –, seria de se questionar a constitucionalidade da disposição na Lei Orgânica que vedasse a conversão pecuniária de licença especial.

Não obstante, há que se destacar que as normas jurídicas, em geral, gozam da **presunção de constitucionalidade**⁹, com sua invalidade condicionada à declaração pelos órgãos competentes, não obstante o **caráter retroativo**, em regra, da decisão de inconstitucionalidade.

Vemos, portanto, que **a incompatibilidade de lei complementar municipal com a respectiva Lei Orgânica resolve-se, em regra, em favor desta**, com fundamento no princípio da hierarquia de leis. Eventual inconstitucionalidade da disposição colidente precisa ser objeto do instrumento jurídico necessário para o seu controle de adequação ao ordenamento.

3.2 A adequação financeiro-orçamentária de alterações legislativas

A Lei Complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece em seu artigo 15 que serão consideradas **não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público** as despesas cuja geração não esteja em conformidade com os preceitos que se seguem. Dentre eles, destaca-se que o artigo 17 normatiza as exigências para a geração de *despesa obrigatória de caráter continuado*.

Tal modalidade abrange, sem dúvida, a despesa corrente que importa à Administração a obrigação legal de execução por um período superior a dois exercícios. É

⁸ FERRARI, Regina M. M. N. *Obra citada*, p. 118.

⁹ Como assevera Regina Ferrari, “levando em consideração que o direito deve regular os conflitos de interesse, fazendo prevalecer a ordem e a segurança, devemos presumir que toda norma jurídica é constitucional, isto é, válida, até que seja comprovada, pelos órgãos competentes, a existência de vício, de inconstitucionalidade” (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61).

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná Procuradoria-Geral

o caso, certamente, das despesas voltadas para cobrir a folha de pagamento dos servidores públicos, compreendendo seus respectivos encargos – incluindo-se o custeio da licença especial.

Nesse contexto, da conjugação do § 1º do citado artigo 17 com o estabelecido no inciso I do artigo 16, se mostra **imprescindível** que o ato legislativo que crie tal modalidade de despesa seja **precedido de estudos do impacto orçamentário-financeiro**, compreendendo não só o exercício em que deva o ato entrar em vigor, como os dois subsequentes. Ademais, devem ser observadas as disposições dos demais parágrafos do artigo 17.

A disposição legal é inequívoca, sobretudo em virtude da **consequência** de sua não-observância: dispõe o artigo 21, inciso I que o ato que provoque aumento de despesa com pessoal padece de **nulidade de pleno direito** se praticado em desconformidade com o estabelecido no artigo 17.

Não é outra a posição da doutrina:

A invalidade pressupõe que o ato foi praticado em desobediência a preceito constitucional ou legal. As normas traçam regras de competência, bem como exigências de forma ou de conteúdo que devem ser satisfeitas pelo agente administrativo. Caso as descumpra, o ato carece de fundamento e deve ser retirado do mundo jurídico. A falta de compatibilidade vertical entre o ato e a norma que lhe dá amparo impõe que seja ele eliminado do mundo do direito. Torna-o viciado e, pois, não pode subsistir. Qualquer aumento de despesa com pessoal que descumpra os arts. 16 e 17 da lei em análise, ou seja, onde não existir prévio estudo do impacto financeiro ou falta de dados para sua análise, será ato viciado.¹⁰

Insta ressaltar que **tal nulidade é absoluta**, não admitindo convalidação, nem se sujeitando à prescrição. Como destaca Regis Fernandes de Oliveira, essa nulidade **independe de declaração formal do Judiciário, podendo ser decretada pela própria Administração.**

A condição legal é requisito objetivo para que a legislação que crie despesa se aperfeiçoe, passando a preencher os planos de existência, validade e eficácia jurídicas. A análise do cumprimento de tais requisitos, portanto, tem início no próprio processo legislativo, cumprindo primeiramente à Casa Legislativa sua verificação e, em seguida, ao Chefe do Executivo, no momento da sanção. Posteriormente, sobrevindo eventualmente a edição da legislação ainda com o vício, a sua nulidade deve ser

¹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná

Procuradoria-Geral

declarada pela autoridade administrativa ou judiciária, eis que é invalidade absoluta, que opera efeitos de pleno direito.

Finalmente, vale destacar que a prática de ordenar despesa não autorizada por lei é tipificada na Lei nº 8.429/1992 como ato de improbidade administrativa, bem como configura crime, de acordo com o Código Penal brasileiro, na redação da Lei nº 10.028/2000.

4. Conclusão

Em razão do exposto, opina este Órgão Ministerial pela resposta à presente Consulta esclarecendo-se, preliminarmente, os pressupostos lançados na seção 2.4 do presente parecer, e, quanto ao seu mérito, nos seguintes termos:

- a) A incompatibilidade de lei complementar municipal com a respectiva Lei Orgânica resolve-se, em regra, em favor desta, com fundamento no princípio da hierarquia de leis. Eventual inconstitucionalidade da disposição colidente deve ser objeto do instrumento jurídico devido para o seu controle de adequação ao ordenamento;
- b) A inexistência de estimativas do impacto orçamentário-financeiro, na forma exigida no artigo 17, § 1º da Lei Complementar nº 101/2000, fulmina de pleno direito a validade do ato legislativo que cria despesa com pessoal, sendo de se reconhecer sua nulidade absoluta, sob pena de responsabilização por ato de improbidade administrativa e até mesmo penal do ordenador de despesas.

Curitiba, 13 de julho de 2010.

Laerzio Chiesorin Junior
Procurador-Geral

/RNB