

Porto Alegre, 12 de junho de 2023.

Orientação Técnica IGAM nº 13.718/2023

I. O Poder Legislativo do Município de Jóia encaminha para análise e orientações o Projeto de Lei nº 4.665, de 2023, de autoria do Poder Executivo, que tem como ementa: “Cria o Cemitério Municipal São Jorge”.

II. Preliminarmente, constata-se que a matéria da criação do Cemitério Municipal São Jorge foi analisada através da Orientação Técnica IGAM nº 9.354, de 20 de abril de 2023, por ocasião do Projeto de Lei nº 4.649, de 2023, do qual se emitiu a seguinte conclusão: a viabilidade sujeita-se aos ajustes recomendados nesta Orientação Técnica quanto à definição do uso do termo “perpétuo” e suas variações nos arts. 9º, 10, 11, 15 e 27, bem como quanto à definição sobre a forma de remuneração dos serviços, pois a taxa (art. 22) se refere ao serviço prestado diretamente pelo próprio Município e a tarifa ou preço público ao serviço quando é concedido a terceiros (art. 27, *caput* e parágrafo único, e no art. 29).

Em razão dos fundamentos jurídicos que abalizaram aquela análise quanto à competência legiferante do Município, à legitimidade da iniciativa do Executivo e à viabilidade material parcial do Projeto de Lei nº 4.649, de 2023, tais argumentos não serão repetidos, a fim de se evitar desnecessária tautologia.

Dito isso, passa-se a analisar especificamente o Projeto de Lei nº 4.665, de 2023. Constata-se que se trata de um texto bem mais sucinto em comparação com o anteriormente analisado. Porém, a principal diferença consiste em deixar a execução dos serviços funerários do Cemitério São Jorge ao decreto de regulamentação do Executivo.

A rigor, teoricamente, o Executivo pode tomar essa medida por meio de decreto, haja vista o disposto no art. 41, inciso IV, da Lei Orgânica Municipal:

Art. 41 – **Compete ao Prefeito Municipal, privativamente:**

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis como **expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução**; (redação dada pela Emenda à Lei Orgânica n.º 005, de 14-11-2003). (grifamos)

No entanto, em que pese o Executivo possa fazer isso, trata-se de uma situação não recomendável, pois deixa a matéria ao alvedrio de sua regulamentação em uma série de questões que abordam o direito civil (a propriedade do imóvel do Município destinado ao cemitério), o direito administrativo (a possibilidade de concessão do serviço a terceiros e as regras sobre utilização de bens públicos por terceiros como sepulturas), o direito ambiental (o licenciamento ambiental dos cemitérios) e o direito tributário (as taxas cobras pelos serviços prestados diretamente pelo Município, em contraposição à tarifa ou preço público se o serviço for concedido a terceiros).

Sendo assim, em eventual regulamentação da matéria por decreto alijará o Poder Legislativo de todas essas questões e decisões importantes, uma vez que o decreto regulamentador é uma espécie normativa privativa do Executivo, portanto, não sujeita à apreciação da Câmara Municipal.

Por oportuno, sobre a espécie normativa “Decreto”, existem dois tipos no direito brasileiro: o autônomo e o regulamentar. O primeiro consta da redação contida no art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal¹ e somente é cabível na ação administrativa que não implique em reflexo a direito consolidado por lei. É cabível no âmbito municipal pela aplicação do princípio da simetria.

Por outro lado, quanto ao decreto regulamentar, Celso Antônio Bandeira de Mello², assim leciona:

O texto Constitucional brasileiro, em seu artigo 5º, II, expressamente estatui que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude da lei**”.

Note-se que o preceptivo não diz “decreto”, “regulamento”, “portaria”, “resolução” ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. (grifou-se)

Portanto, apenas a lei pode criar, modificar ou extinguir direitos, ao passo que o regulamento, fonte secundária do direito em relação à lei, tem a função de torná-la operacional, quando for necessário.

Por mais que, pelo senso comum, lei e decreto pareçam iguais, são atos normativos distintos, com força e funções diferentes. Diferenças entre lei e decreto existem porquanto há uma hierarquia bem nítida entre as normas jurídicas de acordo com o art. 59 da Constituição Federal: a Constituição, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a

¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

² Curso de Direito Administrativo. 27ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 344.

medida provisória, o decreto, a resolução. Não dissertaremos neste parecer sobre as minúcias de cada espécie desses atos.

No que concerne à lei e ao decreto, deve ficar claro que a lei tem maior força normativa porque, para sua formação, concorrem conjuntamente o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Aquele, formado por parlamentares, discute e aprova o projeto de lei, e este, exercido pelo Presidente da República, Governador ou Prefeito, mediante a sanção, transforma em lei o projeto de lei aprovado pelo Legislativo. O decreto tem menor força normativa (para garantia dos governados, assim deve ser visto) porque não passa pela discussão e aprovação legislativa, é simplesmente elaborado e assinado pelo chefe do Poder Executivo, conforme o caso. Enquanto o processo de formação da lei chama-se processo legislativo, no decreto não há submissão a esse processo.

Contudo, a mais importante de todas as distinções entre a lei e o decreto é que a lei obriga a fazer ou deixar de fazer, e o decreto, não. É o princípio genérico da legalidade, previsto expressamente no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar alguma coisa senão em virtude de lei”. Conforme dito anteriormente, somente a lei pode inovar o direito, ou seja, criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações.

Seja para regulamentar a lei, criando os meios necessários para sua fiel execução, sem, contudo, contrariar qualquer das disposições dela ou inovar o direito, ou mesmo no caso do chamado decreto autônomo, o decreto só poderá ser *secundum legem* (segundo a lei) ou, no máximo, *praeter legem* (completa a lei); jamais poderá ser *contra legem* (contra a lei).

Trazendo as explicações sobre a diferença entre leis e decretos à presente discussão sobre a criação do cemitério municipal por meio de lei e a regulamentação da inteireza desta medida por um decreto, a título de exemplo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim se manifestou:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. ISENÇÃO DE TARIFAS DE TRANSPORTE COLETIVO. IDOSOS DE MAIS DE 65 ANOS, DEFICIENTES FÍSICOS E PESSOAS EM TRATAMENTO CONTINUADO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO REGULAMENTAR. **INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO EXECUTIVO SEM EMBASAMENTO LEGAL.** O Decreto Executivo nº 142/2003 do Município de Santa Maria regulamenta a concessão de gratuidade no transporte coletivo de Santa Maria para três grupos de pessoas, a saber: portadoras de deficiência, idosas e em tratamento continuado de saúde. Em relação aos dois primeiros grupos, o aludido decreto apenas regulamenta o modo como será deferido o benefício, que foi concedido pelos arts. 167 da Lei Orgânica do Município de Santa Maria e 1º da Lei Municipal nº 3.422/92. Logo, se ofensa houver, será ela reflexa e passa, inevitavelmente, pelo exame dos arts. 167 da Lei Orgânica do Município

de Santa Maria e 1º da Lei Municipal nº 3.422/92, normas que foram objeto de regulamentação pelo aludido decreto e cuja validade não foi questionada pelo proponente. No que tange às pessoas em tratamento continuado de saúde, o Decreto Executivo nº 142/2003 inova a ordem jurídica, pois não há lei no sentido material e formal a autorizar a instituição do benefício. A mera utilização da figura do poder regulamentar não serve para inibir a possibilidade da utilização, por parte dos prejudicados, dos mecanismos disponibilizados pelo controle concentrado de constitucionalidade, mais especificamente nos casos de regulamentos que inovam a ordem jurídica. **No particular, resta caracterizada a inconstitucionalidade**, pois, no Estado Democrático de Direito, que adota o Regime Republicano (CF/88, art. 1º) e o princípio da tripartição dos Poderes (CF/88, art. 2º), **somente a lei, em seu sentido formal e material, como ato do Parlamento - com exceção da medida provisória, nos casos em que é constitucionalmente admitida, e nas demais exceções constitucionais expressas decorrentes do poder constituinte originário - é que pode inovar a ordem jurídica, isto é, criar, modificar ou extinguir direitos. Os chamados regulamentos somente podem ser editados para a fiel execução da lei (CF/88, art. 84, IV), e mesmo assim não podem jamais ampliar ou diminuir o conteúdo da lei. Inconstitucionalidade reconhecida** com efeitos ex nunc, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99. AÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70017801440, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em: 23-04-2007) (grifos nossos)

Extraí-se da ementa de jurisprudência acima transcrita que o decreto somente regulamenta a lei. Ora, no entanto, se a lei pouco ou nada dispõe, como o decreto poderá regulamentá-la?

Ou seja, o decreto não poderá inovar em relação à lei. Por isso, é importante orientar que os atos eventualmente citados no texto de um decreto regulamentador devem constar também no texto da própria lei, pois assim o decreto apenas os repetiria como, de fato, deve ser.

Assim, a regulamentação será necessária para suprir lacunas que eventualmente não sejam possíveis de aferir no ato de criação do cemitério e da própria criação dos direitos decorrentes.

III. Diante de todo o exposto, em conclusão, respeitada a natureza opinativa do parecer jurídico, que não vincula, por si só, a manifestação das comissões permanentes e a formação da convicção dos membros desta Câmara e, ainda, assegurada a soberania do Plenário, opina-se que, teoricamente, estritamente a rigor do inciso IV do art. 41 da Lei Orgânica Municipal, o Executivo pode emitir decretos regulamentadores, inclusive para a criação do cemitério municipal, mas tal regulamentação não pode criar direitos, os quais não estão visíveis no sucinto texto do Projeto de Lei nº 4.665, de 2023.



Sendo assim, orienta-se a esta Câmara solicitar informações sobre a matéria ao Poder Executivo, através das medidas regimentalmente previstas, tais como pedidos de informações, convocação de autoridades, requerimentos, etc., para fins de deslinde de dúvidas e inconsistências em uma matéria tão relevante para toda a coletividade do Município.

O IGAM permanece à disposição.

Roger Araújo Machado
Advogado, OAB/RS 93.173B
Consultor Jurídico do IGAM