

Parecer nº 03/2018 – SEFAZ/SUBJUR/AJUPLAG – MSB

Marcelo Santini Brando

Proc. nº E-04/204/133/2017

Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Financeiro. (1) Minuta de decreto do Governador do Estado. Pretensão de alterar a estrutura administrativa e transformar cargos em comissão dentro da Subsecretaria de Estado de Receita, vinculada à Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento (SEFAZ). Interpretação dos arts. 48, incisos X e XI; 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’; 84, inciso VI, alíneas ‘a’ e ‘b’; e 88, todos da Constituição de 1988 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001. Entendimento oficial da PGE-RJ firmado no Parecer nº 02/2005-FDCB: possibilidade de criação de órgão e transformação de cargo público por meio de decreto, desde que sem aumento de despesa. Ressalva de entendimento pessoal.

(2) Lei de Responsabilidade Fiscal, Decreto estadual nº 45.786/2016 e Regime de Recuperação Fiscal (Lei Complementar nº 159/2017). (2.1) Exame de compatibilidade da minuta de Decreto que cria órgão e transforma cargo público sem aumento de despesa. Possibilidade com base no art. 8º, inciso II, da Lei Complementar nº 159/2017. Inexistência de óbices jurídicos. (2.2) Pretensão de admissão de pessoal para ocupar os cargos transformados. Interpretação sistemática do art. 8º, incisos II e IV, da Lei Complementar nº 159/2017, combinada com o Parecer nº 1/2016-CGRYN. Possibilidade.

(3) Remessa dos autos à PGE-RJ, conforme determinado na Orientação Administrativa PGE-RJ nº 4.

RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo que tem por objeto minuta de decreto que visa alterar “*a estrutura organizacional da Subsecretaria de Estado de Receita*”, prevista no Decreto Estadual nº 46.026, de 20 de junho de 2017 (fls. 05/07). O Subsecretário de Estado de Receita indicou que “*a reestruturação organizacional ora proposta objetiva assegurar maior eficiência aos trabalhos da Receita Estadual. Nesse sentido, propõe-se a criação, extinção e alteração da denominação de alguns órgãos vinculados à Subsecretaria de Estado de Receita*”. Apontou, logo em seguida, as alterações propostas, registrando a inexistência de aumento de despesa (fls. 03/04).

Especificamente sobre a “transformação” de cargos comissionados no âmbito da Subsecretaria de Receita (art. 2º, inciso I, da minuta), a Subsecretaria de Gestão de Pessoas – SUBGEP/SEFAZ, órgão técnico em matéria de pessoal, registrou que tal ajuste não implicará em aumento de despesas. No entanto, consignou que a medida encontra óbice no art. 6º, do Decreto Estadual nº 45.785/2016, cujo teor estabelece que “fica vedada a transformação de cargos em comissão”.

Em seguida, o processo foi encaminhado a este órgão jurídico para análise e manifestação jurídica, por força do art. 4º, inciso XI, do Decreto Estadual nº 40.500/2007. Para facilitar a exposição dos temas propostos, a consulta será desmembrada em tópicos apartados.

É o relatório. Passo a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

1) INTRODUÇÃO

Como mencionado no relatório, a minuta de Decreto de fls. 05/07 pretende promover a alteração da estrutura organizacional e transformar cargos em comissão da Subsecretaria de Estado de Receita, órgão integrante da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, a fim de “assegurar maior eficiência aos trabalhos da Receita Estadual” (fl. 03). Ambas as medidas são propostas com fundamento na interpretação de que o Chefe do Poder Executivo estaria constitucionalmente autorizado (art. 84, inciso VI, alínea ‘a’) a dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração estadual, desde que não implique aumento de despesa.

Este parecer é lançado no contexto do Plano de Recuperação Fiscal ao qual está sujeito o Estado do Rio de Janeiro ao aderir ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF) instituído pela União Federal por meio da Lei Complementar nº 159/2017 (LC nº 159/2017). Como detalhei no Parecer SEFAZ/SUBJUR/AJUPLAG nº 02/2018-MSB, o RRF tem a finalidade de permitir a correção dos desvios que afetaram o equilíbrio das contas públicas, por meio da implementação de medidas emergenciais e de reformas institucionais (art. 1º, § 2º, da LC nº 159/2017), afastando temporariamente a incidência de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – Ver, por exemplo: art. 10 e parágrafo único, da LC nº 159/2017) e autorizando a redução extraordinária integral das prestações de dívidas com a União Federal (art. 9º, da LC nº 159/2017), porém impondo a submissão às vedações do art. 8º, da LC nº 159/2017. Assim, a análise desta minuta de Decreto é feita levando-se em conta o imperativo de manter as práticas da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro em conformidade com o RRF, especialmente diante das consequências trágicas que adviriam em caso de exclusão por descumprimento (arts. 9º e 10, da LC nº 159/2017).

Este parecer é desenvolvido em três tópicos. O tópico 2 atende à Resolução PGE nº 2818/2010 e expõe a jurisprudência e precedentes da Procuradoria-Geral do Estado (PGE-RJ) existentes sobre o tema. O tópico 3 cuida da questão dos limites e possibilidades de o Chefe do Poder Executivo dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Pública, e analisa o caso adotando como premissa o entendimento firmado no Parecer nº 02/2005-FDCB. O tópico 4 tem a finalidade de abordar a adequação da minuta de Decreto com o Regime de Recuperação Fiscal da LC nº 159/2017, viabilizando o encaminhamento dos autos à Secretaria de Estado da Casa Civil em prosseguimento.

2) LEVANTAMENTO DE PRECEDENTES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO E DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RESOLUÇÃO PGE Nº 2818/2010)

Este parecer atravessa duas questões jurídicas complexas. A primeira diz respeito ao sentido e aos limites interpretativos dos dispositivos constitucionais que permite ao Chefe do Poder Executivo dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Pública. A segunda questão diz respeito à adequação da minuta de Decreto com o Regime de Recuperação Fiscal ao qual o Estado do Rio de Janeiro está vinculado. Não há entendimento firmado pela PGE-RJ sobre a segunda questão. Os Pareceres nº 01/2016-CGRYN, nº 01/2017-GW/PG-4 e 01/2017-CFTF conferiram o tratamento inicial aos problemas relacionados à ultrapassagem dos limites da LRF no Estado; os Pareceres SUBJUR/SEFAZ/AJUPLAG nº 01/2018-MSB e nº 02/2018-MSB deram continuidade ao trabalho de construção de um entendimento sobre a matéria da responsabilidade fiscal, porém avançando sobre as inovações trazidas pela LC nº 159/2017. Salvo equívoco, os pareceres ainda aguardam o visto da PGE-RJ.

A primeira controvérsia jurídica se insere no seguinte contexto histórico e normativo. Antes do advento da Emenda Constitucional nº 32/2001 e da alteração dos arts. 48, incisos X e XI; 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’; 84, inciso VI; e 88, todos da Constituição de 1988¹, o âmbito de atuação do chefe do Poder Executivo para, por meio de decreto, dispor sobre a Administração Pública era dependente da participação do Poder Legislativo, tendo em vista que a redação originária da Constituição de 1988 se afastou do modelo então vigente no art. 81, inciso V, da Constituição de 1969². Com a Emenda Constitucional nº 32/2001, os dispositivos mencionados foram alterados para alocar maior protagonismo normativo em matéria de organização da Administração Pública ao Poder Executivo.

No centro da disputa está a definição do sentido e dos limites interpretativos dos dispositivos constitucionais listados no parágrafo anterior na redação dada pela

¹ Ressalte-se que os dispositivos constitucionais analisados neste Parecer contêm *redação idêntica* àqueles previstos na *Constituição do Estado do Rio de Janeiro* no art. 98, inciso XIII; art. 112, § 1º, inciso II, alínea ‘d’; art. 145, VI, alíneas ‘a’ e ‘b’; art. 149.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª edição, Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, págs. 122/124.

Emenda Constitucional nº 32/2001. Como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o novo quadro normativo estabeleceu “*certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, b)*”³. A solução dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001 levou parte da doutrina a afirmar que a figura do regulamento autônomo teria sido reinstituída no Direito brasileiro⁴; para outros, a alteração teria criado hipótese de reserva de administração⁵.

Em atenção à Resolução PGE nº 2818/2010, realizei extensa pesquisa de jurisprudência no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF). O levantamento dos acórdãos proferidos em Ação Direta de Inconstitucionalidade e em Recurso Extraordinário não fornece orientações seguras sobre o tema tratado nestes autos. O resultado a seguir apresentado considera apenas as decisões proferidas após o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001. Não foi possível encontrar julgado que enfrentasse diretamente os problemas aqui analisados. Eis os acórdãos selecionados tratando da matéria: ADI 2564, relatado pela Min. Ellen Gracie, julgado pelo Tribunal Pleno em 08/10/2003; ADI 3232, relatado pelo Min. Cezar Peluso, julgado pelo Tribunal Pleno em 14/08/2008; Recurso Extraordinário (RE) nº 577.025/DF, com repercussão geral reconhecida, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e julgado pelo Tribunal Pleno em 11/12/2008; ADI 4125, relatado pela Min. Cármen Lúcia, julgado pelo Tribunal Pleno em 10/06/2010.

Ressalto que *analisei o inteiro teor de todos os acórdãos citados*, mas ao que parece *o assunto não encontra uma posição sólida e bem definida no STF*. Salvo melhor juízo, nenhum dos acórdãos aborda os problemas semelhantes aos tratados neste parecer: a possibilidade de se criar e extinguir órgãos internos da Secretaria de Estado de Fazenda e a transformação de cargos em comissão, tudo sem aumento de despesa. Vejam-se as ementas dos acórdãos relacionados no parágrafo anterior:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N.º 4.010, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2001. PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. LIBERAÇÃO DE RECURSOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Os artigos 76 e 84, I, II e VI, a, todos da Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado.

³ Idem, pág.124.

⁴ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª edição, Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, págs. 122/124.

⁵ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, págs. 261/264; CYRINO, André Rodrigues. *O Regulamento Autônomo e a EC 32/01: uma reserva de administração*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. v. 8, n. 13, jan./dez. 2004, pp. 109-159.

Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional nº 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente” (ADI 2564, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2003).

“1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações.

2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", da CF. Precedentes. **Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução.**” (ADI 3232, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008).

“A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre ‘as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado’, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei” (ADI 4125, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010).

Um precedente aparentemente importante é o Recurso Extraordinário (RE) nº 577.025/DF, com repercussão geral reconhecida, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e julgado pelo Plenário em 11/12/2008. O RE foi julgado no bojo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A ADI impugnava Decretos expedidos pelo Governador do Estado em 2005 – após a Emenda Constitucional nº 32/2001. A ementa do acórdão sugere que os temas da reestruturação orgânica da Administração Pública e a criação de cargos foram temas densamente debatidos pelo STF. No entanto, análise cuidadosa das 22 páginas do inteiro teor do acórdão revela que a maior parte dos debates registrados nas notas taquigráficas disse respeito a questões totalmente alheias ao mérito. Veja-se a ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER EXECUTIVO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECRETOS 26.118/05 E 25.975/05. REESTRUTURAÇÃO DE AUTARQUIA E CRIAÇÃO DE CARGOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INOCORRENTE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

I - A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto.

II - Mantida a decisão do Tribunal a quo, que, fundado em dispositivos da Lei Orgânica do DF, entendeu violado, na espécie, o princípio da reserva legal. III - Recurso Extraordinário desprovido” (RE n. 577.025, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 6.3.2009).

Por outro lado, o voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski, sequer desenvolveu os aspectos conceituais e teóricos necessários para elucidar o problema dos limites do Chefe do Poder Executivo de dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Pública. Não há nenhuma menção à Emenda Constitucional nº 32/2001. Na página 8 do inteiro teor do acórdão, ao confrontar alguns dispositivos da Lei Orgânica do DF com o art. 84, incisos II e IV, da Constituição, o Min. Relator afirmou: “Mesmo assim, tal dispositivo não confere ao Governador do Distrito Federal, como não confere ao Presidente da República, a competência de criar cargos ou reestruturar órgãos da Administração Pública”. E mais, a Lei Orgânica do DF continha redação que não parecia estar alinhada à Emenda Constitucional nº 32/2001, conforme se verifica na seguinte passagem do voto do Min. Relator: “É bem verdade que o art. 71, § 1º, II e IV, da LODF atribui ao Governador do Distrito Federal a competência privativa no concernente à iniciativa de leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, bem como a ‘criação, estruturação, reestruturação, desmembramento, extinção, incorporação, fusão e atribuições das Secretarias de Governo, órgãos e entidades da administração

pública” – passagem essa que releva ser questionável supor que este RE representa o “entendimento” do STF sobre a matéria.

Quanto aos precedentes da PGE-RJ, informo que consultei o Setor de Documentação em busca de pareceres da casa tratando do assunto. A consulta permitiu identificar que o entendimento consolidado na PGE-RJ e refletido na prática do Governo do Estado foi firmado no **Parecer nº 02/2005-FDCB**, de autoria do i. Procurador do Estado Felipe Derbli Carvalho Baptista, devidamente aprovado pelo i. Procurador-Chefe da PG-4 e pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado. O Parecer nº 02/2005-FDCB foi influenciado pelo famoso trabalho teórico desenvolvido pelo i. Procurador do Estado e hoje também Professor Adjunto da UERJ André Rodrigues Cyrino.

O argumento central desenvolvido no Parecer nº 02/2005-FDCB consiste em afirmar que o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001 teria provocado “substancial ampliação das competências” do Chefe do Poder Executivo, conferindo-lhe amplos poderes para tratar de organização e funcionamento da Administração Pública. Sustenta-se que a referida Emenda teria criado uma reserva de Administração para determinadas matérias pertencentes a um “núcleo irredutível de competência regulamentar plena”. Essa mudança teria restabelecido o equilíbrio apropriado entre os poderes, visto que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário já dispunham, desde 1988, de autonomia normativa para dispor sobre sua própria organização. Por fim, sustenta-se que essa interpretação estaria amparada em uma releitura do princípio da legalidade, mas não alcançaria a limitação de direitos ou criação de obrigações de fazer ou não fazer aos particulares.

Com base nessa orientação oficial da PGE-RJ, a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro rotineiramente promove modificações estruturais internas nas Secretarias de Estado, bem como transformações em cargos em comissão. Mais do que isso, o Governo do Estado também promove modificações estruturais mais complexas, o que se evidencia pelo próprio Decreto que promoveu a fusão da Secretaria de Estado de Fazenda com a Secretaria de Estado de Planejamento (art. 3º, do Decreto estadual nº 45.896/2017).

3) ANÁLISE DE MINUTA DE DECRETO A SER EXPEDIDO PELO GOVERNADOR DO ESTADO COM A FINALIDADE DE DISPOR SOBRE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CRIAÇÃO EXTINÇÃO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS SEM AUMENTO DE DESPESA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES JURÍDICOS

3.1) RESSALVA DE ENTEDIMENTO PESSOAL: A QUESTÃO DA CRIAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS

Antes de avançar, considero importante deixar registrada minha respeitosa discordância do entendimento firmado pela PGE-RJ e já prevalente há aproximadamente 13 (treze) anos. Após intensos esforços de pesquisa para apurar o

comportamento de outros entes federativos⁶, constatei que o posicionamento do Estado do Rio de Janeiro parece se diferenciar dos demais entes federativos. Poucos parecem reconhecer os amplos poderes que a PGE-RJ reconhece ao Chefe do Poder Executivo. Mesmo após a Emenda Constitucional nº 32/2001 a União Federal estabelece a organização e o funcionamento da Presidência da República e dos Ministérios por meio de Lei federal, conforme se pode ver na sequência histórica decrescente de 2017 a 1990:

- **Lei federal nº 13.502, de 1º de novembro de 2017:** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.
- **Lei federal nº 10.683, de 28 de maio de 2003:** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Revogada** pelo art. 82, inciso I, da Lei federal nº 13.502/2017.
- **Lei federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998:** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Revogada** pelo art. 59, da Lei federal nº 10.683/2003.
- **Lei federal nº 8.490, de 19 de novembro de 1992:** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências. **Revogada** pelo art. Lei federal nº 9.649/1998.
- **Lei federal nº 8.028, de 12 de abril de 1990:** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Revogada** pelo art. 34 da Lei federal nº 8.490/1992.

Acredito que a postura da União Federal pode ser explicada pelo fato de que o texto constitucional parece dar suporte à construção de duas linhas interpretativas: *uma* é construída a partir de aspectos teóricos e finalísticos dos princípios da separação de poderes e da legalidade, bem como de uma interpretação conjugada do art. 48, inciso X c/c art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição, para amparar a conclusão de que seria possível a transformação de cargos públicos sem aumento de despesa; a *outra* interpretação é construída a partir dos significados ordinários e técnicos dos próprios dispositivos constitucionais pertinentes, mostrando maior adesão àquilo que o Congresso Nacional disse de maneira mais clara – quando é possível inferir clareza – ao invés daquilo que parece ter sido dito numa leitura influenciada por aspectos teóricos e finalísticos. Vejam-se lado a lado os dispositivos constitucionais pertinentes antes e depois da Emenda Constitucional nº 32/2001:

⁶ Além de extensas pesquisas *on-line*, cheguei a enviar e-mails para diversos Procuradores de quase todos os Estados da Federação solicitando esclarecimentos acerca da existência de posicionamento oficial sobre o assunto. Contudo, os colegas contatados não responderam o email.

ANTES DA EC nº 32/2001

DEPOIS DA EC nº 32/2001

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

XI - criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 61. (...).

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

II - disponham sobre:

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;

Art. 88. A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios.

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o

art. 84, VI, b;

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 61. (...).

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

II - disponham sobre:

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

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;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.

Se antes “criação, **estruturação e atribuições** dos Ministérios” era matéria de Lei (art. 48, inciso XI c/c art. 88, da Constituição) e o Chefe do Poder Executivo somente podia “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, **na forma da lei**” de sua iniciativa privativa (art. 84, inciso VI c/c art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’, da Constituição), após a Emenda Constitucional nº 32/2001 restou à Lei de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo dispor sobre a “criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública” (art. 48, inciso XI c/c art. 88, da Constituição). Após a Emenda Constitucional nº 32/2001, o Chefe do Poder Executivo passou a ter competência para dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” (art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição).

Esse quadro normativo apresenta diversos desafios interpretativos. Por exemplo, é preciso compreender o sentido e o alcance das expressões “organização e funcionamento” e “órgãos públicos” previstas, respectivamente, no início e no fim do art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição. Poucos autores do Direito Administrativo dedicam algumas considerações em seus manuais. Um deles é José dos Santos Carvalho Filho, que entende que a expressão “organização e funcionamento” diz respeito à estrutura e às atribuições dos órgãos públicos, que poderiam ser definidas por decreto do Chefe do Poder Executivo⁷. De acordo com essa interpretação, “são legítimas a transformação e reengenharia de órgãos públicos por ato privativo do Chefe do Executivo (e, portanto, dispensada lei) quando tais fatos administrativos se incluírem por mero processo de organização da administração pública”⁸.

O posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho contém pelo menos três problemas: (1) transformar órgão público consiste na extinção de órgão seguida da criação de órgão novo, o que contraria a literalidade dos arts. 48, inciso XI; 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’; e 88, todos da Constituição, e da própria parte final do art. 84, inciso VI, alínea ‘a’. Justificar a contrariedade direta ao texto da Constituição ou a existência de uma exceção dependeria de novos argumentos que não foram apresentados no manual de Carvalho Filho; (2) reengenharia é um conceito oriundo da Ciência da Administração e seu sentido não é unívoco, mas o argumento de Carvalho Filho não veio acompanhado de definições; (3) a expressão “mero processo de organização” adotada por Carvalho Filho é vazia, pois a palavra *mero*, sinônimo de simples, não agrega qualquer informação. Sem o acréscimo de argumentos adicionais por meio da criação de distinções qualitativas ou quantitativas é impossível definir o que seria “mero processo de organização”. Em texto publicado após a Emenda Constitucional nº 32/2001, Paulo Modesto⁹ apresenta uma descrição mais detalhada do que seria dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública:

“Quanto aos limites objetivos, cumpre especificar as duas funções básicas cumpridas pelos regulamentos de organização. Em primeiro lugar, *reordenar* ou *recompor* matéria de relevo preponderantemente interno (estruturação/vinculação), *deslocando*, *desmembrando* ou *remanejando atribuições* previamente estabelecidas *de um para outro órgão* da mesma pessoa administrativa *ou até deslocando o próprio órgão como um todo*, modificando os seus vínculos diretos de subordinação (ex. órgão diretamente vinculado ao Presidente da República

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 14.

⁸ Idem.

⁹ MODESTO, Paulo. Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos vagos: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010, pág. 3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66036>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

pode ser deslocado para a estrutura administrativa de ministério setorial, ou realizar-se deslocamento horizontal de órgão, de um ministério para o outro). Em segundo lugar, **redistribuir cargos e funções entre órgãos**, de forma a aperfeiçoar o emprego da força de trabalho na intimidade da Administração Pública e o próprio funcionamento das unidades administrativas” (destaquei).

Uma interpretação mais elaborada foi desenvolvida por Carlos Ari Sunfeld no estudo intitulado “Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos”¹⁰ e publicado em 1991. O estudo apresentou uma análise dos possíveis cenários de aplicação das regras constitucionais concernentes à criação, estruturação e extinção de órgãos públicos vigentes logo após a promulgação da Constituição de 1988, fornecendo parâmetros para a compreensão dos limites dos poderes do Chefe do Executivo. Mais importante, apesar de o estudo ter sido elaborado antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, nele se identificam os argumentos adicionais que teriam o condão de justificar a existência de exceções à literalidade do art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição.

De acordo com Sunfeld, a exigência constitucional de criação de Ministérios e órgãos públicos por meio de Lei (art. 48, inciso XI) seria explicada pelos princípios da legalidade administrativa (art. 37, da Constituição) e da liberdade (art. 5º, inciso II, da Constituição), visto que o exercício do poder pelos agentes estatais implica na restrição de direitos como liberdade e propriedade dos cidadãos, o que não poderia ser feito sem Lei. Assim, o conjunto de agentes, órgãos e entidades (Administração Pública em sentido subjetivo) que desempenham funções administrativas, tem sua atuação preordenada e limitada pela Lei. Partindo da ideia de Hely Lopes Meirelles de órgão como um “centro de competências instituído para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes”¹¹, Carlos Ari Sunfeld argumenta¹²:

“Como se viu, o órgão é a soma de certos cargos, a serem providos com agentes públicos, para o desempenho de certas competências; ora, a criação de cargos públicos só pode ser feita por lei, visto que o mesmo art. 48, em seu inc. X, dá ao Congresso competência para a ‘criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas’. De outro lado, do exercício, pelos agentes do Estado, de suas competências, normalmente resulta a edição de atos

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos. Revista de Direito Público, n. 97, p. 43-52, 1991.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994, pág. 63.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos. Revista de Direito Público, n. 97, 1991, págs. 44/45.

administrativos que irão atingir a esfera jurídica dos particulares, criando-lhes obrigações de fazer ou não fazer (...). Segundo o art. 5.º, II, da Carta da República, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Se as competências dos agentes e, portanto, dos órgãos públicos, não fossem outorgadas por lei, mas por mero ato administrativo, resultaria que os particulares, ao serem atingidos pelos comandos deles emanados, estariam sendo constrangidos em virtude de ato administrativo, e não em virtude de lei, como quer o art. 5.º, II, da Constituição; daí a exigência de que os cargos e órgãos públicos, aos quais estão ligadas as competências administrativas, sejam criados por lei.

Assim, em resumo, o disposto no art. 48, XI, da Carta Magna – segundo o qual cabe ao Congresso, através de lei, dispor sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e demais órgãos da administração pública – é mera decorrência da exigência constitucional de que a criação de cargos seja feita por lei (art. 48, X) e de que os particulares só sejam constrangidos à ação ou à inação, em virtude de lei (art. 5.º, II)”.

A mesma linha de fundamentos teóricos é apresentada por Paulo Modesto no trabalho citado acima¹³:

“Os **regulamentos de organização** podem dispor sobre as atribuições dos órgãos públicos, promovendo a sua redistribuição, fusão ou segregação, mas **não estão autorizados a criar ou extinguir atribuições**, matéria que permanece deferida às leis, em homenagem à garantia segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II), cláusula pétrea expressa (CF, art. 60, § 4º, IV). Ademais, como se viu, **o veto à criação ou extinção de atribuições administrativas decorre logicamente da proibição à criação ou extinção de órgãos, matéria excluída do campo material dos regulamentos organizativos** (CF, art. 84, VI, “a)” (destaquei).

Com base nessas considerações teóricas, Sundfeld fornece uma descrição fundamentada do que o Chefe do Poder Executivo estaria autorizado a fazer em matéria de organização administrativa, tendo em vista a redação original da

¹³ MODESTO, Paulo. Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos vagos: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010, pág. 5. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66036>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

Constituição de 1988. Vejam-se os trechos pertinentes na pág. 48 do texto de Carlos Ari Sunfeld¹⁴:

“11. Como já esclarecido anteriormente, é impossível ao Chefe do Poder Executivo instituir novo órgão mediante a criação de cargos novos, porque esta última medida é reservada exclusivamente à lei (CF, art. 48, X). Do mesmo modo, incabível a criação, por decreto, de órgão para exercer competência nova (é dizer: não prevista em lei) que importe constrianger os particulares à ação ou omissão, sob pena de confronto com o art. 5.º, II, da CF.

Portanto, em princípio, é dado ao decreto criar órgão, desde que o faça com o aproveitamento de cargos já existentes e desde que suas competências ou já tenham sido atribuídas por lei à Administração ou não importem na prática de atos que constriangam a esfera jurídica dos particulares.

(...)

Usando classificação exposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, pode-se afirmar que **à lei é reservada a criação de órgãos ativos** – isto é, daqueles que ‘formam e levam a efeito a vontade do Estado através de atos jurídicos’ – **enquanto os órgãos consultivos e de controle podem, eventualmente, surgir por via de decreto, desde que não demandem a instituição de cargos novos** (Princípios Gerais de Direito Administrativo, v. II/100, Forense, 1974)”.

Outro problema interpretativo diz respeito ao alcance de “órgãos públicos” na nova redação do art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição. **A literalidade dos dispositivos constitucionais pertinentes (art. 48, inciso XI c/c art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’ c/c art. 84, inciso VI, alínea ‘a’ c/c art. 88) não parece admitir exceções.** Todavia, sabendo-se que a doutrina normalmente classifica órgãos públicos em independentes, autônomos, superiores e inferiores ou subalternos¹⁵, é necessário discernir qual ou quais dessas espécies podem ser criadas ou extintas por Decreto.

Ministérios e Secretarias de Estado não podem ser criados ou extintos por Decretos¹⁶ porque são considerados órgãos autônomos¹⁷ e a própria Constituição

¹⁴ Idem, págs. 44/45.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994, págs. 66/68; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, págs. 87/88; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 109; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª edição, Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, págs. 674/675.

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos. *Revista de Direito Público*, n. 97, 1991, págs. 49.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994, pág. 67.

impõe a criação por meio de Lei. Órgãos independentes são criados pela Constituição e representativos dos Poderes do Estado (ex.: Presidência da República, Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal, etc.). De acordo com Hely Lopes Meirelles, órgãos superiores seriam aqueles que “*detêm poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica*”, porém sujeitos a uma chefia de mais alta hierarquia¹⁸. Aqui não importaria a denominação dada a esses órgãos, mas sim sua posição de preeminência hierárquica nas suas atribuições. Esses também não poderiam ser criados por Decreto. Assim, a expressão “órgãos públicos” somente poderia dizer respeito aos órgãos inferiores ou subalternos. José dos Santos Carvalho Filho, acompanhando a opinião de Carlos Ari Sunfeld¹⁹, sustenta ser possível a criação de órgãos auxiliares, inferiores ou subalternos:

“...seria lícito que o Executivo criasse órgãos auxiliares, inferiores ou subalternos, desde que aproveitasse os cargos já existentes e tivesse a competência delegada por lei, somando-se ainda a condição de não serem praticados atos que pudessem constringer a esfera jurídica dos particulares. De qualquer forma, a Constituição agora parece ter dirimido qualquer dúvida a respeito dessa possibilidade” (destaquei)²⁰.

Portanto, apesar de algumas dificuldades interpretativas e imprecisões conceituais, há claros posicionamentos doutrinários no sentido de que, pelo menos após o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, o *Chefe do Poder Executivo pode expedir decretos de efeitos introversos com a finalidade de* (1) criar órgão consultivo, de controle e inferior ou subalterno, “desde que o faça com o aproveitamento de cargos já existentes e desde que suas competências ou já tenham sido atribuídas por lei à Administração ou não importem na prática de atos que constringam a esfera jurídica dos particulares”, tal como citado acima; e (2) redistribuir, deslocar, desmembrar ou remanejar atribuições previamente estabelecidas de um para outro órgão da mesma pessoa administrativa ou até deslocando o próprio órgão como um todo entre órgãos diferentes competências já previstas em lei.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994, págs. 66/68; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, págs. 87/88; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 109.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos*. Revista de Direito Público, n. 97, 1991, págs. 48/49.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 14.

Contrariamente, o Chefe do Poder Executivo não pode expedir decreto (1) que implique aumento de despesa; (2) que implique criação de órgão público independente, autônomo ou superior; (3) que implique criação, sem Lei, de novas atribuições que interfiram na esfera jurídica dos particulares; ou (4) que implique criação de órgão público resultante da criação de cargo público mediante decreto, porque obviamente vedada pela Constituição.

Essas descrições pormenorizadas parecem ser significativamente mais restritas do que a visão prevalente na PGE-RJ no sentido de que a Emenda Constitucional nº 32/2001 teria provocado a “*substancial ampliação das competências*” do Chefe do Poder Executivo, conferindo-lhe amplos poderes para tratar de organização e funcionamento da Administração Pública. Também se diferenciam significativamente porque não firmam compromisso com a ideia controvertida de que a Emenda Constitucional nº 32/2001 teria criado um “*núcleo irreduzível de competência regulamentar plena*”.

3.2) RESSALVA DE ENTEDIMENTO PESSOAL: A QUESTÃO DA CRIAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS SEM AUMENTO DE DESPESA

A questão é bem mais complicada quando se trata de criação, transformação e extinção cargos públicos. Em sua redação original, a Constituição de 1988 estabelecia ser competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre “*criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas*” (art. 48, inciso X). Com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, estabeleceu-se que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre “*criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b*”. O art. 84, inciso VI, alínea ‘b’, por sua vez, estabelece que compete ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre “*extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos*”.

O entendimento oficial da PGE-RJ firmado no Parecer nº 02/2005-FDBC é no sentido de que a transformação de cargos sem aumento de despesa resulta do exercício da competência prevista no art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição. O argumento é fundado na ideia de poderes implícitos e em uma tentativa de interpretação sistemática do art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição. Nas palavras do i. Procurador do Estado Felipe Derbli Carvalho Baptista (E-14/15057/2005, fls. 69):

“Por seu turno, afigura-se plenamente sustentável a transformação de cargos vagos sugerida pelo insigne parecerista antecedente. Frise-se que, no exercício do poder regulamentar autônomo, é possível ao reitor extinguir cargos públicos, ainda que de provimento efetivo, quando vagos.

Ora, quem pode o mais, pode o menos. Se lhe é possível a extinção dos cargos efetivos vagos, decerto será possível a transformação dos mesmos – que, na verdade, nada mais será que a modificação de seus deveres, atribuições e prerrogativas. **Haverá, no caso, exercício da competência prevista na alínea ‘a’ do art. 84, inciso VI, da Constituição da República (que, de certa forma, tangencia a alínea ‘b’ do mesmo dispositivo)”** (destaquei).

José dos Santos Carvalho Filho parece manter a mesma opinião sobre o assunto ao sustentar que a regra geral é a criação, transformação e extinção de cargos públicos por meio de Lei, porém admitir a transformação de cargo sem aumento de despesa. Lamentavelmente, a argumentação é insuficiente para justificar a posição defendida. Em passagem obscura, Carvalho Filho entende que nesses casos não haveria transformação de cargos, “*mas sim de mera reorganização interna muito mais de caráter administrativo*”. O leitor não encontrará qualquer explicação do que seja “*mera reorganização interna*” ou de “*mais de caráter administrativo*”. Nas palavras do próprio autor²¹:

“Tem sido usualmente admitida na Administração a denominada transformação de cargos ‘sem aumento de despesa’, implementada por atos administrativos oriundos de autoridades dirigentes de pessoas e órgãos públicos, através dos quais se extinguem alguns cargos e se criam outros com despesa correspondente à daqueles. **Na verdade, não se trata propriamente, no caso, de transformação de cargos, a ser prevista em lei, mas sim de mera reorganização interna muito mais de caráter administrativo. Tal procedimento, aliás, restou sufragado pela EC nº 32/2001, que, alterando o art. 84, da CF, conferiu ao Presidente da República (e aos demais Chefes do Executivo) competência para dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração, desde que não haja aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”** (destaquei).

A partir dessas citações, parece que o reconhecimento da possibilidade o Chefe do Poder Executivo, mediante decreto, transformar cargos públicos está fundamentado na articulação de argumentos de natureza linguística e sistemática, bem como de um argumento teórico acerca dos “poderes implícitos” reconhecidos no entendimento da PGE-RJ. Com o devido respeito, os argumentos expostos acima não se sustentam. Os argumentos sustentados no entendimento oficial da PGE-RJ e no *Manual* de José dos Santos Carvalho Filho parecem ser exemplo do problema que Carlos Maximiliano há tempos já alertava. Se, de um lado, o excessivo apego ao texto dos documentos normativos pode ser um problema, de outro lado, o extremo

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 657.

oposto é igualmente problemático. É o que Carlos Maximiliano chamava de “forçar a exegese” e, com isso, “encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou”²². Como a primeira linha de argumentos (linguístico e sistemático) é centrada no texto constitucional, é importante transcrever os dispositivos mais localmente aplicáveis ao problema examinado:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de *cargos*, empregos e funções públicas, **observado o que estabelece o art. 84, VI, b**; XI - criação e extinção de Ministérios e *órgãos* da administração pública;

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;
- b) extinção de funções ou *cargos* públicos, quando vagos;

O primeiro argumento a ser enfrentado é o argumento linguístico extraído da passagem do livro de José dos Santos Carvalho Filho acima citada. A interpretação de José dos Santos Carvalho Filho desafia o próprio significado ordinário da palavra transformação, conforme evidências apresentadas no próximo parágrafo. Sabendo-se que a linguagem é socialmente construída²³ e que o significado das palavras emerge do uso da linguagem²⁴, uma forma de justificar o entendimento defendido por José dos Santos Carvalho Filho seria demonstrar, com evidências, que a palavra *transformação* teve seu significado modificado ao longo dos tempos para afastar de seu campo semântico a ideia de “*mera reorganização interna muito mais de caráter administrativo*”. Isso claramente não foi feito no texto do autor.

Em termos etimológicos, transformação tem sua primeira ocorrência no século XVI, derivando do verbo *transformar*, cujas definições lexicais podem ser rastreadas pelo menos ao século XIV²⁵. Nenhuma dessas palavras sofreu qualquer alteração semântica no curso histórico até o presente.

²² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 95, negrito adicionado.

²³ BILETZKI, Anat; e MATAR, Anat. (2011). *Ludwig Wittgenstein*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/wittgenstein/>>

²⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 6ª edição, tradução de Marcos G. Montagnoli; revisão da tradução e apresentação Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2009, pág. 38.

²⁵ TRANSFORMAR. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4.ed. revista pela nova ortografia. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, pág. 645.

Segundo o Dicionário Houaiss²⁶, transformar significa (1) fazer ou tomar nova feição (transfigurar) ou caráter; alterar(-se); e (2) fazer ou passar de um estado ou condição a outro; converter-se. Ambas as definições sugerem que **transformar pressupõe que algo exista, que passe por um processo por meio do qual deixe de ser o que era para se tornar algo com “nova feição ou caráter” ou “passe de um estado ou condição a outro”**.

Os parágrafos anteriores não deixam dúvidas de que é verdadeiro erro linguístico sustentar que transformação de cargo – processo por meio do qual um cargo é extinto e outro é criado – seja *mera reorganização interna muito mais de caráter administrativo* pelo simples fato de ter sido realizada sem aumento de despesa. Transformação é um processo extintivo-criativo que implica uma mudança de natureza qualitativa. Isso significa que um cargo X transformado em Y não terá as mesmas características que anteriormente o definiam como X e, por exclusão, o impediam de ser Y. Pela transformação, as características próprias do cargo podem ser radicalmente modificadas: requisitos para a investidura, grau de responsabilidade e complexidade das atribuições, remuneração (ou subsídio) atreladas a essas últimas características. Portanto, transformação é algo que não pode, *a não ser de maneira metafórica ou por licença poética*, ser equiparado a “*mera reorganização interna muito mais de caráter de caráter administrativo*”²⁷.

O segundo argumento extraído do livro de José dos Santos Carvalho Filho e também do Parecer nº 02/2005-FDCB é sistemático. Ambos sugerem que, a despeito da redação do art. 48, inciso X, da Constituição, seria cabível transformar cargos públicos, desde que sem aumento de despesa. Isso decorreria do art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição. A diferenciação normativa estabelecida pela Emenda Constitucional nº 32/2001 nas alíneas “a” (organização e funcionamento / sem aumento de despesa / sem criação ou extinção de *órgão* público) e “b” (extinção de *cargo* vago) do inciso VI, do art. 84, da Constituição, não parece ter sido suficiente para impedir o salto apressado de que estariam diante de interpretação sistemática válida.

Essa interpretação sistemática não se sustenta. Uma leitura sistemática correta revela que os incisos XI e X (nesta ordem), do art. 48, da Constituição, e as alíneas ‘a’ e ‘b’ do art. 84, inciso VI, da Constituição, tratam, respectivamente, de *órgão* público e de *cargo* público. A Emenda Constitucional nº 32/2001 estabeleceu expressamente uma exceção à regra que exige Lei para a criação, transformação e

²⁶ TRANSFORMAR. In: Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa / Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, [organizador]; [diretores Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar, Francisco Manoel de Mello Franco]. – 1. ed. – São Paulo: Moderna, 2015, pág. 929.

²⁷ Não é por outra razão que a posição de José dos Santos Carvalho Filho encontra pouco respaldo na doutrina do Direito Administrativo. Por exemplo, antes e depois da Emenda Constitucional nº 32/2001 os atualizadores do manual de Hely Lopes Meirelles mantiveram o posicionamento no sentido de que pela transformação um cargo é extinto e um novo é criado. Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994, pág. 363; e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. / atual. por José Emmanuel Burle Filho até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 528.

extinção de cargo público. Essa exceção autorizando a **extinção** de cargo vago foi instituída por remissão expressa no art. 48, inciso X, ao art. 84, inciso VI, alínea ‘b’, da Constituição. Somente forçando muito a interpretação – com base na ideia vaga de que o art. 84, inciso VI, alínea ‘a’ “de certa forma ‘tangencia’” a alínea ‘b’ do mesmo dispositivo – que a alínea ‘a’ (claramente disciplinando órgãos) sirva também para disciplinar cargos (o que foi claramente atribuído à alínea ‘b’). Essa interpretação não tem a devida deferência à clara opção do Congresso Nacional que aprovou a Emenda Constitucional nº 32/2001. **Quisesse o Congresso Nacional conferir ao Chefe do Poder Executivo o poder de transformar cargos públicos, teria disposto expressamente na ressalva do art. 48, inciso X, bem como criado a exceção textual no art. 84, inciso VI, alínea ‘b’.**

Também não se vê manifestações doutrinárias desenvolvendo esse tipo de argumento “sistemático”. Nem mesmo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, conhecido por manter posições inovadoras apoiadas em largas pesquisas de Direito Administrativo comparado, chegou a ir tão longe na interpretação dos poderes do Chefe do Poder Executivo. Veja-se a seguinte passagem da última edição seu *Curso de Direito Administrativo*²⁸:

“A Constituição previu a **transformação, sob reserva legal**, no art. 48, X, tornando-a compatível com a regra de exigência de concurso público, reconhecendo sua importância como instrumento de remanejamento de quadros do serviço público e redefinições de cargos, empregos e funções públicos” (destaquei).

A interpretação aqui defendida no sentido de que não cabe ao Chefe do Poder Executivo transformar cargo público por meio de decreto, independentemente do fato de implicar ou não aumento de despesa parece ser acolhida na literatura especializada em matéria de servidores públicos. Vejam-se as opiniões de Régis Fernandes de Oliveira e de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz:

“Os cargos do Poder Executivo são criados e extintos por lei (inciso X do art. 48 da CF), podendo ser extintos por decreto quando vagos (alínea ‘c’ do inciso VI do art. 84 da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional 32/2010). Também por lei criam-se e extinguem-se cargos no Judiciário (alínea ‘b’ do inciso II do art. 96 da CF). No Legislativo podem ser criados e extintos por Resolução do Senado (inciso XIII do art. 52 da CF) ou da Câmara (inciso IV do art. 51 da CF).

A criação e a transformação de cargos somente podem ser efetuadas, ressalvadas as observações já feitas, por lei. Pode ocorrer que um cargo, originariamente criado para

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 347.

provimento em comissão, seja transformado em cargo de provimento efetivo. Toda alteração deve ocorrer por lei. A transformação, no dizer de Diógenes Gasparini ‘significa uma alteração de molde a atingir sua natureza’.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, págs. 35/36, destaquei)

“Alguns elementos que compõem o regime jurídico dos cargos públicos podem ser extraídos da própria Constituição, como, por exemplo, a criação por lei, como regra (art. 48, X, e art. 61, § 1º, inciso II, a), e a remuneração (ou subsídio) fixada por lei específica, de acordo com a natureza, o grau de responsabilidade, a complexidade das atribuições e os requisitos para a investidura (art. 37, X, combinado com o art. 39, § 1º). As características próprias do cargo deverão constar na lei de sua criação, que materializará sua existência no mundo jurídico. A iniciativa do processo legislativo para a criação de cargos, empregos e funções públicas na administração direta, autarquia e fundações é atribuída, como regra, ao chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, inciso II, a da Constituição). Certas instituições possuem autonomia em razão das atribuições que lhes competem e, por essa razão, a Constituição lhes reservou iniciativa própria para a criação de cargos. Com efeito, a própria Carta estabelece iniciativas privativas para a criação de cargos na estrutura do Poder Judiciário (art. 96, inciso II, a), Legislativo (art. 51, § 4º, e art. 52, XIII), Ministério Público (art. 127, § 2º) e Tribunais de Contas (art. 73)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 16, destaquei).

Em conclusão, ressalvo meu entendimento de que o art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição, interpretado de maneira isolada ou sistemática não confere ao Chefe do Poder Executivo o poder de transformar cargos públicos por meio de decreto.

Feitas essas ressalvas pessoais já é possível prosseguir na análise da minuta do Decreto adotando-se como premissa a orientação oficial da PGE-RJ definida no Parecer nº 02/2005-FDCB.

3.3) ANALISANDO A MINUTA DO DECRETO A PARTIR DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO PARECER Nº 02/2005-FDCB: COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS PRETENDIDAS COM A ORIENTAÇÃO OFICIAL DA PGE-RJ

Adotando como premissas normativas de trabalho aquelas defendidas no Parecer nº 02/2005-FDCB já é possível analisar a minuta de Decreto de fls. 05/07.

O art. 1º altera, sem aumento de despesa, a estrutura organizacional da Subsecretaria de Estado de Receita/SEFAZ. O inciso I cria órgãos públicos: uma superintendência (alínea ‘a’); três coordenadorias (alínea ‘b’); e uma divisão de atendimento (alínea ‘c’). O inciso II extingue órgão público. O inciso III apenas altera a denominação de órgão público. E o inciso IV altera a vinculação de órgão interno à Subsecretaria de Estado de Receita/SEFAZ.

A questão controversa residiria apenas nos incisos I e II do art. 1º, pois instituem (criam) órgãos públicos que parecem ser classificados como subalternos, auxiliares, inferiores – para usar a terminologia de Carlos Ari Sundfeld e adotada por José dos Santos Carvalho Filho. No entanto, com a adoção do entendimento oficial da PGE-RJ com base no Parecer nº 02/2005-FDCB, parece não haver qualquer óbice jurídico à criação, sem aumento de despesa, de superintendência (alínea ‘a’); três coordenadorias (alínea ‘b’); e uma divisão de atendimento (alínea ‘c’).

A mesma conclusão é aplicável ao art. 2º, inciso I, de acordo com o qual “ficam transformados sem aumento de despesa, na estrutura da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, os cargos em comissão relacionados no Anexo II a este Decreto e na forma ali mencionada”. Como visto, o Parecer nº 02/2005-FDCB argumenta de maneira bastante clara no sentido de que a transformação de cargos sem aumento de despesa resulta do exercício da competência prevista no art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição. Nas palavras do i. Procurador do Estado Felipe Derbli Carvalho Baptista (E-14/15057/2005, fls. 69, “*haverá, no caso, exercício da competência prevista na alínea ‘a’ do art. 84, inciso VI, da Constituição da República*”.

Prosseguido, cabe fazer alguns comentários finais. Quanto aos aspectos formais, saliente-se que o ato aparenta se revestir de **forma** prevista na Constituição e se originar de autoridade administrativa **competente** (art. 145, incisos II, IV e VI, da CERJ). O **motivo** aparece expressamente na motivação de fls. 03/04. O **objeto** já foi analisado acima e parece estar em conformidade com as orientações da PGE-RJ. A **finalidade** também está claramente delineada no documento de fls. 03/04.

Quanto ao texto do decreto propriamente dito, saliente-se que o art. 1º da minuta deve ser alterado, pois não atende ao disposto no art. 7º, da Lei Complementar 95/1998, de acordo com o qual “o primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação”. Como se sabe, essa regra também é aplicável à elaboração, redação, alteração e consolidação de regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, tal como dispõe o art. 1º e parágrafo único, da Lei Complementar 95/1998:

Art. 1º. A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, ***bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.***

Assim, recomenda-se a adequação da minuta para que o art. 1º defina o objeto do Decreto e seu âmbito de aplicação. Consequentemente, o atual art. 1º deve ser renumerado, bem como os artigos subsequentes.

Em conclusão, adotando-se o entendimento firmado no Parecer nº 02/2005-FDCB, conclui-se pela inexistência de óbices jurídicos à minuta de Decreto de fls. 05/07, que pretende promover a alteração da estrutura organizacional e transformar cargos em comissão da Subsecretaria de Estado de Receita, órgão integrante da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, a fim de “assegurar maior eficiência aos trabalhos da Receita Estadual” (fl. 03). A única ressalva reside na necessidade de adequação com o art. 1º e parágrafo único, da Lei Complementar 95/1998, tal como explanado acima.

4) ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DA MINUTA DE DECRETO COM O DECRETO ESTADUAL Nº 45.786/2016 E COM AS VEDAÇÕES DO ART. 8º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 159/2017

Uma vez estabelecido que a minuta de Decreto é juridicamente válida, chega o momento de investigar sua compatibilidade com o Decreto estadual nº 45.786/2016 e com o Regime de Recuperação Fiscal ao qual o Estado do Rio de Janeiro se sujeita desde a homologação do Plano de Recuperação em 06/09/2017. De um lado, o Decreto estadual nº 45.786/2016 veda a transformação de cargos em comissão (art. 6º) e o provimento de cargos em comissão e a designação para funções de confiança que estivessem vagos em 06/10/2016 (art. 5º). De outro lado, a adesão ao Regime de Recuperação sujeitou o Estado à observância das vedações do art. 8º, da LC nº 159/2017 – especificamente dos incisos II e IV. O art. 8º não contém dispositivos vedando a disposição sobre organização e funcionamento da Administração Pública, de modo que não se faz necessário analisar a compatibilidade do art. 1º, da minuta de Decreto, com a LC nº 159/2017.

O art. 2º, inciso I, da minuta de Decreto, dispõe o seguinte: “ficam transformados sem aumento de despesa, na estrutura da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, os cargos em comissão relacionados no ANEXO II deste Decreto e na forma ali mencionada”. A transformação de cargos em comissão automaticamente afasta a pertinência do art. 8º, inciso III, da LC nº 159/2017, visto que está atrelado ao conceito de carreira, que, por sua vez, é o “agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade escalonadas segundo a hierarquia do

serviço e para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram”²⁹. Conclui-se sem esforço que o conceito sequer é aplicável aos cargos em comissão, que muitas vezes são cargos isolados não agrupados em classes ou carreiras.

Assim, somente os incisos II e IV, do art. 8º, da LC nº 159/2017, contêm as vedações pertinentes neste caso, pois se dirigem à criação de cargo e à admissão de pessoal. A redação do art. 2º, inciso I, da minuta de Decreto, pretende transformar cargos em comissão, motivo pelo qual deve ter sua compatibilidade analisada com o art. 8º, inciso II, da LC nº 159/2017. Além disso, o surgimento dos novos cargos decorrentes de transformação demandará novos provimentos (ocupação de cargos), atraindo também a necessidade de exame de compatibilidade com o art. 8º, inciso IV da LC nº 159/2017. Vejam-se os dispositivos legais pertinentes:

Art. 8º - São vedados ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal:

II - a criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

IV - a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício;

Para ordenar o exame, primeiro analisarei no tópico 4.1 a questão da transformação dos cargos, tema tratado no art. 8º, inciso II, da LC nº 159/2017. Em seguida, analisarei no tópico 4.2 a questão concernente à admissão de pessoal para ocupar os novos cargos criados decorrentes de transformação.

4.1) A QUESTÃO DA TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DIANTE DO DECRETO ESTADUAL Nº 45.786/2016 E DO ART. 8º, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 159/2017

A questão da transformação de cargos diante da LC nº 159/2017 não gera controvérsias. O inciso II do art. 8º, da LC nº 159/2017, apenas veda a criação de cargos que implique aumento de despesa. A Subsecretaria de Receita informou a fls. 03/04 que a transformação não implica aumento de despesa, informação ratificada pela Subsecretaria de Gestão de Pessoas (SUBGEP) a fls. 19. Logo, não só a transformação de cargos em comissão sem aumento de despesa está autorizada pelo entendimento oficial da PGE-RJ (Parecer nº 02/2005-FDCB) como não está vedado pelo art. 8º, inciso II, da LC nº 159/2017.

Entretanto, há uma questão a ser analisada. A SUBGEP suscitou dúvida jurídica quanto à possibilidade de transformações de cargos em comissão, tendo em vista o disposto no art. 6º, do Decreto estadual nº 45.785/2016, cuja redação

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994, pág. 361, trecho ligeiramente editado.

estabelece o seguinte: “Fica vedada a transformação de cargos em comissão”. E o art. 2º, inciso I, da minuta de Decreto promove justamente a transformação de cargos em comissão: “ficam transformados sem aumento de despesa, na estrutura da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, os cargos em comissão relacionados no ANEXO II deste Decreto e na forma ali mencionada”. Uma norma veda, de maneira geral, a transformação de cargo em comissão; a outra pretende fazer precisamente aquilo que é vedado: transformar cargos em comissão³⁰. A afirmação simultânea de duas proposições contraditórias configura o que em direito se chama de antinomia.

Dois argumentos deixam claro que o Decreto estadual nº 45.785/2016 não constitui óbice à medida pretendida na minuta aqui analisada. O primeiro argumento leva em conta a própria competência regulamentar do Governador do Estado (art. 145, inciso IV, da CERJ). Trata-se de competência normativa que confere ao Governador do Estado, autoridade que exerce a direção superior da Administração Pública (conforme art. 145, inciso II, da CERJ), o poder de criar, modificar ou extinguir decretos ou regulamentos. O mesmo órgão que cria um ato normativo mantém o poder de modificá-lo ou extingui-lo. Ainda que o Decreto estadual nº 45.785/2016 pretenda criar uma autolimitação administrativa, não pode impedir a própria autoridade que o editou de dispor em sentido contrário ou até mesmo revogar a totalidade, especialmente considerando-se que não se trata de relação extroversa envolvendo o Estado e particulares³¹.

O segundo argumento se constrói pela análise da antinomia propriamente dita. Como lembra Carlos Santiago Nino, os juristas comumente se utilizam de três “princípios” ou critérios para solucionar os problemas de contradição normativa: hierárquico, cronológico e especialidade³². O critério hierárquico não se aplica ao caso, pois as normas terão o mesmo nível hierárquico (decretos expedidos pelo Governador do Estado). Além disso, o critério cronológico também não será útil porque a minuta do Decreto não revoga expressamente o art. 6º, do Decreto estadual

³⁰ É importante salientar que o ato normativo que cria cargos não é considerado de efeito concreto, sendo admitido o controle concentrado de constitucionalidade. Ver, por exemplo: “Violação ao art. 37, II e V, da Constituição. **Os cargos em comissão criados pela Lei 1.939/1998**, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da CF. **Ação julgada procedente.** [ADI 3.706, rel. min. Gilmar Mendes, j. 15-8-2007, P, DJ de 5-10-2007.] = AI 309.399 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 20-3-2012, 1ª T, DJE de 23-4-2012” (destaquei). Aplica-se a mesma ideia à transformação, que, como visto não passa da extinção de um cargo seguida da criação de outro.

³¹ É claro que há situações em que a doutrina reconhece que o próprio Estado cria, em função da prática de condutas anteriores, limitações à prática de atos que possam violar as legítimas expectativas de terceiros. Contudo, a questão das autolimitações administrativas não tem pertinência neste caso. Ver, por exemplo, ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 35, abril. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/alexandre_aragao.html> Acesso em: 25/02/2018.

³² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, págs. 325/326.

nº 45.785/2016, não regula inteiramente a mesma matéria e com ela não parece ser totalmente incompatível. Assim, não incide a segunda parte do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³³.

A situação aqui analisada é aquela que Riccardo Guastini³⁴ chama de antinomia parcial unilateral, caracterizada pelo fato de que a classe de situações disciplinadas por uma norma pertence inteiramente à classe de situações disciplinadas pela outra norma. Guastini fornece o seguinte exemplo: a norma geral N1 veda o aborto sem mais especificações; outra norma, N2, permite o aborto terapêutico (que é uma subclasse do aborto). Nesse cenário, a antinomia está justamente no fato de o aborto ser vedado por N1, mas permitido por N2 em relação a uma situação particular. Uma antinomia parcial unilateral é solucionada pela primeira variante do critério da especialidade³⁵: não ocorre a invalidação de uma delas ou a revogação total (ab-rogação) de N1, mas apenas a revogação parcial (derrogação) de N1 para excluir de seu âmbito de incidência a subclasse regulada pela norma N2. Estabelece-se uma relação de regra-exceção.

Isso é exatamente o que ocorrerá com a edição do Decreto aqui analisado. Verifica-se que o art. 6º, do Decreto estadual nº 45.785/2016, é a norma geral (aplicável a todos os órgãos e entidades da Administração Pública com poderes para dispor, mediante ato infralegal, sobre transformação de cargo público sem aumento de despesa), enquanto o art. 2º, inciso II, da minuta de Decreto, será a norma especial (surtindo efeitos jurídicos específicos em relação à SEFAZ). Entre essas normas haverá uma antinomia parcial unilateral solucionada da mesma maneira que exposta no parágrafo anterior com o exemplo de Riccardo Guastini. Estabelece-se uma relação de regra-exceção na qual não há a ab-rogação da norma geral, mas apenas uma revogação parcial (derrogação) que exclui de seu âmbito de incidência a situação particular tratada na minuta de Decreto.

Em conclusão, a pretensão de transformar cargos públicos não está em conflito com a vedação do art. 8º, inciso II, da LC nº 159/2017, nem com o art. 6º, do Decreto estadual nº 45.785/2016. Superada essas questões, resta analisar a compatibilidade da futura admissão de pessoal que ocorrerá caso o decreto venha a ser assinado.

4.2) A QUESTÃO DA ADMISSÃO DE PESSOAL DIANTE DO DECRETO ESTADUAL Nº 45.786/2016 E DO ART. 8º, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 159/2017.

Como visto no tópico anterior, uma das alterações pretendidas é justamente a transformação, sem aumento de despesa, de cargos em comissão. Nos termos do art. 2º e ANEXO II, da minuta de fls. 05/07, busca-se extinguir os cargos de Assessor

³³ Art. 2º. (...) § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

³⁴ GUASTINI, Riccardo. La sintassi del diritto. Seconda edizione. Torino: Giappichelli, 2014, pág. 286.

³⁵ Idem, pág. 296.

Especial (1), Coordenador (3), Auditor Fiscal Chefe Regional (1) e Auditor Fiscal Subchefe (1) e criar os cargos de Superintendente (1), Coordenador (4) e Diretor de Divisão (1). Ainda que admitida a viabilidade jurídica da alteração pretendida, persiste dúvida quanto à possibilidade de provimento dos cargos criados, tendo em vista as vedações do art. 5º, do Decreto estadual nº 45.786/2016, e do art. 8º, inciso IV, da LC nº 159/2017.

O art. 5º, do Decreto estadual nº 45.786/2016, proíbe “o provimento de cargos em comissão e a designação para funções de confiança que estejam vagos na data da publicação deste Decreto”. Ambos os argumentos desenvolvidos no tópico anterior são aplicáveis aqui. Primeiro: o mesmo órgão que cria um ato normativo mantém o poder de modificá-lo ou extingui-lo. Segundo: uma antinomia parcial unilateral é solucionada pela aplicação da primeira variante do critério da especialidade, ou seja, pelo reconhecimento de que entre as duas normas em antinomia se estabeleceu uma relação de regra-exceção na qual não há a ab-rogação da norma geral, mas apenas uma revogação parcial (derrogação) que exclui de seu âmbito de incidência a situação particular tratada na minuta de Decreto.

Já é possível avançar. A questão a ser respondida nesta parte é se a redação do art. 8º, inciso IV, da LC nº 159/2017, impede a futura admissão de pessoal para ocupar os cargos que serão transformados pelo art. 2º, inciso I, da minuta de Decreto de fls. 05/07. Conforme se vê no ANEXO II à minuta de Decreto (fls. 09), os três cargos resultantes da transformação parecem consistir em posições de chefia ou direção, tal como exigido pelo dispositivo legal em comento: Superintendente, Coordenador e Diretor de Divisão. O problema é que a LC nº 159/2017 parece demandar que a admissão de pessoal ocorra para fins de reposição (isto é, restituição a uma posição ou a um estado anterior; substituição)³⁶ e não simplesmente para o primeiro provimento de um cargo recém-criado por transformação.

Embora a redação do dispositivo pareça levar à conclusão de que os cargos a serem transformados não poderiam ser ocupados, fato é que há dois argumentos contrários à aceitação do valor de face do texto legal. O primeiro se constrói a partir de uma interpretação sistemática dos incisos II e IV, do art. 8º, da LC nº 159/2017. Como se vê na própria redação do inciso II, a criação de cargos é permitida quando não houver aumento de despesa. De outro lado, o inciso IV permite a admissão de pessoal para reposição de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa. Ora, se a própria Lei admite a criação de cargos e se o exercício das funções atreladas aos cargos depende da admissão de pessoal (e não necessariamente de reposição), então o provimento em caráter inicial não pode ser considerado vedado, sob pena de tal interpretação esvaziar a própria regra permissiva do inciso II. Portanto, o que une ambos os incisos II e IV é o imperativo de não haver aumento de despesas: é permitida a criação de cargos e a admissão de pessoal para prover

³⁶ REPOSIÇÃO. In: Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa / Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, [organizador]; [diretores Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar, Francisco Manoel de Mello Franco]. – 1. ed. – São Paulo: Moderna, 2015.

(leia-se: ocupar) tais cargos, desde que ambas as medidas não impliquem aumento de despesa.

O segundo argumento é derivado de entendimento firmado pela PGE-RJ sobre a vedação prevista no art. 22, parágrafo único, inciso IV, da LRF. Embora o dispositivo da LRF não seja aplicável durante a vigência do RRF por força do art. 10, inciso I, da LC nº 159/2017, conhecer suas possíveis interpretações auxiliará a compreensão do sentido e do alcance do próprio art. 8º, inciso IV, da LC nº 159/2017. Vejam-se os dispositivos legais em comento:

Lei de Responsabilidade Fiscal	Regime de Recuperação Fiscal
Art. 22. (...) Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:	Art. 8º - São vedados ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal:
IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;	IV - a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício;

Em outubro de 2016, após a divulgação dos relatórios de gestão fiscal evidenciando que o Estado tinha ultrapassado o limite prudencial da LRF, a PGE-RJ foi consultada pela Secretaria de Estado da Casa Civil e emitiu entendimento oficial sobre o art. 22, parágrafo único, inciso IV, da LRF. Por meio do Parecer nº 1/2016-CGRYN, da lavra do i. Procurador do Estado Ciro Grynberg, chancelado pela Procuradora-Geral do Estado, a PGE-RJ entendeu que a vedação ao provimento de cargos em comissão não pode ser vista de modo literal, sob pena de conduzir à *“paralização de setores essenciais, deixando vagas funções essenciais ao funcionamento da Administração Pública e à realização de comandos constitucionais confiados ao Poder Executivo”* (E-14/001.043176/2016, fls. 19).

É importante esclarecer que o Parecer nº 1/2016-CGRYN foi lançado no contexto em que o Estado tinha ultrapassado o limite prudencial, mas ainda não tinha chegado ao limite máximo. Ao analisar o advento do Decreto estadual nº 48.785/2016, entendeu-se que as normas previstas nos arts. 5º e 6º estavam em consonância com o Parecer, mas que deveriam ser mais restritivas caso o Estado já tivesse chegado ao limite da LRF (E-14/001.043176/2016, fls. 15). No entanto, a ressalva feita pelo i. Procurador do Estado não parece ter aplicabilidade no presente momento, tendo em vista que, como dito acima, a norma atualmente aplicável é aquela do art. 8º, da LC nº 159/2017 por força de seu art. 10, inciso I. Adiante, o i. Procurador do Estado conclui a fls. 19 do E-14/001.043176/2016:

“Conforme explicitado, há dúvida razoável acerca da interpretação literal do artigo 22, parágrafo único, inciso IV, da LC nº 101/00. No entanto, na linha de orientação já exarada por demais Cortes de Contas da federação, **não parece razoável a defesa da interpretação estrita da ressalva constante do citado inciso IV, uma vez que poderia conduzir à paralisação de setores essenciais, deixando vagas funções essenciais ao funcionamento da Administração Pública e à realização de comandos constitucionais confiados ao Poder Executivo.** Assim, é possível o provimento de cargos, empregos e funções, desde que: (i) não acarretem aumento de despesa, após a superação do limite prudencial, ressalvados, apenas, os casos de reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores nas áreas de educação, saúde e segurança; (ii) em qualquer hipótese, se observe o artigo 169, §1º, da Constituição, que exige para a admissão ou contratação de pessoal na Administração Pública prévia dotação orçamentária, bem como autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias; e (iii) os cargos, empregos ou funções a serem providos devem ser aqueles indispensáveis ao atendimento de políticas e ações públicas necessárias à continuidade dos serviços públicos e/ou ao cumprimento de mandamentos constitucionais, cabendo, em reforço de motivação da autoridade nomeante e à luz da situação concreta, o detalhamento do atendimento das circunstâncias anteriores” (destaquei).

Percebe-se pela leitura dos dispositivos da LRF e da LC nº 159/2017 acima citados, bem como dos trechos do Parecer nº 01/2006-CGRYN, que a LC nº 159/2017 aproximou o direito positivo do entendimento firmado pela PGE-RJ. Parte dos problemas aventados no referido Parecer foram solucionados; outros ficaram sem resposta. Por exemplo, a LRF não excepciona as reposições de cargo de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa; a LC nº 159/2017 inovou e o fez explicitamente. A LRF excepciona apenas as reposições de aposentadoria ou falecimento de servidores nas áreas de educação, saúde e segurança; a LC nº 159/2017 não restringe as áreas de reposição de pessoal, substitui a descrição de duas hipóteses de vacância (aposentadoria ou falecimento) e passa a empregar a categoria mais abrangente (a própria *vacância*), além de permitir que a reposição seja feita em relação a cargo de provimento efetivo ou vitalício.

No entanto, afora as diferenciações textuais, o entendimento oficial da PGE-RJ sobre a vedação do art. 22, parágrafo único, inciso IV, da LRF, chama a atenção para a necessidade de preservar os “*princípios da continuidade dos serviços públicos e da eficiência*” e evitar a “*paralisação de setores essenciais, deixando vagas funções essenciais ao funcionamento da Administração Pública e à realização de comandos constitucionais confiados ao Poder Executivo*”. Daí que o segundo

argumento é no sentido de que o entendimento oficial firmado pela PGE-RJ no **Parecer nº 01/2006-CGRYN** ainda tem aplicabilidade no contexto da LC nº 159/2017, pois **fornece razões de caráter sistêmico e pragmático para reforçar a interpretação sistemática contida no primeiro argumento.**

Feitas essas considerações, e com base na interpretação sistemática desenvolvida acima, bem como na orientação oficial da PGE-RJ sobre a matéria, conclui-se que não existem óbices jurídicos ao provimento dos cargos em comissão que serão criados por meio de transformação sem aumento de despesa.

CONCLUSÃO

Pelas razões acima expostas, parece-me não haver qualquer irregularidade na minuta de decreto de fls. 05/07, dada a sua compatibilidade com o entendimento oficial da PGE-RJ, conforme Parecer nº 02/2005-FDCB. Reitera-se a ressalva feita quanto à necessidade de compatibilizá-la com o disposto no art. 1º, da Lei Complementar nº 95/1998. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, o conteúdo da minuta não parece extrapolar os limites dos poderes do Chefe do Poder. Dentre os diversos aspectos analisados neste Parecer, alguns são destacados abaixo:

- **Criação e extinção de órgão público e transformação de cargo em comissão por meio de Decreto.** O Parecer nº 02/2005-FDCB, chancelado pelo Procurador-Geral do Estado, estabeleceu a orientação oficial no sentido de que a Emenda Constitucional nº 32/2001 teria provocado a “*substancial ampliação das competências*” do Chefe do Poder Executivo e criado um “*núcleo irredutível de competência regulamentar plena*”, autorizando a disposição, mediante decreto, de organização e funcionamento da Administração Pública. É juridicamente possível confeccionar minuta de Decreto que pretenda criar (art. 1º, inciso I) e extinguir (art. 1º, inciso II) órgãos públicos, bem como transformar cargos públicos (art. 2º, inciso I). Ressalva de entendimento pessoal em sentido contrário.
- **Criação e extinção de órgão público e o Regime de Recuperação Fiscal.** A Lei Complementar nº 159/2017 não contém norma que vede a criação de órgão público ou a disposição sobre organização e funcionamento da Administração Pública.
- **Transformação de cargo em comissão, o Decreto estadual nº 45.786/2016 e o Regime de Recuperação Fiscal.** O art. 6º, do Decreto estadual nº 45.786/2016, não constitui óbice à

transformação de cargos em comissão, porque o mesmo órgão que cria um ato normativo mantém o poder de modificá-lo ou extingui-lo e porque a antinomia parcial unilateral havida entre o dispositivo regulamentar existente e a minuta de Decreto é solucionada pelo critério da especialidade (relação de regra-exceção). Mesmo sob o regime da Lei Complementar nº 159/2017 é possível que a Administração Pública transforme, sem aumento de despesa, cargos em comissão, tendo em vista que o art. 8º, inciso II, da Lei Complementar nº 159/2017, veda a criação de cargo público que implique aumento de despesa.

- **Admissão de pessoal em cargo em comissão criado por transformação, o Decreto estadual nº 45.786/2016 e o Regime de Recuperação Fiscal.** Pelas mesmas razões do item anterior o art. 5º, do Decreto estadual nº 45.786/2016, não constitui óbice à admissão de pessoal em cargo em comissão criado por transformação e sem aumento de despesa. Na perspectiva do Regime de Recuperação Fiscal, o problema da admissão de pessoal para ocupar o cargo criado por transformação se soluciona pela interpretação sistemática dos incisos II e IV, do art. 8º, da Lei Complementar nº 159/2017. A interpretação literal do art. 8º, inciso IV, esvaziaria a própria eficácia jurídica do inciso II. Além disso, o Parecer nº 1/2016-CGRYN fornece razões sistêmicas e pragmáticas que reforçam a leitura combinada dos incisos II e IV, justificando a conclusão pela possibilidade admissão de pessoal para ocupar os cargos em comissão criados por transformação.

Dada a inquestionável relevância da matéria concernente à Recuperação Fiscal do Estado do Rio de Janeiro, **é necessário submeter esta manifestação ao exame da d. Procuradoria-Geral do Estado, na forma da Orientação Administrativa PGE-RJ nº 4:**

“Devem ser objeto de prévio exame jurídico, com Parecer conclusivo do Órgão Jurídico Local ou Setorial, as matérias que possam ter qualquer impacto sobre o Regime de Recuperação Fiscal do Estado, previsto na Lei Complementar nº 159 (tais como as vedações constantes do art. 8º da citada lei), submetendo-se sempre tal parecer ao Procurador do Estado titular da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado a que esteja vinculado, bem como presumindo-se a repercussão geral para a

Administração Pública estadual, para fins de incidência do disposto no art. 4º, inciso IV, da Lei Estadual nº 5.414/2009, e consequente sujeição obrigatória à aprovação do Procurador-Geral do Estado.”

Assim, à d. Procuradoria-Geral do Estado com recomendação de vista à Procuradoria de Pessoal (PG-04) e à Coordenadoria-Geral do Sistema Jurídico (PG-15).

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2018.

MARCELO SANTINI BRANDO
Procurador do Estado
Assessor Jurídico – AJUPLAG/SEFAZ

VISTO

Visto. Aprovo o Parecer SUBJUR/AJUPLAG nº 03/2018 – MSB, de fls. 24 a 66, da lavra do Procurador do Estado Marcelo Santini Brando, chancelado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal, Antonio Joaquim Pires de Albuquerque (fls. 67 a 70).

De fato, conforme afirmado no Parecer, o entendimento consolidado de há muito no âmbito desta Procuradoria é no sentido da possibilidade de criação, transformação e extinção de órgãos públicos por meio de Decreto autônomo (v. Parecer nº 02/2005-FDCB).

De igual forma, também não se vislumbra na Lei Complementar Nacional nº. 159, de 2017 – que disciplina o Regime de Recuperação Fiscal hoje vigente no Estado – óbice à proposta de alteração da estrutura organizacional da Subsecretaria de Estado de Receita analisada pelo Parecer sob exame.

Em primeiro lugar, porque referido diploma legal, em seu artigo 8º, inciso II, apenas veda a criação de cargos que gere aumento de despesas. E, no caso presente, trata-se da criação de cargos por transformação, com expressa afirmação em sentido contrário.

Em segundo lugar, porque também a admissão de pessoal para a ocupação desses cargos criados é admitida no inciso IV do já citado artigo 8º. Note-se, conforme bem ressaltado no Parecer que, embora a redação do dispositivo refira-se a *reposições*, resta evidente que também a admissão de pessoal para ocupar o cargo resultante da transformação, em “reposição” ao ocupante do cargo transformado, deve ser admitida. Conforme afirmado no Parecer, “*se a própria lei admite a criação de cargos e se o exercício das funções atreladas aos cargos depende da admissão de pessoal (e não necessariamente de reposição), então o provimento em*

caráter inicial não pode ser considerado vedado, sob pena de tal interpretação esvaziar a própria regra permissiva do inciso II”.

Também assiste razão ao parecerista no que concerne à inexistência de óbices às medidas pretendidas em decorrência das disposições do Decreto Estadual nº. 45.785, de 2016, que veda o provimento e a transformação de cargos na Administração Estadual.

Isto porque a edição do novo Decreto permitindo pontual e especificamente a transformação e o provimento de cargos sem aumento de despesas configurará “antinomia parcial unilateral”, *solucionada por critério de especialidade*”. Ou seja, uma vez editado o Decreto pretendido, derogado estará o Decreto Estadual 45.785/16 especificamente para a situação agora tratada.

Finalmente, endosso ainda a recomendação feita no Parecer a título de ressalva, no sentido de que a minuta apreciada carece de pontual porém relevante ajuste, para atendimento ao disposto no artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar Nacional nº. 95, de 1998. Deve assim ser alterada, para que conste em seu artigo 1º do Decreto seus objeto e âmbito de aplicação.

Quanto à deliberação pela edição do Decreto em si, trata-se evidentemente de matéria que escapa aos limites de competência da Procuradoria Geral do Estado, sujeita ao juízo privativo de conveniência e oportunidade do Chefe do Poder Executivo.

À SEFAZ, em prosseguimento, para ciência da recomendação de ajuste acima formulada e providências pertinentes, bem para posterior remessa dos autos ao Excelentíssimo Senhor Governador.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2018.

RODRIGO CRELIER ZAMBÃO DA SILVA
Procurador-Geral do Estado