



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 201910319001345
INTERESSADO: GERÊNCIA DA SECRETARIA GERAL
ASSUNTO: MINUTA

DESPACHO Nº 616/2019 - GAB

EMENTA: MINUTA DE DECRETO. INSTITUIÇÃO DO CONSELHO ESTADUAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS- LGBTT NO ÂMBITO DA SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL. CONSELHO DE DIREITO. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ART. 204, II, DA CF/88. ÓRGÃO COLEGIADO QUE NÃO É ENTE GOVERNAMENTAL TÍPICO. NOVIDADE QUE NÃO GERA DESPESA PÚBLICA E SEQUER DETERMINA NOVAS COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS. INCIDÊNCIA DO ART. 84, VI, “A”, DA CF/88. AUSÊNCIA DE ÓBICES JURÍDICOS À CONSUBSTANCIAÇÃO FORMAL DA MINUTA.

1. Autos nos quais a Secretaria de Estado da Casa Civil deste Estado, por sua Gerência de Registro e Controle de Autógrafos de Leis, solicita análise de Minuta de Decreto que institui o *Conselho Estadual de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais- LGBTT*, órgão colegiado, no âmbito da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social.

2. Antes de focar especificamente a juridicidade formal do esboço normativo apresentado, julgo relevante expor algumas propriedades dos conselhos gestores de políticas públicas, gênero no qual inserida a entidade a ser criada. Trata-se de instituições admitidas e valorizadas pelo modelo de democracia que caracteriza nosso atual ordenamento constitucional, traduzindo a cidadania participativa, e representando-se como instrumentos de auxílio aos representantes eleitos na definição de políticas públicas, numa espécie de complemento da democracia representativa. Esses conselhos de direito realizam-se, efetivamente, pela participação popular, com a reunião de pessoas para discutir, opinar e deliberar sobre assuntos de interesse público.

3. Nesse encadeamento, emergem Organizações da Sociedade Civil voltadas a apreender os anseios da comunidade quanto a certa matéria e, assim, fazer a correlata interlocução com as instituições públicas encarregadas da execução da atividade correspondente. Os conselhos gestores são, assim, instrumentos para essa participação popular direcionada a influenciar o planejamento e a definição de políticas

públicas.

4. Essas instâncias deliberativas e de controle social, malgrado voltadas a aprimorar a política pública, não têm natureza pública propriamente dita, pois para que sejam preservadas como instrumento de envolvimento dos cidadãos na demarcação das escolhas dos gestores públicos, é fundamental que sejam isentas das condicionantes do direito público. Sob essas características, tais entidades não se retratam como órgãos públicos ou governamentais típicos, malgrado possam integrar a estrutura de uma unidade pública em razão da ligação entre suas finalidades e interesses.

5. A propósito, cito a orientação desta Procuradoria-Geral no **Despacho “AG” nº 001994/2014**:

“7. (...) a razão da existência dos conselhos de direito explica algumas de suas propriedades singulares, como sua estruturação e organização numa linha normativa que não pode ser equivalente às que ordinariamente regem as relações da Administração Pública. Outro destaque característico, é que, para assegurar a participação popular que é da essência desses conselhos, seus membros não são servidores públicos, e podem ingressar ou deixar a entidade corporativa livremente.

8. Exato, todavia, que, pela convergência entre os interesses desses conselhos com os do Poder Público, este pode reputar conveniente normatizar a criação dessas espécies de corporações, determinando alguns elementos orientadores de suas estruturas. Será, então, a dimensão do interesse do Estado na institucionalização de determinado conselho de direito que precisará a sua configuração.”

6. Nessa perspectiva, condizente com o regime democrático pátrio, os conselhos de direito, como tradução de um canal entre o Poder Público e a sociedade civil organizada, são espaços públicos institucionais, mas, repiso, não qualificados como órgãos governamentais característicos. E o Conselho Estadual LGBTTT, tratado na Minuta, é símbolo exato desse modelo de governança democrática, via participação social, coerente ao artigo 204, II, da Constituição Federal¹.

7. Imbuída, portanto, do relatado intuito da gênese dos conselhos de direito, a proposta normativa dos autos traz comandos referentes à organização do Conselho Estadual LGBTTT, sendo nítida quanto à sua composição plural, com participação dos cidadãos desvinculada do Poder Público. O pretenso ato normativo exhibe referenciais à estruturação e ao funcionamento dessa entidade, conciliando o interesse público maior de afiançar efetiva assistência social com a filosofia de participação comunitária na política e nas ações públicas correlatas. Com isso, a minuta cria o Conselho em tela, destacando-o como órgão da estrutura da Secretaria de Desenvolvimento Social - dada a afinidade entre seus objetivos -, todavia, lhe dota da já comentada conformação jurídica peculiar, especial, direcionada a manter sua autonomia política.

8. Contanto as reflexões dos itens acima se relacionem, de certo modo, à substância minutada, concorrem ao desenlace da questão atinente à forma legítima para o ato normativo tencionado, tópico este sobre o qual prossigo com a orientação.

9. Por via de regra, a criação de cargos, funções e órgãos públicos é matéria de reserva legal e, por isso, somente lei pode dispor a respeito (artigo 20, § 1º, II, “a”, “b” e “e”, da Constituição Estadual, e artigo 61, § 1º, II, “a” e “e”, da Constituição Federal, este pelo princípio da simetria). Em sendo assim, a lei, a princípio, consiste no veículo apto a instituir e a extirpar órgãos da Administração Pública, e a determinar suas atribuições.

10. Tem, entretanto, o Chefe do Poder Executivo a prerrogativa, conferida constitucionalmente, de atuação normativa por instrumentos secundários à lei, para fins de ordenar e constituir a estrutura administrativa. Nesse sentido, os artigos 37, XVIII, da Constituição Estadual², e 84, VI, “a”, da Constituição Federal (consoante princípio da simetria). Essa faculdade constitucional do Chefe do Poder Executivo é excepcional, e circunscreve-se às hipóteses taxativas enunciadas na ordem constitucional, as quais não alcançam matérias que representam delineamento de direito novo ou ensejadoras de incremento da despesa estatal. Por isso, Decreto daquela autoridade que determine a instituição de cargo, função ou órgão público é injurídico.

11. Ao excluir da atividade normativa do dirigente do Poder Executivo circunstâncias que envolvam a instituição de órgão ou de ocupações públicas, os aludidos preceitos constitucionais visaram preservar no Poder Legislativo a ponderação e a deliberação de medidas que resultem em despesas públicas - as quais, por suposição, decorrem da criação daqueles gêneros de unidades administrativas ou núcleos funcionais -, e a aferição quanto ao encaixe de tais gastos no orçamento público, o que é consectário do sistema democrático pátrio. Também acerca de restrições a direitos individuais - que podem ser corolários da criação de novas competências administrativas - mantém-se o debate político na seara do Poder Legislativo, como meio de descaracterizar a unilateralidade em imposições do Poder Executivo, com efeitos limitativos ao círculo jurídico dos indivíduos.

12. Mas, ainda que a criação de órgãos force a ideia de incremento de dispêndios públicos e/ou de limitação à esfera jurídica dos particulares, não é inafastável a hipótese - instituição de órgão -, em que a novidade administrativa não represente aumento de despesas e sequer restrição a direitos individuais. Lições doutrinárias explanam esse contexto:

“(...) 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 constringam a esfera jurídica dos particulares.”³

“ É evidente que a 'criação' de órgãos administrativos através da técnica da subdivisão não foi abolida do sistema brasileiro. O telos reformador foi agilizar a Administração e facilitar os meios de sua própria organização. A idéia não era dificultar a sua reestruturação interna, como ocorreria numa interpretação literal da vedação em discussão. Em síntese, o que se quer demonstrar é que a subdivisão orgânica não significa, em princípio, a criação de novos órgãos no sentido da norma do art. 84, VI, 'a', da Constituição. O que não se vislumbra ser possível é que, através da reorganização e transferência de atribuições administrativas se crie órgão novo com características inteiramente diversas dos órgãos que lhe deram origem. Nesse

caso, pode-se pegar emprestada, como parâmetro da ação regulamentar, a idéia do desvio de finalidade dos atos administrativos.”⁴ (destaquei)

13. O Supremo Tribunal Federal denota compartilhar do ideário transcrito, malgrado seus julgados, até então, tenham apenas tangenciado as questões acima tratadas. Nesse sentido, seguem algumas deliberações da corte constitucional:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.835/2001 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. INCLUSÃO DOS NOMES DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS INADIMPLENTES NO SERASA, CADIN E SPC. ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. INICIATIVA DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, **podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e e art. 84, VI, a da Constituição federal)**. Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada.”*
(destaquei)⁵

*“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. **Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional n.º 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.”* (destaquei)⁶

“(…)

*Ora, escusa advertir que decreto expedido no exercício de competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo não é lei em sentido formal, nem ato normativo originário ou independente, mas derivado, **cuja eventual inovação necessária na ordem jurídica não pode implicar criação de direitos nem de obrigações objeto da competência legiferante privativa da Constituição ou da lei**, pois se preordena a prever normas tendentes a viabilizar as formas de execução desta ou daquela por parte do Executivo.*

Nem tampouco precisaria notar que a competência para a edição de decretos, atribuída ao chefe do Poder Executivo, não se confunde com o poder de desencadear

o processo legislativo de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou de aumento de sua remuneração.”(destaquei)⁷

“(…)

21. Quanto ao art. 8º da Lei tocaninense n. 1.950/2008, tem-se que seu comando normativo é demasiadamente amplo.

Ao delegar ao Chefe do Poder Executivo poderes, 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', o legislador estadual acabou por deixar em aberto a possibilidade de governador, a pretexto de organizar a estrutura administrativa do Estado, criar novos cargos sem a edição de lei.

A despeito de existir na parte final desse dispositivo normativo ressalva taxativa no sentido de que essa atribuição não pode ser exercida se houver 'aumento de despesa, (ou importar) criação ou extinção de cargos e órgãos públicos', **a depender da abrangência das alterações afeitas às competências, atribuições, denominações e especificações dos cargos, pode ficar configurada a inconstitucionalidade rechaçada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, quando o Supremo Tribunal, repete-se, afirmou que 'a criação de cargos públicos só pode dar-se mediante edição de lei em sentido formal, e não por via de decreto'** (Ministro Cezar Peluso, DJ 3.10.2008).

Como ponderado pelo Procurador-Geral da República, esse 'dispositivo, ao contrário de se harmonizar com os arts. 61, §1], II, 'a', e 84, VI, da Constituição, desvirtua as normas por ele veiculadas, possibilitando ao Governador do Estado agir além da competência assegurada pelo texto constitucional, de tal sorte que **a alteração na estrutura administrativa, e, em especial, nas competências e especificações dos órgãos públicos, promovidas a título de reorganização, possuam tamanha significação que representem, na realidade, verdadeira inovação na ordem jurídica, o que não é admitido pela Constituição Federal'** (grifos no original).

Sob esse aspecto, válido retomar o voto proferido pelo Ministro Ayres Britto no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO:

'a lei (tocantinense n. 1.124) é de uma inconstitucionalidade enlouquecida, desvairada, é tríplice, a ponto de habilitar o Poder Executivo a, mediante decreto, criar cargos sem quantitativos, ou seja, sem limite numérico. Não há nem limite numérico para a criação de cargos e funções tanto em comissão como de provimento efetivo. Assim também a redistribuição de pessoal sem nenhum parâmetro. A redefinição das tabelas dos cargos comissionados e funções gratificadas também sem nenhum parâmetro. A própria remuneração de cada cargo ficou em aberto; a própria nomenclatura do cargo, ou seja, o tipo do cargo, a natureza do cargo. Tudo foi adjudicado, foi entregue ao arbítrio do Poder Executivo. (...)'

(…)

Se a caracterização de determinado cargo dá-se pelas atribuições que lhe são conferidas, dúvidas não remanescem de que essas alterações importariam, reflexamente, na criação de novos cargos. Daí a inconstitucionalidade das expressões 'atribuições', 'denominações' e 'especificações' de cargos contidas no art. 8º da Lei n.

14. Dos trechos reproduzidos, sobressai perceptível a concepção do Supremo Tribunal Federal em não abrigar atos infralegais que deem ensejo à majoração de dispêndios públicos ou à inovação na ordem jurídica - esta última compreendida a partir de uma interpretação conjunta das próprias determinações constitucionais daquilo que é matéria de reserva legal, com os limites expressamente estatuídos no artigo 84, VI, “a”, citado.

15. Entretanto, observadas as aludidas condicionantes, a Corte Suprema abona o poder normativo do Chefe do Poder Executivo para disciplinar a estruturação da administração pública, pois, como exposto, nesses lindes, essa atuação nada mais representa que reordenação interna administrativa, em que o Decreto se coloca como instrumento mais célere, simples, eficiente, ótimo, e de fácil manejo, para que aquela autoridade promova tais mudanças que, na realidade, já devem decorrer de determinações legais.

16. Ao aplicar as premissas antecedentes na apreciação do conteúdo da Minuta núcleo deste feito, compreendo que a matéria do Anteprojeto dirige-se a “*organização e funcionamento da administração*” de incumbência privativa do Chefe do Poder Executivo; na espécie, há estabelecimento de novo órgão colegiado na estrutura de Secretaria de Estado.

17. A disciplina da questão pode, assim, dar-se por Lei (artigo 61, § 1º, II, “a” e “e”, da Constituição Federal, incidente em razão do princípio da simetria) ou por Decreto (artigo 84, VI, “a”, da Constituição Federal¹⁰), a depender da dimensão das matérias disciplinadas. E, aqui, repito que quaisquer efeitos implicativos de dispêndios públicos ou que de algum modo condicionem direitos de particulares só poderão ser validamente determinados por Lei.

18. Destarte, a conclusão quanto ao instrumento exato que deve disciplinar a matéria da Minuta - se Lei ou Decreto - requer a prévia verificação quanto: *i*) à inauguração de novas atribuições para cargos ou funções públicas; *ii*) à instituição de novas competências administrativas restritivas da esfera jurídica de terceiros; e, *iii*) à geração de despesas pública ou de novos cargos ou funções públicas. Sendo positivas alguma dessas hipóteses, apenas à Lei caberá dispor a respeito, remanescendo ao Decreto as circunstâncias explanadas numa tônica negativa em ditas alíneas *i* a *iii*.

19. Num exame dos preceitos da Minuta, e já retomando as considerações iniciais acerca das propriedades dos conselhos de direito, possível afirmar que as atribuições ali reguladas do Conselho Estadual LGBTT em nada interferem no conjunto de competências já definidas em lei e que são da alçada da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, ou de outro ente do Executivo; os preceitos minutados revelam formas de participação popular, pelos membros conselheiros, no planejamento e implementação de ações e programas públicos que, legalmente, já estão na alçada daquela Secretaria. A disposição da matéria em ato normativo, finalidade à qual se propõe a Minuta, apenas explicita os modos pelos quais a sociedade deve participar da construção e da fiscalização de atividades públicas existentes (art. 204, II, da Constituição Federal), não tratando de nova competência administrativa capaz de repercutir em direitos de particulares. Nessa mesma ideia, a função dos conselheiros em nada extrapola ou inova atribuições de cargos ou funções públicas típicas, até pelo fato de que os membros do Conselho agem por um múnus público e, obviamente não são agentes políticos, nem servidores públicos. Mesmo fitando o artigo 8º da

proposição de Decreto, não há sinais de incremento de despesa pública, pois o mandamento indica que a estruturação física e o pessoal técnico-administrativo¹¹ do Conselho Estadual LGBTTT aproveitarão das respectivas composições já presentes da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social; por conseguinte, não há quaisquer das reservas que a Constituição Federal impõe, no seu artigo 84, VI, “a”, em relação ao uso do Decreto.

20. Sem embargo, anoto que a predileção por lei ordinária, como espécie normativa para a instituição do Conselho Estadual LGBTTT, implica melhores condições para perenidade da instituição e, conseqüentemente, para a eficácia dos seus objetivos.

21. Do exposto, não há óbices jurídicos à consolidação formal da Minuta de Decreto do feito¹², sem prejuízo da observação constante do item 20.

22. Matéria orientada, devolvam-se os autos à **Secretaria de Estado da Casa Civil, via Gerência de Registro e Controle de Autógrafos de Leis**, para os fins de mister. Antes, porém, dê-se ciência do teor desta orientação aos Procuradores do Estado lotados na **Procuradoria Administrativa** e ao representante do **Centro de Estudos Jurídicos**, este último para o fim declinado no artigo 6º, §2º, da Portaria nº 127/2018 GAB, desta Procuradoria-Geral.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

1“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - (...);

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

2“Art. 37. (...).

(...)

XVIII - dispor, em relação ao Poder Executivo e mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

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

3 SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos: limites da lei e decreto regulamentar. Revista de Direito Público, Londrina, n. 97, p. 48, 1991.

4CYRINO, André Rodrigues. O regulamento autônomo e a EC n. 32/2001: uma reserva de administração. Revista de Direito, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://www.camara.rj.go.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_regulamentoautonomo.pdf>. Acesso em 15/6/2015.

5ADI 2857, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00025 EMENT VOL-02301-01 PP-00113.

6ADI 2564, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2003, DJ 06-02-2004 PP-00021 EMENT VOL-02138-03 PP-00511.

7Trecho do voto do relator Ministro Cezar Peluso na ADI 3232/TO, condutor do julgamento.

8Fragmentos do voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI 4125/TO, também determinante da decisão final.

9Ainda sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se na s ADIs 3254/ES e 2806/RS.

10 O parágrafo único do artigo 37 da Constituição Estadual, em harmonia com o artigo 84, parágrafo único, da Constituição Federal, permite que o chefe do Poder Executivo delegue a Secretário de estado sua atribuição de dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração pública

11Parto da premissa que o pessoal técnico-administrativo, do artigo 8º da minuta, desempenha atividades-meio, desconectadas da finalidade principal do Conselho Estadual LGBTT; são serviços acessórios ao funcionamento operacional da entidade

12Registro, ademais, que o Estado de Goiás já, no passado, já regulamentou, por ato infralegal, conselho como o da minuta deste feito; vide Decreto estadual nº 6.855/2008, restabelecido pelo Decreto nº 7.428/2011.

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE**, Procurador (a)-Geral do Estado, em 05/05/2019, às 17:10, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador 7014309 e o código CRC 9FFF55A9.



Referência:
Processo nº 201910319001345



SEI 7014309