

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 180
Outubro/dezembro – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Limites constitucionais do decreto regulamentar na criação e extinção de órgãos e cargos públicos no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte

Vladimir da Rocha França

Sumário

1. Introdução. 2. Previsão da competência regulamentar na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte de 1989. 3. Criação e extinção de órgãos públicos. 4. A criação e a extinção de cargo público. 5. Conclusão.

1. Introdução

Na implantação ou mudança de modelos para a gestão pública estadual, é freqüente a demanda pela criação e extinção de órgãos e cargos de provimento em comissão no âmbito da Administração. Por diversas razões, os compromissos partidários e as reivindicações legítimas dos grupos que partilham o poder político esbarram nos limites jurídicos impostos pelo sistema do direito positivo.

Como nem sempre o regime constitucional do processo legislativo é compatível com a celeridade que se deseja impor nesse escopo organizacional, o Governador do Estado pode-se sentir tentado a dispor sobre a matéria mediante a expedição de decretos. No caso do Estado do Rio Grande do Norte, isso não encontraria maiores obstáculos em razão do disposto no art. 11 da Lei Complementar Norte-rio-grandense nº 163, de 5.2.1999.

Nesse dispositivo, reconhece-se a competência do Governador do Estado para regulamentar a estrutura e o funcionamento

Vladimir da Rocha França é mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

de cada uma das unidades da administração direta, das autarquias e fundações públicas por meio de decreto.¹ Todavia, nenhum preceito legal deve ser compreendido com desprezo às demais normas que compõem o ordenamento jurídico vigente.

O objetivo do presente ensaio é justamente aferir que limites devem ser observados pelo Governador do Estado no uso de decretos para a criação e extinção de órgãos públicos e de cargos de provimento em comissão, à luz da Constituição Federal de 1988 e da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte de 1989.

2. Previsão da competência regulamentar na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte de 1989

A Administração Brasileira, por injunção do princípio da legalidade administrativa, encontra-se subordinada à lei. Enquanto o particular pode realizar tudo o que lei não proíbe, a Administração somente tem legitimidade para agir quando a lei lhe autoriza, conforme da lição clássica de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 82-83).

O princípio da legalidade administrativa constitui um dos alicerces fundamentais do regime jurídico-administrativo. Não há como se conceber um Estado de Direito sem essa noção crucial. Entretanto, além de garantia do cidadão contra eventuais arbítrios do Estado, a legalidade serve como instrumento que viabiliza a ação da Administração na concretização do interesse público.

Não obstante, a expedição de normas gerais não é atributo exclusivo do legislador. Entre os instrumentos introdutórios de normas gerais no ordenamento jurídico, há os decretos.

Os decretos são os veículos previstos pelo direito positivo para as manifestações do Chefe do Poder Executivo (Cf. DI PIETRO, 2002, p. 222). Podem introduzir normas individuais (como um decreto de desapropriação) ou normas gerais (quando dão forma aos regulamentos) no ordenamento jurídico.

Os regulamentos são atos jurídicos expedidos pelo Chefe do Executivo que inserem, no sistema do direito positivo, normas gerais que têm por finalidade a complementação da lei ou da própria Constituição, quando exigido o desenvolvimento de atividade administrativa (Cf. ATALIBA, 1998, p. 135).

Como se sabe, cada Estado Federado tem os poderes de auto-organização e de autolegislação, sendo-lhes conferido o direito de se reger por sua Constituição e pelas leis que editar na esfera de sua competência, respeitados os preceitos da Constituição Federal (Cf. CLÈVE, 1993, p. 56-83; HORTA, 2003, p. 361-448; SILVA, 2002, p. 589-598)². Na ordenação dos poderes do Estado Federado na respectiva Constituição, é preciso que se observe o modelo de Poder Executivo previsto na Constituição Federal para a União (Cf. SILVA, 2002, p. 609, 624-625).

No Estado do Rio Grande do Norte, a competência privativa do Governador do Estado para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei tem arrimo no art. 64, inciso V, da Constituição Estadual³.

Para a compreensão do sentido e do alcance do regulamento, perante o ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível entender a sua relação com a legalidade e com a teoria da “separação dos poderes”.

O direito positivo brasileiro consagrou, como próprio de qualquer ordenamento ju-

¹ “Art. 11. O Governador do Estado regulamentará, por decreto, a estrutura e o funcionamento de cada uma das unidades da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, indicadas neste Título e constante do Anexo I, parte integrante desta Lei”.

² Vide art. 28 da Constituição Federal.

³ “Art. 64. Compete privativamente ao Governador do Estado: (...) V – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

rídico de base republicana e democrática, o princípio da separação funcional do poder. No art. 2º, da Constituição Estadual, temos o seguinte enunciado:

“Art. 2º São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Nos dias atuais, não há rigor na expressão “separação dos poderes”, haja vista a divisão de trabalho que os ordenamentos jurídicos modernos adotam para as funções jurídicas do Estado, identificando no povo a legitimidade do poder do Estado⁴. É evidente que, consoante a dogmática jurídica, o perfil do princípio da separação funcional do poder será delineado pelo direito positivo.

Tal delineamento é identificado mediante a compreensão do regime jurídico que orienta a estática e a dinâmica de cada função estatal. As funções do Estado, no direito positivo brasileiro, são essencialmente três: a função legislativa, a função administrativa e a função jurisdicional.

A função legislativa corresponde à atividade de expedição de normas jurídicas que inovam originariamente o direito positivo, uma vez que goza de fundamento direto na Constituição. Esses preceitos jurídicos devem-se subordinar às normas constitucionais e somente podem ser validamente expedidos segundo os imperativos regentes do processo legislativo.

No art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, enuncia-se que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e do art. 26, *caput*, da Constituição Estadual⁵, a Administração se encontra subordinada ao princípio da legalidade.

⁴ Ver art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

⁵ “Art. 26. A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (...)”.

A função administrativa compreende a expedição de normas complementares à lei, expedidas por quem esteja numa posição de autoridade e supremacia e sujeitas ao controle jurisdicional, com a finalidade de concretizar o interesse público. A atividade administrativa, como toda a atividade estatal, encontra-se subordinada ao ordenamento jurídico como um todo. Daí a existência de acertada opinião doutrinária que prefere denominar juridicidade administrativa essa necessária sujeição entre a Administração e o direito positivo (Cf. FRANÇA, 2000, p. 52-68).

Outra característica própria da função administrativa é o princípio da hierarquia, inexistente nas demais funções do Estado.

Todavia, conforme o perfil constitucional da legalidade no direito positivo brasileiro, a atividade administrativa é uma atividade infralegal, que se encontra especialmente subordinada à lei. Lei, aqui e no texto constitucional, deve ser entendida como o veículo introdutor empregado pelo Poder Legislativo para a exercer sua função típica, qual seja: a função legislativa.

Sobre o assunto, calha transcrever o seguinte ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 311, grifo do autor):

“(…) é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia

dispor. No Direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para o regulamento”.

A Constituição Estadual, em seu art. 64, inciso VII, confere ao Chefe do Poder Executivo a competência para expedir normas gerais para disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Estadual, na forma da lei⁶.

Diante do enunciado do art. 5º, inciso II, da Lei Maior, há duas situações que devem ser levadas em consideração: a vinculação da Administração às definições da lei; e a vinculação da Administração às definições fixadas em virtude da lei (GRAU, 1996, p. 183). No primeiro caso, esclarece Eros Roberto Grau (1996, p. 183), está-se diante da reserva da lei; no segundo, da reserva da “norma”, entendida esta como preceito abstrato e geral.

Não há necessariamente ofensa ao princípio da legalidade quando a lei confere ao Poder Executivo a competência para expedir normas gerais, como bem esclarece Eros Roberto Grau (1996, p. 184):

“Voltando ao art. 5º, II, do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando – manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto – ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou de não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários”.

Lembra ainda Eros Roberto Grau (1996, p. 184) que:

“(…) se há um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei –, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos; quanto à definição

⁶ “Art. 64. Compete privativamente ao Governador do Estado: (...) VII – dispor sobre a organização e funcionamento da administração estadual, na forma da lei”.

do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias não cabem regulamentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional tivesse disposição despicienda – *verba cum effectu sunt accipienda*”.

Entretanto, Geraldo Ataliba (1998) apresenta um temperamento que deve ser observado na questão. Os regulamentos existem justamente para dar concreção às leis administrativas, ou seja, àqueles diplomas legais que demandam a ação administrativa para a materialização de suas finalidades. Cabe ao regulamento estabelecer que órgãos, em que condições e quais os instrumentos que deverão ser utilizados pela Administração na concretização da lei (ATALIBA, 1998, p. 139).

Explica ainda Geraldo Ataliba (1998, p. 140) que a responsabilidade última pela fiel observância das leis administrativas é do Chefe do Poder Executivo e, portanto, as responsabilidades dos servidores públicos a ele subordinados se coordenam com a responsabilidade daquele.

Tal consideração encontra eco no sistema constitucional em vigor. Afinal, cabe ao Governador do Estado “exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual”⁷, devendo responder pelos crimes de responsabilidade que praticar na forma da legislação pertinente⁸.

Como bem assevera Geraldo Ataliba (1998, p. 140):

“(…) o regulamento pode ser inovador; pode criar deveres e obrigações para os subordinados ao editor (funcionários, servidores, agentes públicos) ou para os órgãos sujeitos à sua

⁷ Vide art. 64, inciso III, da Constituição Estadual.

⁸ Vide o art. 65, *caput*, da Constituição Estadual: “Art. 65. São crimes de responsabilidade do Governador os definidos em lei federal, que estabelece normas de processo e julgamento”.

tutela (autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e até concessionárias), desde que esses deveres e obrigações sejam instrumentos do fiel cumprimento das leis.

(...) o administrado investido num direito por uma lei, ao dirigir-se a uma repartição, somente poderá tratar, no horário fixado por regulamento, com o órgão também nele previsto, na pessoa dos servidores escalados, usando os formulários regularmente prescritos. Na medida em que os agentes públicos – pela subordinação hierárquica – são constrangidos por essas regras o terceiro que com eles trate a elas se deve conformar”.

Diante dos preceitos constitucionais expostos, visualizam-se três espécies de regulamento no direito positivo pátrio: os (i) regulamentos de execução, os (ii) regulamentos autorizados e os (iii) regulamentos autônomos. O regulamento de execução e o regulamento autorizado se apresentam sob a forma de decreto regulamentar; os regulamentos autônomos, sob a forma de decreto autônomo.

Os regulamentos de execução são aqueles que se limitam a viabilizar a aplicação de normas veiculadas pela lei, que exigem a atuação da Administração. Procuram conferir uma melhor densidade à aplicação da lei no âmbito administrativo.

Mediante os regulamentos de execução há: (i) o estabelecimento de aspectos procedimentais relevantes para a implementação dos mandamentos legais; (ii) a disciplina do exercício das competências discricionárias que a lei reconhece à Administração; e (iii) a outorga de uma maior densidade aos termos jurídicos fluidos empregados no texto legal.

Essa espécie de regulamentos destina-se à regulação das relações de supremacia geral da Administração. São vínculos jurídico-administrativos que envolvem a generalidade dos administrados, por disci-

plinarem diretamente a liberdade e a propriedade dos mesmos. Impõe o princípio da legalidade que toda e qualquer restrição à liberdade e à propriedade do cidadão somente tem legitimidade se instituída e regulada por lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 317) explica que o regulamento não pode inserir, no sistema do direito positivo, qualquer direito ou dever desprovido de previsão em lei:

“Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege”.

O ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello tem plena aplicabilidade, desde que se trate de relação de supremacia geral da Administração. Realmente, haveria uma delegação legislativa disfarçada se a lei autorizasse ao Chefe do Poder Executivo a expedição de regulamentos instituidores de restrições ou benefícios à liberdade e à propriedade do administrado. Sem sombra de dúvida, uma séria violação à juridicidade.

Entretanto, tal postura não se pode estender a todas as relações jurídicas mantidas pela Administração.

Os regulamentos autorizados decorrem da atribuição legal expressa ou implícita de competência para expedir normas gerais que envolvam relações de supremacia especial da Administração.

As relações de supremacia especial da Administração são vínculos específicos entre o Estado e determinados administrados. São vínculos que não envolvem a generalidade dos administrados, seja porque escolheram o regime de sujeição especial, seja porque se exige uma regulação interna mais detalhada. Elas demandam prerrogativas especiais para a Administração, tais como a de instituir direitos e deveres para aqueles que estejam envolvidos numa relação de sujeição especial. São exemplos clássicos: os servidores públicos; os contratados pela Administração sob o regime dos contratos administrativos; os matriculados em instituições públicas de ensino; os internados em hospitais públicos, entre outros.

Como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 701-702), essas interações demandam uma disciplina interna, que impõe a necessidade da instituição de restrições e benefícios aos administrados para viabilizar o bom desenvolvimento das atividades delas decorrentes. E adverte ainda que é impossível, impróprio e inadequado que a lei seja considerada o único instrumento para regular as relações de sujeição especial, sob pena de se criarem disposições legislativas excessivamente minuciosas ou de se paralisar atividades administrativas essenciais diante da ausência da norma legal.

No que diz respeito ao regulamento incidente sobre as relações de supremacia especial, é imprescindível que haja previsão expressa de sua admissibilidade na lei. Bem como de que seja expedido na medida do que for razoável e proporcional ao interesse público que justifica a existência do vínculo de sujeição especial. Também parece claro que esse regulamento deverá restringir-se ao âmbito da relação de supremacia especial, sendo vedado ao Chefe do Poder Executivo empregar tal ato para atingir a liberdade e a propriedade de terceiros. E, por fim, é inadmissível que o regulamento autorizado afronte norma legal ou constitucional, ou que prevaleça diante da superveniência destes comandos.

Ademais, os regulamentos autorizados mantêm uma relação de dependência com a lei e a ela se encontram subordinados. E, de modo algum, apresentam uma quebra da juridicidade administrativa.

Os regulamentos autônomos obtêm fundamento direto na norma constitucional. Em vez da lei, existem para complementar a própria Lei Maior. São vias lícitas, inclusive, para instituir direitos e deveres, quando evidentemente admitidos pelo ordenamento jurídico em vigor.

O regulamento autônomo não é da tradição do direito positivo pátrio. Porém, a sua inserção no ordenamento jurídico é bastante recente.

O direito positivo vigente somente admite o regulamento autônomo em uma única situação: aquela prevista no art. 84, inciso VI, "a", da Lei Maior (com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional nº 32, de 11.9.2001) (DI PIETRO, 2002, p. 89)⁹. A Administração Federal tem, por conseguinte, a competência para expedir regulamentos sobre a sua organização e funcionamento, desde que não impliquem aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos.

A Constituição Estadual não admitiu os regulamentos autônomos. Eles somente seriam juridicamente viáveis se houvesse emenda constitucional que os instituisse.

Depois desse breve panorama sobre a competência regulamentar, procurar-se-á desvendar melhor a questão que se propôs elucidar no presente ensaio.

3. Criação e extinção de órgãos públicos

Guiando-se pela definição jurídico-positiva posta no art. 1º, § 2º, da Lei Federal nº 9.784/1999, os órgãos públicos compreendem as unidades de atuação que integram

⁹ Esclarece ainda Di Pietro (2002, p. 89) que a hipótese prevista no art. 84, inciso VI, alínea "b", não compreende regulamento, haja vista se tratar ato de efeito concreto e individual. Pela persistência da vedação aos regulamentos autônomos, ver José dos Santos Carvalho Filho (2002, p. 44-46).

a estrutura da Administração Direta e da estrutura da Administração Indireta. São compostos de atribuições do Estado que devem ser exercidas pelos agentes que o integram, dentro de uma pessoa jurídica.

Os órgãos públicos são desprovidos de personalidade jurídica (Cf. MELLO, 2002, p. 122; DI PIETRO, 2002, p. 426). Na verdade, são simples repartições de competências na intimidade da pessoa jurídica estatal. Consoante a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 122):

“Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: o Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição como veículos da expressão do Estado”.

E como bem leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 427):

“A existência de órgãos públicos, com estrutura e atribuições definidas em lei, corresponde a uma necessidade de se distribuir racionalmente as inúmeras e complexas atribuições que incumbem ao Estado nos dias de hoje. A existência de uma organização e de uma distribuição de competências são atualmente inseparáveis da idéia de pessoas jurídicas estatais”.

Quanto à posição no Estado, os órgãos públicos se classificam em: (i) órgãos in-

dependentes; (ii) órgãos autônomos; (iii) órgãos superiores; e, (iv) órgãos subalternos (Cf. MEIRELLES, 2001, p. 65-9).

Os órgãos independentes são aqueles previstos diretamente pela Constituição e que representam os três Poderes do Estado. Não se submetem à subordinação hierárquica ou funcional e têm como titulares os agentes políticos. A Assembléia Legislativa é um bom exemplo de órgão independente.

Os órgãos autônomos localizam-se na cúpula da Administração, estando diretamente subordinados aos órgãos independentes. Esses órgãos dispõem de autonomias administrativa, financeira e técnica e participam das decisões de Governo. As Secretarias de Estado são órgãos autônomos.

Os órgãos superiores são órgãos de direção, controle e comando, mas que se encontram subordinados e sob o controle de uma chefia, carecendo de autonomia administrativa e financeira. Como exemplo, o Gabinete do Secretário de Estado.

E, por fim, os órgãos subalternos estão subordinados aos órgãos superiores e se limitam a funções de execução. As unidades instrumentais de planejamento e finanças são exemplos precisos desses entes.

O art. 46, §1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Estadual, estabelece que é de iniciativa do Governador do Estado a lei que disponha sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da administração pública¹⁰.

No art. 37, inciso XV, da Constituição Estadual, prescreve-se que cabe à Assem-

¹⁰ “Art. 46. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Deputado ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça e de Contas, ao Procurador Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que: (...) II - disponham sobre: (...) c) criação, estruturação e atribuições das Secretarias, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da administração pública”.

bléia Legislativa, com a sanção do Chefe do Poder Executivo, dispor sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado, Procuradorias Gerais, Defensoria Pública, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da administração pública¹¹.

Em seu art. 48, parágrafo único, inciso I, a Constituição Estadual impõe que depende de lei complementar a organização do Poder Executivo¹².

No art. 67 da Constituição Estadual, determina-se peremptoriamente que a lei deve dispor sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias¹³.

E, no art. 64, inciso VII, a Constituição Estadual confere ao Governador do Estado dispor sobre a organização e funcionamento da administração estadual, na forma da lei, como já foi visto.

Numa interpretação literal, o direito positivo pátrio aparentemente colocaria, sob a reserva da lei, a criação e extinção de todo e qualquer órgão da administração estadual. Todavia, tal posicionamento fere os princípios que regem a atividade administrativa.

Entre as técnicas jurídico-administrativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, há a desconcentração. Mediante a desconcentração, as pessoas jurídicas estatais fazem uma redistribuição de competências administrativas em sua intimidade, estando relacionada à hierarquia (MELLO, 2002, p. 132; DI PIETRO, 2002, p. 349).

A hierarquia constitui um complexo de relações de coordenação e subordinação

que orientam a ação dos órgãos e agentes públicos. O agente hierarquicamente superior encontra-se investido dos seguintes poderes: (i) o poder de comando, que lhe autoriza expedir normas gerais ou individuais para os subalternos no interesse da ação administrativa; (ii) o poder de fiscalização das atividades dos subordinados; (iii) o poder de revisão, abrangendo as competências de invalidação e de revogação; (iv) o poder disciplinar sobre a conduta dos subordinados; (v) o poder de resolver conflitos de competência entre os subordinados; (vi) o poder de delegar ou avocar competências nos termos da lei.

A palavra “órgãos”, nos dispositivos constitucionais citados, abrange apenas os órgãos autônomos da Administração que gozam, ao lado dos órgãos independentes, de individualidade própria (Cf. DI PIETRO, 2002, p. 195)¹⁴. Em outras palavras, a criação e a extinção desses órgãos públicos é matéria subordinada à reserva da lei.

Inclusive, somente a lei complementar é veículo legítimo para criar e conferir atribuições aos órgãos autônomos da Administração direta, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso I, e do art. 67 da Constituição Estadual¹⁵. As autonomias administrativa, financeira e técnica de que gozam precisam ser predeterminadas pela lei, até por exigência da responsabilidade fiscal.

Todavia, esses órgãos administrativos podem sofrer, sem maiores riscos para a liberdade e a propriedade do administrador, um processo de desconcentração, se a lei complementar assim autorizar. Em outras palavras, a lei complementar — a que se faz referência no art. 48, parágrafo único, inciso I, e no art. 67 da Constituição Estadual — pode remeter para regramento

¹¹ “Art. 37. Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado no art. 35, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre: (...) XV – criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado, Procuradorias Gerais, Defensoria Pública, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da Administração Pública;”

¹² “Art. 48. (...) Parágrafo único: Além daquelas previstas na Constituição Federal e nesta Constituição, dependem de lei complementar as seguintes matérias: (...) I – organização do Poder Executivo”.

¹³ “Art. 67. A lei dispõe sobre a criação, estruturação e atribuições das secretarias”.

¹⁴ O que não significa reconhecer-lhes personalidade jurídica, alerte-se.

¹⁵ Como também para a sua extinção, por questão de simetria. Se há exigência de lei complementar para criar o órgão, e não havendo qualquer dispositivo constitucional expreso em contrário, deve-se presumir que a mesma via é exigida para a sua extinção.

a estruturação das Secretarias sem haver quebra à juridicidade administrativa. Veja-se ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 196), ao se referir aos órgãos que detêm individualidade própria, após comentar os enunciados do art. 61, §1º, inciso II, e do art. 84, inciso VI, ambos da Constituição Federal:

“Embora a competência do Poder Executivo tenha sido reduzida a quase nada, em decorrência dos já citados dispositivos constitucionais, isso não impede que se faça, internamente, subdivisão dos órgãos criados e estruturados por lei, como também não impede a criação de órgãos como comissões, conselhos e grupos de trabalho”.

O regulamento expedido para realizar tal desconcentração tem natureza autorizadora. Afinal, permite-se que o Governador do Estado possa dispor sobre a organização e funcionamento da Administração estadual, desde que na forma da lei. E, sem dúvida, essa matéria se insere dentro da supremacia especial da Administração.

E, se a desconcentração sob análise é viável, por simetria, a concentração de atribuições na intimidade dos órgãos autônomos também o será.

O regulamento autorizado, contudo, não pode validamente inserir, no ordenamento jurídico, dispositivo que vá de encontro aos preceitos constitucionais e legais. Se a lei define as competências do órgão autônomo, o regulamento, ainda que autorizado, tem que se limitar a desdobrar tais atribuições e respeitar aquelas que foram conferidas a outros órgãos. Embora esse regulamento tenha fundamento direto na lei, esta deve naturalmente prevalecer.

No caso das pessoas administrativas – autarquias e fundações públicas¹⁶ –, deve

¹⁶ As fundações públicas se encontram subordinadas ao mesmo regime jurídico das autarquias, com algumas peculiaridades (art. 5º, inciso II, e § 3º, do Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967) (Cf. MELLO, 2002, p. 160-164).

ser observado que, apesar da sua criação e extinção estar subordinada à reserva da lei¹⁷, a sua organização e funcionamento podem ser realizados mediante decreto regulamentar. Explica Hely Lopes Meirelles (2001, p. 327, grifo do autor):

“(…) a *instituição das autarquias*, ou seja, sua criação, faz-se por lei específica (art. 37, XIX), mas a organização se opera por *decreto*, que aprova o *regulamento* ou *estatuto* da entidade, e daí por diante sua implantação se completa por atos da diretoria, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de quaisquer registros públicos” (Cf. GASPARINI, 2002, p. 283-284).

E, para corroborar, merece transcrição mais um ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1979, p. 66-67):

“Só por lei se criam autarquias. Com efeito, por se tratar de um desdobramento do próprio Estado, de uma fragmentação de seu corpo administrativo e, simultaneamente, da ereção de um novo sujeito de ‘direitos e deveres públicos’, nenhum ato inferior poderia instaurá-la. Uma vez que a organização do Estado é decidida em nível constitucional ou legal, não seria admissível que ato menor pudesse alterar um esquema formulado no plano legal.

Ocorre que, freqüentemente, para dar cumprimento ao mandamento da lei, o Executivo expede decreto instituindo a autarquia. No caso, tal ato não significa criação, mas determinação administrativa de afetar os meios necessários ao efetivo funcionamento de um ser que juridicamente ganhou existência com a lei criadora.

Assim, como só por lei se criam, só por lei se extinguem entidades

¹⁷ Vide o art. 26, inciso XIX, da Constituição Estadual: “Art. 26. (...) XIX – somente por lei específica pode ser criada empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública”.

autárquicas. A razão é óbvia: o que no plano legal foi construído só no mesmo nível pode ser destruído. Se o Executivo, por decreto, as extinguisse – ou lhes modificasse a natureza – estaria simplesmente violando a lei em que se originaram. O decreto é ato subalterno à lei e da alçada de um Poder cuja missão é cumprir a lei, obedecer aos mandamentos do Poder Legislativo”.

Há um último aspecto a ser enfrentado. O art. 51 da Constituição Estadual, que dispõe sobre as leis delegadas, prescreve em seu § 1º que não pode ser objeto de “delegação” matéria reservada à lei complementar¹⁸. Como já se viu, a Constituição Estadual – art. 48, parágrafo único, inciso I – coloca sob a reserva da lei complementar a organização do Poder Executivo.

O que se veda é a previsão legal de regulamentação que crie, modifique ou extinga um órgão autônomo, bem como que estabeleça ou amplie o respectivo rol de atribuições. A desconcentração realizada na intimidade dessa espécie de órgão, desde que obedecidos os pertinentes limites constitucionais e legais, não atenta contra a liberdade e propriedade do cidadão nem atinge o disposto no art. 51, § 1º, da Constituição Estadual.

Entretanto, isso não significa conferir uma prerrogativa arbitrária para o Chefe do Poder Executivo. Os decretos regulamentares não podem ser validamente empregados para suprir, direta ou indiretamente, lacunas indevidamente deixadas na lei. Noutra giro: os decretos regulamentares não convalidam situações jurídicas ilegais em virtude da omissão legislativa. Ou, caso se prefira: somente a lei complementar tem o condão de sanear um órgão inválido, em prol do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa e da continuidade do serviço público.

¹⁸ “Art. 51. (...) § 1º Não podem ser objeto de delegação os atos de competência exclusiva da Assembléia Legislativa, matéria reservada a lei complementar (...)”.

Assim, caso uma Secretaria de Estado tenha sido criada por lei complementar sem que esta lhe confira qualquer poder, fica vedada a expedição de decreto regulamentar para fazê-lo a fim de convalidá-la. A lei complementar, por sua vez, será o instrumento hábil para regularizá-la.

4. A criação e a extinção de cargo público

Os cargos públicos, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 226-227, grifo do autor),

“(...) são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas”.

No art. 2º, inciso II e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 122, de 30.6.1994, têm-se os seguintes enunciados:

“Art. 2º Para os fins desta Lei:

(...)

II – cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, sob denominação própria, previstas na estrutura organizacional e a serem exercidas por um servidor.

(...)

§ 1º Os cargos públicos, criados por Lei e acessíveis a todos os brasileiros, são retribuídos mediante vencimento, pago pelos cofres públicos, e se classificam em:

(...)

c) de provimento efetivo, quando comportam a aquisição de estabilidade pelos respectivos titulares;

d) de provimento em comissão, quando declarados em lei de livre nomeação e exoneração, respeitadas

as limitações da Constituição nos casos que especifica”.

E, no art. 3º do mesmo diploma legal, encontra-se:

“Art. 3º. São vedados:

I - a prestação de serviço gratuito, salvo quando declarado relevante e nos casos previstos em lei;

II - o desvio do servidor para o exercício de atribuições diversas das inerentes ao seu cargo efetivo, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade administrativa e civil da autoridade que o autorizar”.

Ao se voltar para o texto constitucional, no art. 46, §1º, inciso II, “a”, vê-se a iniciativa privativa do Governador do Estado para as leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica ou aumento de sua remuneração¹⁹.

O seu art. 37, inciso VI, determina que cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, dispor sobre a criação e extinção de cargos, empregos e funções públicas e a fixação dos respectivos vencimentos, salários e vantagens²⁰.

E, no art. 48, parágrafo único, inciso I, exige-se lei complementar para se definir originariamente as competências a serem exercidas pelo Poder Executivo.

No art. 169, § 1º, da Constituição Federal, proíbe-se a criação de cargo, emprego ou função, bem como a estruturação de

carreiras, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, sem prévia e hábil dotação orçamentária e sem autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Diante da doutrina e legislação citadas, identificam-se os seguintes elementos para a criação de cargo público: (i) uma denominação própria; (ii) a estipulação de um rol de competências; (iii) previsão de sua quantidade; (iv) o estabelecimento de remuneração para o seu eventual titular; e, (v) a fixação do modo de seu provimento (Cf. GASPARINI, 2002, p. 235). Portanto, emanda-se lei para a sua válida criação no campo da Administração.

Para enfrentar a questão proposta, é preciso antes delinear duas situações jurídicas: (i) a que envolve os cargos públicos de provimento efetivo; e, (ii) a que abrange os cargos públicos de provimento em comissão.

Os cargos públicos de provimento efetivo demandam concurso público para o seu preenchimento e ensejam, para o seu titular, o direito à estabilidade, após três anos de efetivo exercício e aprovação em processo de avaliação especial de desempenho, como determinam o art. 37, inciso II, e o art. 41, *caput* e §4º, ambos da Constituição Federal. Estável o seu titular, este somente poderá ser desligado do serviço público nas hipóteses que compõem o rol do art. 41, §1º, da Lei Maior.

A criação de cargo público de provimento efetivo, diante dessas exigências constitucionais, fica submetida à reserva da lei complementar, por força do art. 48, parágrafo único, inciso I, da Constituição Estadual. Como a criação de cargo público implica a definição de competências para o seu eventual titular, há clara pertinência entre essa matéria e a organização do Poder Executivo. Recorde-se que o cargo público, ao lado do órgão público, representa uma unidade de competência.

Portanto, a lei complementar deve integralmente fixar todos os elementos es-

¹⁹ “Art. 46. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Deputado ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça e de Contas, ao Procurador Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que: (...) II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou aumentem a sua remuneração”.

²⁰ “Art. 37. Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado no art. 35, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre: (...) VI - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas e fixação dos respectivos vencimentos, salários e vantagens”.

senciais para a sua criação. Se a lei complementar silencia sobre qualquer um desses elementos, fica prejudicada tal instituição. Raciocínio contrário ensejaria a admissão de uma previsão implícita de regulamento delegado em matéria sujeita à reserva da lei complementar.

E, se a criação de cargo público de provimento efetivo demanda lei complementar, por simetria é exigido o mesmo instrumento para a sua transformação ou extinção.

O que significa dizer, também, que apenas regulamentos de execução são válidos para a disciplina da matéria. A expedição de regulamentos que instituam, modifiquem ou extingam o elenco de atribuições do cargo público de provimento efetivo representa um abuso de poder.

Há um vínculo entre o concurso público e o cargo ao qual se destina. Prescreve a Lei Maior, em seu art. 37, inciso II, que aquele deve ser realizado segundo a natureza e a complexidade deste.

Na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 233):

“Com o início do exercício nascem para o servidor todos os direitos que a lei lhe assegura nessa condição, inclusive o de desempenhar as funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, cumprindo-se o quanto posto legalmente. Nomeado para determinado cargo e nele investido, há de exercer o servidor, a partir de então, as funções a ele inerentes e a nenhum outro”.

O poder hierárquico não afasta a reserva da lei complementar na criação de cargo público de provimento efetivo, devendo ser exercido dentro dos limites constitucionais e legais. Entendimento contrário seria admitir um desvio de função, quebrando o princípio do concurso público e a própria legalidade estrita. Ilícito que, aliás, encontra-se bem definido no art. 3º, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 122/1994.

Em outras palavras, não é válida a designação de titular de cargo efetivo para

exercer atribuições que sejam estranhas ao rol de competências que a lei lhe atribuiu. Se omissa a lei nesse aspecto, repita-se, o cargo efetivo não existe de modo válido.

Os cargos públicos de provimento em comissão estão submetidos às mesmas regras.

A lei não deve remeter, expressa ou implicitamente, para a competência regulamentar da Administração, a fixação das atribuições do cargo comissionado, ainda que de livre nomeação e exoneração da autoridade competente. O titular de cargo de provimento em comissão pode ser validamente designado para dirigir órgãos superiores e subalternos que forem estruturados mediante regulamentos autorizados, se a lei (única e exclusivamente) assim determinar.

Sobre o assunto, leciona Diógenes Gasparini (2006, p. 268-269):

“(…) Os cargos de provimento em comissão são próprios para direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente que, sobre ser de confiança da autoridade nomeante, se disponha a seguir a sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Também destinam-se ao assessoramento (art. 37, V, da CF)”.

É certo que os cargos de provimento em comissão abrangem funções de direção, chefia e assessoramento. Todavia, a lei deve expressamente delinear, ainda que em termos genéricos, as atribuições a serem exercidas pelo titular do cargo comissionado.

Ainda que os titulares de cargo comissionado tenham um maior compromisso com as diretrizes políticas e governamentais de quem tem a competência para nomeá-los, isso não serve para justificar regulamentos que determinem as respectivas atribuições nas omissões da lei.

É evidente que esses regulamentos devem observar as normas constitucionais e legais que fixam as atribuições e

responsabilidades desses cargos²¹. Assim, tal regulamento não tem legitimidade para estabelecer os demais elementos (denominação própria, estipêndio, quantidade de unidades e modo de provimento), pois entendemo-los inteiramente afastados da discricionariedade administrativa: os cargos de provimento em comissão devem existir de modo excepcional na Administração, em respeito ao princípio do concurso público. Também haverá abuso do poder regulamentar se os titulares de cargos comissionados forem designados para exercer funções legalmente conferidas a servidores titulares de cargo efetivo ou empregados.

Portanto, verifica-se que a criação e a extinção de cargo de provimento em comissão deve ser igualmente efetivada mediante lei complementar.

Tal como na hipótese dos órgãos públicos, os decretos regulamentares não podem ser validamente empregados para sanear cargos públicos irregularmente criados. Havendo omissão da lei instituidora do cargo, fica vedada a expedição de infralegal para restaurar a legalidade.

É certo que o Chefe do Poder Executivo tem a competência regulamentar para desconcentrar a intimidade dos órgãos públicos autônomos. Se essa desconcentração for realizada com a finalidade de distribuir competências entre cargos de provimento em comissão, quando a lei silencia quanto à fixação dessas atribuições, estar-se-á diante de um desvio de poder. Afinal, a desconcentração administrativa tem por escopo assegurar uma prestação mais eficiente e

²¹ Como o art. 66, parágrafo único da Constituição Estadual, por exemplo: "Art. 66. (...) Parágrafo único. Compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração estadual e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador do Estado, na área de sua competência; II - expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos; III - apresentar ao Governador do Estado relatório anual de sua gestão na Secretaria; IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas pelo Governador do Estado".

dinâmica do serviço público, e não, o fim de convalidar situações jurídicas ilegais.

Como se sabe, o desvio de poder constitui um ilícito que compreende o uso da competência para atingir finalidade diversa da que justificou a sua outorga para a autoridade administrativa. A lição clássica de Caio Tácito (1997, p. 52) é imprescindível para o deslinde da questão:

"Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos".

Nesse diapasão, a expedição de decreto que suprisse indevidamente as lacunas deixadas pela lei na criação de cargos comissionados configuraria desvio de poder no exercício de sua competência regulamentar, ao ter por meta a convalidação de cargos públicos inválidos por via infralegal.

Como dito, somente a lei complementar estadual pode ser empregada para restaurar a legalidade diante de cargos públicos inválidos no âmbito da Administração Norte-rio-grandense. Aliás, os princípios da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa e da continuidade do serviço público demandam urgentemente a regularização de toda a falha estrutura de cargos públicos que a gestão que assume herda da gestão pretérita.

Entendimento contrário, inclusive, não é privilegiar a continuidade e a estabilidade das atividades desempenhadas pela Admi-

nistração Estadual. Significa, na realidade, manter a continuidade de situações jurídicas inválidas e tornar vulneráveis os atos emitidos pelos titulares de cargos inválidos a uma eficiente contestação judicial, nos termos do art. 2^ª, alínea “a”, e parágrafo único, alínea “a”, da Lei Federal n. 4.717, de 29.6.1965.

5. Conclusão

Diante do exposto, chega-se às seguintes conclusões:

(i) no ordenamento jurídico do Estado do Rio Grande do Norte, são válidos os decretos, autorizados por lei complementar estadual, que regulamentem a estrutura e o funcionamento das unidades da Administração Direta, criando órgãos que vão compor a intimidade das Secretarias e órgãos de regime especial, desde que respeitadas as respectivas atribuições constitucionais e legais;

(ii) são válidos os decretos, se previstos em lei complementar, que regulamentem a estrutura e o funcionamento das autarquias e fundações públicas, observados os preceitos constitucionais e legais que as regem;

(iii) é proibida a extinção de autarquia ou de fundação pública por decreto;

(iv) a criação e a extinção de cargos públicos somente podem ser legitimamente realizadas por lei complementar;

(v) constitui desvio de poder o uso da competência regulamentar para convalidar órgãos ou cargos ilegalmente criados;

(vi) Somente a lei complementar estadual representa um instrumento hábil para a convalidação de órgãos e cargos públicos irregularmente criados.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição Federal*: coletânea de legislação administrativa. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Constituição do Estado do Rio Grande do Norte*. Natal: [s. n.], 1989. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/legislacao/constituicao_estadual/constituicaoestadual.pdf>. Acesso em: 11 set. 2007.

_____. Rio Grande do Norte. *Lei Complementar nº 122, de 30.6.1994*: dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado e das autarquias e fundações públicas estaduais, institui o respectivo estatuto e dá outras providências. Natal: [s. n.], 1994. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br/legislacao/leiscomplementares/anterior1995/lc122.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2007.

_____. Rio Grande do Norte. *Lei Complementar nº 163, de 5.3.1999*: dispõe sobre a organização do poder executivo do Estado Rio Grande do Norte e dá outras providências. Natal: [s. n.], 1999. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br/legislacao/leiscomplementares/1999/lc163.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 1 v.