

PARECER 01/21

I - QUESTIONAMENTO

Indaga a Diretoria da ASFOC-SN sobre a legalidade do Decreto 10620/2021 publicado no dia 5 de fevereiro e assim ementado:

Dispõe sobre a competência para a concessão e a manutenção das aposentadorias e pensões do regime próprio de previdência social da União no âmbito da administração pública federal.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Antes da análise da legalidade do ato normativo, é importante estabelecer precisamente o seu conteúdo.

O decreto, no que diz respeito às entidades da Administração Pública Indireta, atribui ao INSS a competência *para a concessão e a manutenção das aposentadorias e pensões do regime próprio de previdência social da União no âmbito da administração pública federal.*, com a intenção declarada *decentralizar gradualmente as atividades de concessão e manter as aposentadorias e pensões, nos termos do disposto neste Decreto. (art. 2º, I)*

E, ainda frisa que a ação da administração pública federal será direcionada a facilitar a transferência posterior ao órgão ou à entidade gestora única de que trata o § 20 do art. 40 da Constituição(art. 2º, II)

Não há, portanto, mudança de carreira dos servidores da FIOCRUZ e nem de qualquer outra entidade, havendo previsão, exclusivamente da possibilidade de *determinar a alteração da lotação ou do exercício de servidor ou de empregado para atender ao disposto neste Decreto, inclusive por meio do disposto no § 7º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. (art. 5º)*

Além disso, o próprio decreto, tentando se antecipar a críticas como as aqui tecidas, afirma categoricamente que *não dispõe sobre o órgão ou a entidade gestora única do regime próprio de previdência social, no âmbito da União, de que trata o § 20 do art. 40 da Constituição; (art. 1º, parágrafo único, inciso I).*

Fixados estes pontos, passemos à análise da legalidade/constitucionalidade do ato.

O decreto está, supostamente, fundado no permissivo do art. 84, inciso VI, alínea “a”, que estabelece que:

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.

A real extensão, contudo, do que é permitido ao Poder Executivo dispor através de decreto deve ser analisada a partir de interpretação sistemática da Lei Maior.

Dois pontos são especialmente relevantes, portanto, para a análise em concreto da validade do diploma em estudo.

Vejamos cada um deles e a sua repercussão na validade do ato em estudo.

Da inviabilidade de criação de funções para autarquias através de decreto.

É sabido que as autarquias são pessoas jurídicas criadas para o cumprimento de finalidades específicas. Vejamos o que ensina a doutrina, fundada, em boa parte, no conceito legal trazido pelo Decreto-Lei 200/67:

O terceiro ângulo se relaciona com as competências da autarquia. A autarquia é titular de competências específicas previstas na lei que a disciplina. Tais competências eram, na origem, de titularidade da pessoa política, mas passaram à autarquia em função do fenômeno da descentralização do poder”

(...)

“Como decorrência da natureza derivada das competências de que é investida, a autarquia se sujeita à determinação da especialidade de seu objeto de atuação. Ou seja, a lei cria a autarquia e delimita as competências a ela atribuídas. Consequentemente, somente é válido à autarquia atuar nos limites dos poderes recebidos. Não cabe à autarquia desempenhar outras atribuições senão aquelas que lhe foram conferidas pela lei.”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 2014. p.280- 281)

“Sua característica mais importante vem a ser, destacadamente, a *especialização* de certos órgãos e funções para atenderem, com especialização e com acréscimo de autonomia, a determinados interesses públicos, o que dela faz uma técnica de *descentralização funcional*.

Conceitua-se, portanto, a *autarquia*, como *uma entidade estatal da administração indireta, criada por lei, com personalidade de direito público, descentralizada funcionalmente, para desempenhar*

competências administrativas próprias e específicas, para tanto dotada de autonomia patrimonial, administrativa e financeira.”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 281)

“Outro é o sentido de autarquia. Aqui a conotação não é de caráter político, mas sim administrativo. O Estado, quando cria autarquias, visa a atribuir-lhes algumas funções que merecem ser executadas de forma descentralizada. Daí não poderem criar regras jurídicas de auto-organização, nem terem capacidade política. Sua unção é meramente administrativa. Por tal motivo é que se pode afirmar que, enquanto a autonomia é o próprio Estado, a autarquia é *apenas uma pessoa administrativa criada pelo Estado.*” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2017. p. 495)

“A autarquia é instituída diretamente pela lei, de iniciativa do chefe do Executivo (art. 37, XIX, c/c art. 61, § 1º, II, “b” e “e”, da CRFB).

A sua personalidade jurídica começa com a vigência da lei criadora, não sendo necessária a inscrição dos atos constitutivos no Registro competente. A extinção da entidade, em razão do princípio da simetria das formas jurídicas, depende de lei.

A reserva legal, exigida para a instituição da autarquia, não impede que o detalhamento da sua estruturação interna seja estabelecido por ato administrativo, normalmente Decreto.”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 93)

A interpretação teleológica da norma constitucional, que exige lei em sentido estrito para a criação de autarquias, não permite outra interpretação que não a necessidade de submeter ao parlamento precisamente **as funções que serão delegadas para as pessoas jurídicas criadas.**

Caso assim não fosse, seria possível a criação de várias autarquias sem determinação das suas funções, que seriam posteriormente determinadas por ato do Executivo. É evidente que não é esta a intenção do comando constitucional.

Por mais que toda sua organização e funcionamento possam ser estabelecidos por decreto, é evidente que a moldura básica de uma autarquia, o que passa necessariamente por suas atribuições, é objeto de reserva legal.

A necessidade de interpretação da previsão do art. 84, VI, a) da CR/88 de modo a não violar a essência da separação dos poderes já foi reconhecida pelo STF:

Competência normativa. Administração pública. Órgãos colegiados. Previsão legal. Extinção. Chancela parlamentar. Considerado o princípio da separação dos poderes, conflita com a Constituição Federal a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de órgãos colegiados que, contando com menção em lei em sentido formal, viabilizem a participação popular na condução das políticas públicas – mesmo quando ausente expressa 'indicação de suas competências ou dos membros que o compõem'.

[**ADI 6.121 MC**, rel. min. Marco Aurélio, j. 13-6-2019, P, DJE de 28-11-2019.]

A primeira conclusão, portanto, é que o decreto não é a via adequada para incluir competência e função na estrutura do INSS.

Da questão da autonomia administrativa das entidades mencionadas no art. 207 da CF – Impossibilidade de alteração ou redução por decreto.

O segundo ponto diz respeito à norma constitucional que garante às Universidades a autonomia administrativa, o que é estendido às instituições de pesquisa científica e tecnológica, dentre as quais se insere a FIOCRUZ. E não há dúvidas de que esta autonomia administrativa implica a gestão do seu pessoal, como sempre foi o entendimento prevalente:

Sem entrar em outros aspectos desta norma, é possível, a princípio, entender que a autonomia administrativa estabelecida por comando constitucional seja excepcionada por outro da mesma hierarquia, como faz o art. 40 § 20 da CF/88.

Jamais, todavia, tal concentração de competência, que implica claramente na redução da autonomia administrativa, poderá ser feita de outro modo que não o previsto na exceção feita pela própria Constituição.

Portanto, pouco importa se o decreto é ou não o que ele afirma não ser, ou seja, norma criadora da entidade gestora única mencionada no art. 40 § 20. O fato é que o ato do executivo retira da FIOCRUZ uma autonomia que é a ela garantida e que não pode ser reduzida, sob qualquer pretexto, fora da exceção criada pelo artigo citado.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendemos pela inconstitucionalidade do Decreto nº 10.620, de 5 de fevereiro de 2021, seja por atribuir ao INSS novas competências/funções, o que não poderia ser feito pela via do ato unilateral do executivo, seja pela impossibilidade de reduzir pelo citado veículo normativo a autonomia da FIOCRUZ e das demais entidades abarcadas pelo art. 207 da Constituição.

É o parecer, s.m.j.



Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2021

Tiago Cardoso Penna

OAB/MG 83.514