



O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:  
“Aprovo. 14/07/2010”

**Procedência: Secretaria de Estado de Defesa Social**

**Interessado: Defensoria Pública Federal**

**Parecer n.º: 15.030**

**Data: 15 de julho de 2010**

**Ementa:**

CONSELHO PENITENCIÁRIO DE MINAS GERAIS – SOLICITAÇÃO DE DESTINAÇÃO DE “VAGA” DE CONSELHEIRO PARA DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL POR FORÇA DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N. 132/2009 – DESNECESSIDADE DE LEI ESTADUAL.

## RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Defesa Social visando à emissão de parecer por esta Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (CJ-AGE) acerca da criação de “vaga” de conselheiro no Conselho Penitenciário de Minas Gerais.

Na consulta destacaram-se os seguintes aspectos:

- a função de conselheiro é função remunerada e estaria sujeita ao disposto no art. 61, inciso VIII, da Constituição do Estado de Minas Gerais (CEMG);
- duas vagas de conselheiro foram criadas por meio de decreto estadual, o Decreto n. 35.357/1994.

Esclareceu-se, ademais, tratar-se de demanda da Defensoria Pública da União, em face da promulgação da Lei Complementar n. 132/2009 e foram encaminhados documentos pertinentes.

De fato, com a consulta, enviou-se cópia do ofício assinado pelo Defensor Público Geral Federal pleiteando a destinação de vaga no Conselho Penitenciário mineiro, com direito de voz e voto, a defensor público federal, nos termos do art. 18, inciso VIII, da Lei Complementar federal n. 132/2009.



Diante deste pleito, manifestou-se a assessoria jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Social, registrando, em suma:

- os diplomas normativos estaduais que disciplinaram e disciplinam o referido Conselho Penitenciário;
- a criação de duas vagas de conselheiro por meio de decreto estadual;
- a conveniência de edição de lei estadual para a criação de vaga de conselheiro, considerando tratar-se de função remunerada, visto que há a previsão de recebimento de *jeton*;
- a CEMG, no seu art. 61, inciso VIII, prevê que a criação de funções remuneradas deve ser feita por meio de lei;
- a iniciativa da lei, no caso, é do Governador do Estado;
- a criação da vaga pleiteada pela Defensoria Pública Federal deve ser feita por meio de lei estadual;
- a vaga eventualmente criada deve ser provida com defensor público federal a ser nomeado pelo Governador do Estado, nos termos do art. 2.º, Decreto estadual n. 16.912/1975, redação dada pelo Decreto estadual n. 35.357/1994.

A questão, como se depreende, foi colocada nos seguintes termos: é viável juridicamente a criação de “vagas” de conselheiro do Conselho Penitenciário de Minas Gerais por meio de decreto estadual? O presente parecer terá como norte responder a esta indagação, levando em consideração, por outro lado, sem analisar o cabimento do pleito da Defensoria Pública da União, que este visa à destinação de “vaga” de conselheiro a Defensor Público federal.

## **PARECER**

Conforme delineado acima, insta verificar se é possível juridicamente criar novas “vagas” de conselheiro do Conselho Penitenciário de Minas Gerais por meio de decreto. Esta verificação passa, no meu entender, pelo esclarecimento da natureza das referidas “vagas” e do *jeton* pago aos conselheiros, o que permitirá elucidar se se trata de *função gratificada* nos termos constitucionais, de molde a exigir a criação por meio de lei estadual, ou se a questão deve ser resolvida segundo os limites ao poder normativo da Administração no quadro das normas legais já existentes.



Como registrado no parecer exarado pela assessoria jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Social, o Conselho Penitenciário de Minas Gerais foi organizado pelos Decretos estaduais n. 16.912/1975 e 18.156/1976, na esteira do disposto pelo Decreto n. 16.665/1924, que, prevendo o livramento condicional, trouxe a necessidade do referido órgão. Atualmente, há previsão genérica do Conselho no art. 69 da Lei de Execução Penal, com função consultiva e fiscalizadora da execução da pena.

No caso de Minas Gerais, como se assinalou, não houve uma lei específica para criar ou organizar o Conselho Penitenciário, sua previsão no referido decreto federal levou à organização do órgão no âmbito estadual por meio de decreto em 1975.

A esta altura, vigia a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/1969. Neste quadro constitucional, não parecia haver óbice à organização do órgão em questão por meio de decreto estadual. De fato, entendiam-se as prerrogativas normativas do Chefe do Executivo, em matéria que não tangenciasse os direitos e garantias individuais previstos no art. 153, CF/67, redação da EC n. 1/69, de maneira menos rígida do que passou a ocorrer após a promulgação da Constituição de República de 1988 (CR/88).

À época, ensinava Hely Lopes Meirelles:

“No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem a reclamar providências imediatas da Administração, impõe se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de *regulamentar*, através de *decreto*, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei – não invada as chamadas 'reservas da lei', ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 153 e seus parágrafos).”(destaques do original)<sup>1</sup>

Já com um entendimento mais rigoroso, Miguel Seabra Fagundes escreveu:

“Sob a vigente EC n. 1, como sob as Constituições de 1891, 1934 1946 e 1967, o regulamento não apresenta feição de lei no sentido material.

---

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1975, p. 99.



Prende-se em essência ao texto legal. O seu objetivo é, tão-somente, facilitar, pela especificação do processo executório e pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo. Tanto que o seu âmbito será maior ou menor, conforme menos ou mais minudente seja a lei à qual se prenda.”<sup>2</sup>

Ocorre que Miguel Seabra Fagundes não tinha sob consideração específica o art. 81, inciso V, da CF/67 com a redação determinada pela EC n. 1/69 – que trata justamente da estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração –, consideração esta que se encontra em Maria Sylvia Zanella Di Pietro comentando a CR/88:

“Aliás, na vigência da atual Constituição, não há mais espaço para decretos autônomos; a Constituição de 1967, art. 81, V, atribuía ao Presidente da República competência para 'dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal', única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; a atual Constituição, no artigo 84, VI, prevê competência semelhante para 'dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, **na forma da lei**'. Além disso, o artigo 25 das Disposições Transitórias revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a **ação normativa**. Paralelamente, o artigo 61, § 1.º, faz depender de lei de iniciativa do Presidente da República 'a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública'.” (destaques do original)<sup>3</sup>

Tomando por base estas lições doutrinárias e diante do quadro constitucional da época, não se afigura, à primeira vista, inadequada a forma pela qual se organizou o Conselho Penitenciário no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Por outro lado, poder-se-ia, sob a égide da CR/88 em sua redação original, considerar mais propícia a sua estruturação por meio de instrumento legal. Ocorre que houve uma alteração significativa neste cenário, como explica novamente Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o **regulamento executivo** e o **regulamento independente ou autônomo**. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, contém normas 'para fiel execução da lei'; ele não

2 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 19.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 75.



pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5.º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

(...)

Nos sistemas jurídicos que admitem essa distinção, os regulamentos independentes ou autônomos só podem existir em matéria organizativa ou de sujeição; nunca nas relações de supremacia geral.

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional n. 32/01. Na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República competência para 'dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal', única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, previa, na redação original, competência para 'dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*'.

(...)

Com a Emenda Constitucional n. 32, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para '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'. A competência quanto à alínea *a*, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional n. 32. Quanto à alínea *b*, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria.” (destaques do original)<sup>4</sup>

É de registrar que em alguns Estados, como é o caso do Rio de Janeiro e de São Paulo, o Conselho Penitenciário tem sede legal, como se vê, respectivamente, nos seguintes diplomas estaduais, Lei n. 1.160 de 23/06/1987, Lei n. 2.168-A/26 de 24/12/1926. Por outro lado, consoante informações obtidas por meio eletrônico, há exemplo de Estado em que a composição do referido Conselho é prevista no próprio regimento interno, aprovado por meio de portaria, como ocorre no Amazonas.<sup>5</sup>

4 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 87-89-

5 Informações obtidas no seguinte endereço eletrônico:



No caso em tela, considerando que o Conselho Penitenciário de Minas Gerais já se encontra organizado desde 1975, segundo a moldura constitucional então vigente, não se trata, por ora, de sua criação, mas apenas da alteração de sua composição, aumentando o número de conselheiros. A pergunta que se colocou é: é possível criar novas “vagas” de Conselheiro por meio de decreto ou é necessária lei estadual?

Para responder a esta pergunta é preciso compreender a natureza destas “vagas” e confrontar esta natureza com a moldura constitucional que se vem de expor.

No parecer da assessoria jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Social destacou-se que:

“O múnus de conselheiro é função pública remunerada, pois a cada comparecimento às sessões do plenário do conselho, o conselheiro poderá receber jeton de presença. É o que preveem os art. 4.º e 10 do Decreto Estadual 16.912/1975 ...

(...)

Função pública é a própria atividade pública, ou seja, o exercício de um munus em seu sentido lato.

(...)

Em se tratando de função pública remunerada, deve-se obedecer ao comando constitucional presente no art. 61, VIII da Constituição do Estado, que prevê que a criação de funções remuneradas deve ser mediante promulgação de Lei Estadual promulgada pela Assembleia Legislativa...”

Deste trecho depreende-se que o fato de a função ser remunerada fez com que se entendesse estar diante de uma *função pública*, no sentido do dispositivo constitucional citado, de molde a exigir a sua criação por meio de lei. Este entendimento pode ser corroborado por outra peça encaminhada com a consulta, trata-se do parecer exarado na assessoria técnico-legislativa do Estado em 1994, quando da criação de duas novas vagas no referido Conselho. Neste parecer, consignou-se que, como os conselheiros não eram remunerados, não se tratava de criar cargos (sic), podendo fazer-se a alteração na composição de 7 para 9 conselheiros por meio de decreto.

Ligou-se, assim, a remuneração dos conselheiros (ou a ausência de remuneração) à determinação do instrumento normativo adequado para a criação das “vagas”. Tal ligação, no entanto, como se verá, não é uma determinante absoluta.

A expressão função pública é passível de gerar situações indeterminadas na aplicação do Direito por ser uma expressão ambígua, ou seja, possui vários



significados e nem sempre há como se determinar qual destes significados foi objetivado pela regulação jurídica.

Para afirmar que há necessidade de alterar a composição do Conselho Penitenciário de Minas Gerais por meio de lei estadual é preciso estabelecer o significado de *função pública* nas normas que prevêm esta exigência.

Há um significado bastante amplo de *função pública*, congregando as variadas espécies de agentes públicos, seja com vínculo permanente e profissional, seja com vínculo temporário com o Poder Público. Outro significado igualmente amplo é aquele que designa o desempenho de qualquer atividade estatal.<sup>6</sup> Ao lado destes significados amplos, a *função pública* também tem significados mais precisos e restritos. Para já, no âmbito do Estado de Minas Gerais, há uma categoria de servidores públicos que ocupam *função pública* no sentido específico da Lei estadual n. 10.254/1990.

A interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais que exigem lei para a criação de funções públicas revela, no entanto, que não se trata de quaisquer dos significados até agora aventados.

Na CR/88, lê-se:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

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

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

Simetricamente, encontra-se na CEMG a seguinte disposição:

Art. 61 – Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, não exigida esta para o especificado no art. 62, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especificamente:

VIII - criação, transformação e extinção de cargo, emprego e função públicos na administração direta, autárquica e fundacional e fixação de remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

Art. 66 – São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:

---

6 NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A constratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 19.



III – do Governador do Estado:

b) a criação de cargo e função públicos da administração direta, autárquica e fundacional e a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros da Lei de Diretrizes Orçamentárias;”

Encontra-se, desse modo, imposta a forma legal para a criação (e no âmbito estadual também a extinção) de cargos, empregos e funções públicos, o que levou, como dito, a que se opinasse no sentido da necessidade de lei estadual para o aumento do número de conselheiros do Conselho Penitenciário, por se lhes entender enquadrados no significado de *função pública* das normas explicitadas.

Com todo o respeito que esta interpretação e a conclusão a que levou merecem, reputo não ser esta a mais adequada solução para a questão jurídica que se apresenta. Como dito, a interpretação sistemática dos dispositivos envolvidos leva, no meu entender, a conclusão diversa.

A função pública que exige lei para a sua criação é a função mais comumente designada como *função de confiança* ou *função gratificada*, ou seja, um feixe de atribuições sem o correspondente cargo público, a ser desempenhada por quem já é servidor público. Trata-se de um conjunto de atribuições permanente na organização administrativa e a ser desempenhado por agente que já faz parte do aparelho administrativo por ser detentor de cargo. Esta interpretação leva em conta o fato de que a menção a função pública vem acompanhando cargo e emprego públicos, o que demonstra que se trata de uma acepção restrita da expressão função pública e não da acepção ampla, pois esta necessariamente englobaria também cargos e empregos.

Assim, são as funções nesse sentido estrito – funções de confiança destinadas a tarefas de chefia, direção e assessoramento – que reclamam lei para sua criação e são, em regra, gratificadas, pagando-se ao detentor de cargo que assume este *plus* de incumbências uma gratificação correspondente.

Seguindo este raciocínio, não se exige lei estadual para dispor sobre a composição do Conselho Penitenciário de Minas Gerais, não se trata de criar cargo ou função pública na acepção estrita e técnica que estas expressões possuem.

Certamente, os conselheiros do Conselho Penitenciário desempenham função pública em sentido amplo, desempenham atividade com finalidade pública, mas não se trata de *função* no sentido estrito acima referido.





Insta ainda esclarecer que a circunstância de o desempenho desta atividade desencadear o pagamento de uma retribuição pecuniária não modifica o que se vem de dizer, ou seja, não torna o conselheiro ocupante de função em sentido estrito. A gratificação paga ao servidor detentor de cargo público que ocupa função em sentido estrito não se confunde com a quantia paga àquele que, podendo ser servidor público ou pessoa estranha aos quadros da Administração, desenvolve temporariamente atividade pública junto a um órgão colegiado. Qualquer que seja a denominação que se dê neste último caso, *jeton*, retribuição por presença, ou mesmo gratificação, não se altera a sua natureza e não se faz com que aquele que a recebe se torne ocupante de função em sentido estrito.

Nesse ponto, interessante mencionar que há manifestações na jurisprudência que entendem o chamado *jeton* como verba indenizatória, o que corroboraria o que se vem de dizer.<sup>7</sup> Mas ainda que assim não se entenda, considerando, como é o caso, que a quantia paga é uma retribuição pela presença e pela atividade desenvolvida junto ao órgão colegiado, mantém-se a conclusão gizada. De fato, não se trata de gratificação pelo exercício de função de chefia, direção ou assessoramento, demonstrando que o fato de haver retribuição pecuniária não transforma esta atividade em *função pública* no sentido estrito de molde a exigir lei estadual para a sua criação.

Com este raciocínio, entende-se que não há óbice à disciplina da composição deste órgão colegiado por meio de decreto, seguindo a moldura constitucional anteriormente explanada, disciplina esta que pode alterar a sua composição, desde que respeite os limites colocados constitucionalmente. No caso do Conselho Penitenciário, tem-se que não se trata de criar cargos, empregos ou funções públicas em sentido estrito, mas de alterar a sua composição, aumentando o número de conselheiros, que, tolere-se a repetição, não ocupam nem cargo nem função pública em sentido estrito. Ademais disso, é de verificar que a alteração pretendida, se eventualmente acarretar aumento de despesa, encontra fundamento legal na Lei Delegada n. 174/2007, art. 26, cuja constitucionalidade, como de regra, se presume.

Finalmente, é de destacar que a disciplina da composição do Conselho Penitenciário de Minas Gerais por meio de decreto estadual encontra-se firmemente ancorada em previsões legais, circunstância que vem reforçar a argumentação expendida. De fato, a desnecessidade de lei estadual específica para aumentar o número de vagas do Conselho

---

7 Ver no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o RECURSO ESPECIAL Nº 976.648 - PE (2007/0183260-8).



Penitenciário de Minas Gerais baseia-se, ademais do que já restou dito, em previsões legais que fundamentam sua disciplina.

A Lei de Execução Penal, no art. 61, inciso IV, prevê o Conselho Penitenciário como órgão da execução penal e, no art. 69, lê-se:

“Art. 69. O Conselho Penitenciário é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena.

§ 1º O Conselho será integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade. A legislação federal e estadual regulará o seu funcionamento.

§ 2º O mandato dos membros do Conselho Penitenciário terá a duração de 4 (quatro) anos

à disciplina da composição do Conselho Penitenciário por meio de delas é veiculada pela Lei de Execução Penal.”

Considerando, nos termos do disposto pelo art. 24, CR/88, que o direito penitenciário insere-se na competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerando o disposto no § 1.º do diploma acima referido, considerando, ainda, a previsão do art. 18, VIII, da Lei Complementar federal n. 132/2009, tem-se fundamento legal para a alteração da composição do Conselho Penitenciário de Minas Gerais de molde a contemplar a destinação de vaga a Defensor Público federal, o que corrobora a desnecessidade de lei estadual para realizar tal destinação.

Por outro lado, com esta observação, tem-se que registrar que o pleito da Defensoria Pública da União não foi propriamente a *criação* de uma nova “vaga” no Conselho Penitenciário de Minas Gerais, mas sim a *destinação* de “vaga” de conselheiro a Defensor Público federal, para atender a previsão da Lei Complementar federal n. 132/2009. Mesmo reputando haver fundamento legal para realizar a alteração da composição do Conselho por meio de decreto, como descrito anteriormente, é conveniente perquirir acerca da possibilidade de modificar, por decreto, não o caput do art. 2.º do Decreto n. 16.912/1975 (com a redação determinada pelo Decreto n. 35.357/1994), mas o seu parágrafo único, destinando “vaga” a Defensor Público federal sem aumentar o número de conselheiros, tomando em conta a previsão de mandato de 4 anos, o que fica ao alvitre circunstanciado do Chefe do Poder Executivo.



## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, reputa-se viável a alteração da composição do referido Conselho por meio de decreto.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Belo Horizonte, 14 de julho de 2010.

Luísa Cristina Pinto e Netto

Procuradora do Estado

OAB/MG 82.789 – MASP 661.414-3

“APROVADO EM: 14/07/10”  
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO  
Procurador Chefe da Consultoria Jurídica  
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597