

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.121 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : **PARTIDO DOS TRABALHADORES**  
**ADV.(A/S)** : **EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO E OUTRO(A/S)**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AM. CURIAE.** : **MOVIMENTO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**  
**ADV.(A/S)** : **CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA**  
**AM. CURIAE.** : **ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GAYS, LESBICAS E TRANSGENEROS**  
**ADV.(A/S)** : **JOSE SOUSA DE LIMA**  
**ADV.(A/S)** : **JULIANA GOMES MIRANDA**  
**AM. CURIAE.** : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

### VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Cuida-se de ADI proposta em face do art. 1º, parágrafo único, I; e art. 5º do Decreto 9.759, de 11 de abril de 2019, ao argumento de manifesta ofensa à competência legal (arts. 5º, II; 48, XI; 84, VI, “a”; e 88 da CF/88), bem como aos princípios da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e da participação popular (art. 1º, *caput*, parágrafo único, da CF/88).

O relator, Min. Marco Aurélio, proferiu decisão monocrática com o seguinte dispositivo:

“(…)

2. Atentem para a organicidade do Direito, em especial dos procedimentos alusivos ao itinerário processual das ações trazidas a exame do Supremo. Tenho por princípio inafastável, observado o artigo 21 da Lei nº 9.868/1999, a inviabilidade de haver, em processo objetivo, no curso do Ano Judiciário, quando o Colegiado realiza sessões semanais, atuação mediante pronunciamento individual, ante a competência do Pleno para

deferimento de medida acauteladora, exigida a maioria absoluta – 6 votos.

Considerada a urgência da causa de pedir lançada na peça primeira e levando em conta o previsto no artigo 5º do Decreto nº 9.759/2019, cumpre submeter ao Plenário o pedido de implemento de liminar.

3. Libero o processo para inserção na pauta dirigida do Pleno, na forma do artigo 10 da Lei nº 9.868/1999.

4. Sem prejuízo de eventual designação, pela Presidência, de data de julgamento da medida cautelar, providenciem, no prazo de 5 dias, as informações. Com o recebimento, colham a manifestação da Advocacia-Geral da União e o parecer da Procuradoria-Geral da República, em 3 dias.

5. Publiquem”.

**Alega-se inconstitucionalidade formal, pois pretende-se, mediante decreto presidencial, extinguir colegiados que contam com expressa previsão legal, em usurpação de iniciativa reservada, ao utilizar-se da expressão “incluídos aqueles mencionados em leis nas quais não conste a indicação de suas competências ou dos membros que o compõem”.**

**Sugere-se, de igual modo, a ocorrência de inconstitucionalidade material ante suposta violação aos princípios da segurança jurídica e da participação popular.**

O relator admitiu o Movimento Nacional dos Direitos Humanos (MNDH) como terceiro interessado no processo.

A AGU manifesta-se pelo indeferimento da medida cautelar requerida.

É o relatório.

### **1. Do princípio da separação dos poderes e da excepcionalidade do uso do decreto autônomo**

A pretensão autoral, de invalidação da norma impugnada, sustenta-se no argumento de que o Decreto 9.759/2019 teria usurpado

## ADI 6121 / DF

competências atribuídas ao Congresso Nacional, uma vez que a criação e a extinção de órgãos da Administração Pública seriam matéria reservada à lei em sentido formal.

O parâmetro de controle invocado é composto por disposições do texto constitucional que firmam a imprescindibilidade de lei em sentido estrito para dispor sobre a organização do Estado. Nesse sentido, argumenta-se que o Decreto 9.759/25019 teria infringido diretamente os arts. 48, inciso XI; 84, inciso VI; e 88, todos da Constituição Federal, abaixo transcritos:

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

(...)

IX organização administrativa, judiciária, do Ministério Público da Defensoria Pública da União dos Territórios organização judiciária do Ministério Público do Distrito Federal;

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

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

(...)

Art. 88. lei disporá sobre criação extinção de Ministérios órgãos da administração pública”.

A questão suscitada, portanto, relaciona-se aos limites da função regulamentar do Chefe do Poder Executivo e ao alcance conformativo do princípio da separação de poderes.

## ADI 6121 / DF

Com a edição da Emenda Constitucional 32, de 2001, passou-se a conferir ao Presidente da República, enquanto Chefe do Poder Executivo, a prerrogativa de dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Pública, exceto quando isto implicar aumento de despesa, bem como criação ou extinção de órgãos públicos, uma vez que estes, por força do art. 88 da Constituição Federal, somente podem ser criados ou extintos por lei.

Evidentemente, o exercício do poder regulamentar, neste caso, é também um poder político com competência própria, que se reveste de uma autoridade igual a dos atos dos demais órgãos do Estado. Todavia, o Executivo não pode invadir a órbita de atribuição dos demais poderes do Estado. Caso o Legislativo estabeleça a norma que julga adequada à regência de determinado assunto, não havendo, no sistema da constituição rígida, infração de seu texto, fica interdito o exercício, em contrário, do poder regulamentar.

**A compatibilização da figura do decreto autônomo com o princípio da separação de poderes foi buscada por meio das limitações – com o máximo grau de restrição – ao uso dessa tipologia normativa. A figura do decreto autônomo resta absolutamente circunscrita às hipóteses de organização e funcionamento da Administração Pública Federal, ressalvada ainda qualquer criação e extinção de órgão público.**

Para casos em que a atuação regulamentar do Poder Executivo demandar elevada carga de generalidade e abstração, deve o Presidente da República recorrer ao uso da medida provisória, que, constitucionalmente, dispõe de força de lei.

O que não pode ser admitido na ordem constitucional é a utilização da figura do decreto autônomo como modalidade precípua do exercício atípico da função legislativa pelo Chefe do Poder Executivo. Tal situação configuraria clara manipulação e obliteração do exame que é feito pelo Congresso Nacional nas hipóteses excepcionais de expedição de atos normativos pelo Poder Executivo, seja na forma do juízo de conversão de medidas provisórias, seja no exercício de sustação de atos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, inciso V, da

CF/88).

## **2. Da impossibilidade de extinção de colegiados mencionados em lei**

No plano da constitucionalidade formal, entendo que o Decreto 9.759/2019, de fato, não poderia determinar a extinção de colegiados originalmente instituídos por lei. Esse tipo de extinção seria claramente atentatório ao paralelismo das formas e à própria força normativa do princípio da legalidade da Administração Pública. Assim, não há maiores dificuldades em compreender que a extinção infralegal de colegiados instituídos por ato normativo primário violaria diretamente a Constituição.

A questão se torna mais complexa no caso em tela porque, após o ajuizamento da presente ADI em face do Decreto 9.759, de 11 de abril de 2019, sobreveio a edição do Decreto 9.812, de 30 de maio de 2019, que alterou a redação da norma cuja inconstitucionalidade estava sendo impugnada no presente feito.

Com a nova redação dada pelo Decreto 9.812, de 30 de maio de 2019, ficou explícito que as extinções limitam-se àqueles colegiados que haviam sido instituídos por norma infralegal, leia-se, por (i) decreto; (ii) ato normativo inferior a decreto; e (iii) ato de outro colegiado. Transcreve-se abaixo a nova redação da norma impugnada:

### **Decreto 9.812/2019:**

Art. 1º O Decreto 9.759/2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 1º Este Decreto extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração

pública federal direta, autárquica e fundacional.

§1º A aplicação deste Decreto abrange os colegiados instituídos por:

I - decreto;

II - ato normativo inferior a decreto; e

III - ato de outro colegiado.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º aos colegiados instituídos por ato infralegal, cuja lei em que são mencionados nada conste sobre a competência ou a composição'. (NR)

Fica claro, portanto, que a nova redação da norma impugnada excluiu da extinção generalizada os colegiados que foram instituídos em lei.

Contudo, na linha do que já foi decidido pelos demais ministros que me antecederam, entendo que os efeitos extintivos determinados pelo Decreto 9.759/2019 não podem recair sobre colegiados que, embora não instituídos por ato infralegal, foram de algum modo consagrados ou mencionados em lei em sentido formal.

Isso porque, nessas hipóteses, o legislador acabou por convalidar a instituição do colegiado originalmente operada por Decreto. Desse modo, tolerar a extinção do colegiado significaria desrespeitar a vontade do legislador em alguma medida, o que não pode ser admitido ante o princípio da separação de poderes e a própria excepcionalidade do uso do decreto autônomo.

Assim, em linha à proposta do voto do relator, entendo que devemos declarar a inconstitucionalidade ou, pelo menos, conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1º, § 2º, do Decreto 9.759/2019, acima transcrito, já que tal dispositivo pretende afirmar que as extinções afetam os colegiados que tenham sido mencionados em lei.

**2. Da impossibilidade de equiparação de colegiados a “órgãos” para efeito de incidência do art. 84, inciso VI, alínea “a”, da CF/88**

No que diz respeito à tese de inconstitucionalidade material, a parte autora argumenta que a extinção dos decretos seria inviabilizada pelo texto constitucional, mais especificamente pela reserva de lei contida no art. 84, inciso VI, alínea “a”, da CF/88. De acordo com esse argumento, os colegiados extintos pelo Decreto 9.759/2019, configurariam “órgãos” no sentido técnico-jurídico atribuído pela Constituição Federal e, por isso, somente poderiam ser extintos por lei em sentido formal.

Na sua essência, discutir se “colegiados” configuram “órgãos” no sentido jurídico representa um exemplo de desafio posto à dogmática jurídica de se subsumirem definições doutrinárias tradicionais à complexidade de atos normativos que se emaranham no ordenamento e que exigem dos juristas algum esforço de sistematização e coordenação.

Tal problemática é especialmente relevante no Direito Administrativo, campo em que a dogmática jurídica enfrenta uma tensão permanente entre o imperativo de fixação de conceitos *pro futuro* e a precariedade de formulações teóricas que se dispõem a esgotar a realidade. Como descreve o professor Schmidt-Aßmann, a dogmática jurídica no Direito Administrativo assume ao mesmo tempo a função de jurídica de estabilização de relações, “*mas pretende igualmente reagir às novas exigências e assumir novos impulsos para o pensamento*” (Schmidt-Aßmann, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras**. Série IDP Saraiva: São Paulo, 2016, p. 11).

Esse desafio é patente porque, se, por um lado, o fundamento teórico que inspira os Estados foi totalmente reformulado pelos textos constitucionais, em diversas jurisdições, tal como o Brasil, o regime jurídico administrativo e a ciência jurídica administrativa remanesceram quase que intocados com o passar dos séculos. Daí a afirmação clássica do professor Otto Mayer de que há a impressão de que “*o direito constitucional se transforma e o direito administrativo permanece*”

## ADI 6121 / DF

(*“Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht”*). (Otto, Mayer. **Deutsches Verwaltungsrecht**, vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1960, p. 3).

Essa constatação parece se amoldar com justeza à realidade brasileira. Entre nós, enquanto se fala da chamada constitucionalização da administração pública, operada pela Constituição de 1988, vê-se que o regime jurídico administrativo e a sua doutrina conservam *locus* de uma realidade pré-constitucional. Do ponto de vista normativo, por exemplo, o Decreto 200/1967 – ainda tão central para a nossa estrutura administrativa – revela em cores fortes essa dicotomia.

A discussão sobre o significado da expressão “órgão” no texto constitucional enfrenta essas dificuldades de aderência ao fenômeno da criação de colegiados de participação popular, afigura-se como uma realidade que escapa à classificação estanque dos conceitos do Direito Administrativo tradicional.

**Sobre esse ponto, peço vênia para não acompanhar a divergência aberta. Isso porque o conceito de “órgão” secularizado na doutrina do Direito Administrativo Brasileiro diz respeito a estruturas integrantes de pessoas jurídicas de direito público, sem personalidade jurídica, que recebem atribuições com finalidade de especialização em relação à própria entidade que integram.**

A existência dos órgãos da administração pública deve ser compreendida em linha com o significado do processo de desconcentração administrativa. Nesse sentido, os órgãos verdadeiramente apresentam a Administração Pública, na respectiva pessoa jurídica a que estão vinculados. Como destaca o autor, não há outra compreensão possível à figura dos órgãos públicos, salvo aquela que os considera uma *“unidade administrativa, sem personalidade jurídica própria, em que são lotados os agentes responsáveis pelo exercício das diversas potestades públicas”*. (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012 p. 142)

No mesmo sentido preleciona a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, que define órgão como o *“compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes*



*que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado*". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 33ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 16)

**Dadas essas balizas conceituais, tenho dificuldade em identificar que os colegiados atingidos pelo Decreto 9.759, de 11 de abril de 2019, configurariam "órgãos" para efeito de um juízo revisional da norma em sede constitucional. Isso porque tais estruturas, na realidade, não *presentam* a vontade das respectivas pessoas jurídicas que integram nem são compostos por agentes responsáveis pelo exercício de uma potestade pública. Logo, não há como, para fins de avaliação da censurabilidade da norma impugnada, deformar o conceito de órgão para abarcar situações alheias a de unidades de manifestação da vontade de entidades integrantes da Administração Pública.**

Além disso, há outra dificuldade que resta quase inafastável ao acolhimento da tese de inconstitucionalidade material da norma impugnada. Trata-se da instituição, no art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal, de uma verdadeira cláusula de paralelismo de formas. O dispositivo veda o uso de decretos autônomos tanto para a criação quanto para a extinção de órgãos públicos. Desse modo, conformar a aplicação do dispositivo constitucional para vedar a possibilidade de extinção de colegiados por decreto significaria, *a contrario sensu*, declarar a inconstitucionalidade de colegiados que foram originariamente instituídos por ato normativo infralegal.

### **3. Da necessidade de observância das melhores técnicas de legística no exercício da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para dispor sobre a organização da Administração Pública**

Na condição de Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República inegavelmente goza de discricionariedade para definir a estruturação interna da Administração Pública. Tal discricionariedade envolve reorganizar continuamente as funções estatais ao longo do aparelho burocrático a ser gerido. Nesse aspecto, é sensível a alegação da

## ADI 6121 / DF

União de que a extinção dos conselhos se insere em um processo de racionalização do fundamento da Administração pelo Governo.

Por outro lado, tal discricionariedade não se traduz em uma liberdade absoluta e irrestrita que permita que o Chefe do Poder Executivo se valha da figura do decreto autônomo sem ter que observar as responsabilidades típicas da função legiferante.

O incômodo jurídico que advém da norma impugnada diz respeito menos ao seu efeito jurídico concreto, que, caso vencida a proposta do relator, restará limitado aos colegiados que não encontram menção em lei em sentido formal.

**O que mais preocupa é, sem dúvida, o *modus* de aniquilamento dos colegiados que, no presente caso, tomou a forma de extinção ampla e quase irrestrita de colegiados, sem que fosse possível extrair da decisão do Governo uma motivação racional baseada em evidências e na compreensão responsável do alcance da medida.**

Aqui se exterioriza, antes de tudo, uma clara deficiência de legística na elaboração da norma impugnada. O conhecimento das sistemáticas de produção de atos normativos, a propósito, é matéria de mais alta relevância e que infelizmente ainda carece de um aprofundamento na doutrina brasileira. No Direito Comparado, faço referência aos trabalhos do professor Carlos Blanco de Moraes, que se dedicou intensamente a essa matéria com a publicação da clássica obra *“Manual de Legística – critérios científicos e técnicos para legislar melhor”*.

Aqui, há que se ressaltar a extrema responsabilidade que é atribuída ao Chefe do Poder executivo quando se admite a este agente o exercício da função normativa, ainda que de forma atípica. A esse respeito, considero oportuno ressaltar a advertência feita pelo ilustre Victor Nunes Leal acerca da gravidade da atividade legiferante, no que se aplica ao exercício do poder regulamentar. Como pondera o autor:

Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase

## ADI 6121 / DF

sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis (LEAL, Victor Nunes. **Técnica Legislativa**. In: Estudos de direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7-8).

Tão delicada é a tarefa normatizadora que o ilustre professor alemão Hermann Jahrreiss faz a advertência de que criar normas configura uma das mais difíceis das experiências, qual seja a “experiência com o destino humano” (tradução livre) (JAHRREISS, Hermann. **Groesse und Not der Gesetzgebung**. Bremen: Schünemann, 1953, p. 5).

Quando de minha atuação perante a subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, busquei contribuir para o aprimoramento das técnicas de produção de atos normativos no âmbito do Poder Executivo, respaldando as melhores práticas de legística no Manual de Redação da Presidência da República. Os resultados desse trabalho foram possíveis graças a um árduo esforço da comissão encarregada de elaborar a primeira versão do documento, então composta por mim e pelos demais representantes Nestor José Forster Júnior, Carlos Eduardo Cruz de Souza Lemos, Heitor Duprat de Brito Pereira, Tarcisio Carlos de Almeida Cunha, João Bosco Martinato, Rui Ribeiro de Araújo, Luis Fernando Panelli César, Roberto Furian Ardenghy, além da revisão atenta do Professor Celso Pedro Luft.

Hoje, em sua terceira edição, o Manual de Redação da Presidência da República fixa como requisito básico da atividade de elaboração normativa o imperativo de o Chefe do Poder Executivo atender a um esforço de clareza, precisão e determinação das normas. Consta do referido Manual uma recomendação que considero da mais absoluta aderência à situação que presenciamos na norma impugnada nesta ADI. Peço vênias para fazer a leitura da advertência expressa no referido manual:

“Os riscos envolvidos na elaboração normativa exigem cautela daqueles que se ocupam desse processo. Eles estão obrigados a colher informações variadas sobre a matéria que deve ser regulada e a realizar uma pesquisa que não pode ficar

limitada a aspectos estritamente jurídicos. É necessário realizar minuciosa investigação nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial. A análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo é igualmente imprescindível. Somente a realização dessa pesquisa, que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares, poderá fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados. A utilização de fórmulas obscuras ou criptográficas, motivadas por razões políticas ou de outra ordem, contraria princípios básicos do próprio Estado de Direito, como os da segurança jurídica e os postulados de clareza e de precisão da norma jurídica. (DEGENHART, 1987, p. 102)". (BRASIL. Manual de Redação da Presidência da República. 2018, p. 104)

"(...) O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas sejam precisas e claras para que o destinatário das disposições possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem. **As formulações obscuras, imprecisas, confusas ou contraditórias devem ser evitadas**". (BRASIL. Manual de Redação da Presidência da República. 2018, p. 111)

Esta parece ser exatamente a situação subjacente à edição do Decreto impugnado. Da própria Exposição de Motivos do Decreto 9.759, de 11 de abril de 2019, é possível vislumbrar que ele foi editado a partir de um diagnóstico generalizante, sem um exame minimamente atento da adequação dos meios e fins a serem utilizados para se atingir a proclamada racionalização da Administração Pública.

Essa debilidade legística do Decreto certamente merecerá ser colmatada por uma atuação futura do Poder Executivo. Ainda que seja bastante difícil a enumeração de todos os colegiados que integram a Administração Pública Direta e Indireta, o Poder Executivo certamente terá que, em um momento posterior, esclarecer o alcance do Decreto 9.759, de 11 de abril de 2019. É fundamental para a segurança jurídica que sejam especificados os colegiados que, de fato, serão extintos pela

medida.

Apenas de *obiter dictum*, e já à guisa de conclusão, gostaria de ressaltar a advertência de que o manejo do decreto autônomo pelo Chefe do Poder Executivo deve restar absolutamente circunscrito às hipóteses de organização e funcionamento da Administração Pública Federal, ressalvada ainda qualquer criação e extinção de órgão público.

**Na nossa ordem constitucional, considerando o princípio da Separação de Poderes, jamais poderá ser admitido o uso do decreto autônomo para se manipular a atipicidade da função legiferante atribuída ao Poder Executivo. Em outras palavras, é preciso ficar claro que não se pode buscar governar por decreto.**

Ademais, cabe advertir que o Poder Executivo deve estar atento aos riscos envolvidos na elaboração normativa. Nesse sentido, em respeito às melhores técnicas redacionais consagradas em nosso ordenamento, devem ser evitadas formulações obscuras, imprecisas, confusas ou contraditórias. É extremamente importante que a edição do ato normativo preze pela segurança jurídica e seja acompanhada, na medida do possível, da análise cuidadosa das repercussões das medidas propostas.

### 3. Dispositivo

Assim, ressaltando minha preocupação com as debilidades da norma impugnada, voto no sentido proposto pelo relator, para deferir parcialmente a medida acauteladora, a fim de suspender a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto 9.812/2019, e afastar, até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência “sobre a competência ou a composição”.