

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, em que se pede seja dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto 9.725, de 12 de março de 2019.

Estando os autos devidamente instruídos e em plenas condições de julgamento definitivo, passo ao exame de mérito.

Verifico que a questão que aqui se põe cinge-se a verificar se o Decreto impugnado violou o princípio da reserva legal ao dispor sobre a extinção de cargos ocupados.

Como já registrei em sede doutrinária, a ideia expressa no art. 5º, II, da Constituição de 1988, é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (*Rechtsgesetze*), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei.

É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão “em virtude de lei” na Constituição de 1988. A lei é a regra de direito (*Rechtssatz*) ou norma jurídica (*Rechtsnorm*) que tem por objeto a condição jurídica dos cidadãos, ou seja, que é capaz de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, criando direitos e obrigações.

O termo “lei” não pode deixar de ser também entendido em seu sentido formal, como a norma produzida pelo órgão competente (parlamento) e segundo o processo legislativo previstos na Constituição. Tem relevância, nesse âmbito, o viés democrático do conceito de lei, como ato originado de um órgão de representação popular (expressão da vontade coletiva ou de uma *volonté general*) legitimado democraticamente. A lei, segundo esse conceito democrático, é entendida como expressão da autodeterminação cidadã e de autogoverno da sociedade.

O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar então em um bloco de legalidade ou de

constitucionalidade que englobe tanto a lei como a Constituição. Lei, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo, independentemente de sua forma

Nesse bloco de legalidade estão incluídas, entre outros, as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis delegadas e as medidas provisórias, estas como atos equiparados à lei em sentido formal. São os atos normativos igualmente dotados de força de lei (*Gesetzeskraft*), ou seja, do poder de inovar originariamente na ordem jurídica.

Quanto aos decretos e regulamentos, estes não possuem valor normativo primário no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que têm função meramente regulamentar da lei. Assim, pode-se afirmar que no sistema constitucional brasileiro não são admitidos, em regra, os regulamentos e decretos ditos autônomos ou independentes, mas apenas os de caráter executivo (art. 84, IV), os quais possuem função normativa secundária ou subordinada à lei.

É preciso enfatizar, não obstante, que a modificação introduzida pela EC n. 32/2001 parece ter inaugurado, no sistema constitucional de 1988, o assim denominado “decreto autônomo”, isto é, decreto de perfil não regulamentar, cujo fundamento de validade repousa diretamente na Constituição.

Ressalte-se, todavia, que o decreto de que cuida o art. 84, VI, da Constituição, limita-se às hipóteses de “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”, e de “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. Em todas essas situações, a atuação do Poder Executivo não tem força criadora autônoma, nem é dotada de condições para inovar decisivamente na ordem jurídica, uma vez que se cuida de atividades que, em geral, estão amplamente reguladas na ordem jurídica.

Pois bem. O Decreto impugnado destina-se à extinção de 22.003 (vinte e dois mil e três) cargos em comissão, funções de confiança e gratificações no âmbito do Poder Executivo federal.

Não há, no texto aqui questionado, indicação de que todos cargos extintos estão vagos. Pelo contrário. Anoto que o próprio Decreto afirma, em seu art. 3º, que “os eventuais **ocupantes dos cargos** em comissão e das

funções de confiança que deixam de existir por força deste Decreto ou das gratificações cujas ocupações são por ele limitadas **ficam automaticamente exonerados ou dispensados** ”.

Apenas no Estado do Espírito Santo, por exemplo, foram extintas 212 funções que estavam ocupadas, como narrou o Ministério Público Federal em ação civil pública.

Expostos esses parâmetros, verifico que o Decreto nº 9.725/2019 de fato extingue cargos e funções ocupadas, em manifesta violação ao art. 84, VI, b, da Constituição Federal.

Entendo, assim, pela necessidade de se adotar a técnica da interpretação conforme a Constituição, de modo que as determinações do decreto somente se apliquem aos cargos vagos na data da sua edição, como prescreve o art. 84, VI, “b”, do texto constitucional.

Dispositivo

Ante o exposto, julgo procedente o pedido (i) para dar interpretação conforme a Constituição ao Decreto nº 9.725, de 12 de março de 2019, a fim de que somente se aplique aos cargos vagos na data da edição do Decreto, e (ii) para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º do ato normativo impugnado.

É como voto.

Plenário Virtual - minivoto 07/04/2023 00:00