

**DECRETO NORMATIVO COM EFEITO ANTIDEMOCRÁTICO: ANÁLISE DO
DECRETO PRESIDENCIAL 9.759/2019 QUE DETERMINOU A EXTINÇÃO
DE COLEGIADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E O
JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6121**

ANA PAULA SERPA ABRAHÃO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP)

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ORIENTADOR: LUIS EDUARDO PATRONE REGULES

SÃO PAULO
2021

RESUMO

O presente artigo científico tratou da importância da participação popular no sistema democrático fortemente defendido e aplicado pela Constituição Federal de 1988, à luz da qual analisou-se o Decreto autônomo editado pelo Presidente da República, de número 9.759/2019, o qual extinguiu Conselhos participativos que compunham a Administração Federal. Abordou-se a inconstitucionalidade formal evidente do Decreto no que tange à tentativa de extinção de Conselhos previstos em lei, mas, também, aprofundou-se a análise para a inconstitucionalidade material, tendo em vista a norma, em seu conteúdo, afrontar o princípio democrático da participação social na gestão pública. Por fim, o trabalho trouxe a análise do julgamento da medida cautelar apresentada na Ação Direta de Constitucionalidade destacando a unanimidade dos votos a favor da inconstitucionalidade formal do Decreto sobre os Conselhos já previstos em lei, mas dando destaque aos votos divergentes que entenderam pela inconstitucionalidade material na extinção indeterminada dos Conselhos participativos, como pretendido pelo Decreto estudado.

Palavras chave: Decreto. Inconstitucionalidade material. Inconstitucionalidade formal. Participação Popular. Democracia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	5
3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL	12
4. PODER REGULAMENTAR DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (ARTIGO 84, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)	17
5. O DECRETO 9.759/2019: EXTINÇÃO INDETERMINADA DOS CONSELHOS PARTICIPATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL	20
5.1. Efeito Antidemocrático do Decreto 9.759/2019	24
6. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6121 – JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR	26
7. CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988¹ traz em sua base princípios democráticos de forte impacto, inclusive mantendo ao longo de todo o seu texto a importância da limitação do Estado bem como a garantia dos direitos dos cidadãos em participar direta ou indiretamente da política.

De início, o presente trabalho demonstra a preocupação do constituinte com o princípio da participação popular para garantia do sistema democrático, ressaltando os dispositivos constitucionais que, ao longo do tempo, se propuseram a trazer a aplicação prática deste princípio.

A fim de poder adentrar o tema, se fez necessário abordar sobre a diferenciação da análise de inconstitucionalidade da norma em sua formalidade e materialidade, tratando suas características a fim de interpretar o possível reconhecimento de inconstitucionalidade, também material, do Decreto estudado.

Por se tratar de uma norma emitida pelo Chefe do Poder Executivo, necessário que se esclareça sobre o poder regulamentar dado ao Presidente da República de forma a respeitar os limites da sua atuação bem como da separação dos poderes, resguardando o conteúdo já previsto em lei.

Exposto todo o cenário, o trabalho passa a apresentar os dispositivos de maior impacto do Decreto 9.759/2019 tratando sobre a extinção indeterminada dos Conselhos da Administração Federal, inclusive com a inconstitucionalidade formal da norma ao extinguir aqueles previstos em lei.

Para além disso, o presente trabalho abordou a inconstitucionalidade material do decreto na sua forma extensiva, tendo em vista que a extinção indiscriminada dos Conselhos participativos afronta diretamente o princípio da participação social.

Por fim, analisa-se a Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.121 proposta pelo Partido dos Trabalhadores, a qual questiona a constitucionalidade

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

do Decreto 9.759/2019, tendo como pedido cautelar a suspensão dos efeitos da extinção imediata dos Conselhos.

Desta análise, destaca-se a votação feita em plenário com foco nos votos divergentes, que entenderam pela inconstitucionalidade material do Decreto, visto que os Ministros decidiram, de forma unânime, pela inconstitucionalidade formal.

2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O conceito de democracia participativa, apesar de antigo e herdado pelos gregos, traz a nós ainda muitas questões, mudanças e atualizações a serem feitas, além de diferentes conceitos a serem abordados, principalmente quando lidamos com frequentes questionamentos dos benefícios e contradições desse sistema político.

Em apertada síntese, tem-se que a democracia participativa consiste na possibilidade de os cidadãos exercerem participação direta na tomada de decisão além de intervir de forma a exercer controle do exercício de poder.²

É um regime que aposta na participação ativa da sociedade civil através da garantia de mecanismos de controle sobre a Administração Pública, expandindo o poder social para além do exercício do voto, mas também dando grande relevância às opiniões sociais de forma prévia a tomadas de decisões do poder público.³

Até recentemente, a ideia de democracia participativa era aceita como modelo ideal tendo em vista que, no mundo das ideias e na teoria, é um regime que lida todo o tempo com o debate público entre cidadãos livres com condições participativas em igualdade, trazendo a descentralização do poder e submetendo o poder público e seus agentes a um controle social.

² MERELES, Carla: Democracia participativa é realmente possível? – Politize!, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/democracia-participativa/>> Acesso em 13 Jan. 2021;

³ DEMOCRACIA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2021. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Democracia&oldid=60445950>> Acesso em 13 Jan. 2021

Na visão do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello (2001)⁴ sobre a democracia participativa, aduz:

“(...) dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou por meio de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania (...)”.

Tal abordagem deixa claro que a base desses sistemas são os princípios da liberdade e da igualdade entre todos para que se concretize a real intenção da democracia participativa e do poder soberano.

Considerando que é um regime que trata da participação ativa do povo, há que se considerar os diferentes desafios de sua aplicação numa sociedade complexa e desigual, devendo ser observados princípios tais como o da justiça social e do pluralismo, sendo obrigatória a constante luta pela inclusão e educação política abrangente que garanta a efetiva participação social democrática.

A Constituição Federal brasileira, no artigo 1º, determina que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, qualificando-o como Estado Democrático de Direito.

No parágrafo único⁵ do mesmo artigo, dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, fazendo constar a participação direta dos cidadãos e através de seus representantes, adicionando a ideia da democracia

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. 2ª Edição. São Paulo. Revista Internacional de Direito e Cidadania, 2008, p. 53-63

⁵ Artigo 1º da Constituição Federal do Brasil

representativa, que acaba por ser mais abrangente e fática em razão do voto obrigatório.

Ou seja, o sistema democrático não tem como base apenas o voto, mas também a participação popular direta através de meios e instrumentos constitucionais e legais que a própria Constituição garantirá, pautando-se na soberania popular e assegurando o exercício de direitos sociais e individuais.

O que a Constituição Federal buscou com a previsão da participação popular é a garantia de que a sociedade civil organizada seja convocada a fiscalizar e controlar o cumprimento dos programas propostos pelos governantes assim como as ações dos administradores. E essa participação e controle social se manifesta de diversas formas, sejam elas formais, informais ou judiciais, ou seja, através delas a sociedade tem acesso à tomada de decisões na gestão pública.

Assim, são instrumentos da democracia participativa toda e qualquer forma legal de controle, pela sociedade, dos atos da administração pública e qualquer ato de atuação popular existente nas decisões políticas e na gestão da coisa pública.

Podemos destacar entre estes instrumentos, no Brasil, aqueles relacionados à representação, ou seja, relacionados ao sufrágio universal; aqueles tradicionalmente constantes do rol dos instrumentos da democracia direta, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular; e os institutos peculiares da democracia participativa, que consistem nas mais diversas formas de participação popular.⁶

Assim, partindo para análise fática do texto constitucional que expressa a democracia participativa, podemos destacar diversos enunciados constitucionais que a garantem, além de dar espaço à criação de leis que façam nascer outros instrumentos de participação social.

⁶ Sem autor. Plebiscitos e referendos. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>> Acessado em 13 Jan. 2021

Iniciemos então pelo capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais⁷, no qual o consagrado artigo 5º tomou o cuidado de dispor, de forma extensa, além da igualdade entre todos, também a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dando forma à limitação do Estado.

Dando sequência, é exemplo disso seu inciso XXXII, no qual determinam-se os deveres de órgãos públicos prestarem informações de interesse particular ou coletivo ao cidadão que o requerer, demonstrando a possibilidade do controle social a ser exercido. Do mesmo modo, no inciso XXXIV, é garantido ao cidadão o direito à petição aos poderes públicos para defesa de direitos, contra a ilegalidade e abuso de poder.

São demonstrações principiológicas da democracia participativa que trazem ao cidadão as armas necessárias para questionar, acompanhar e controlar a força estatal garantindo o direito individual e coletivo do povo, que não se mantém refém daquele que elegeu, mas participa ativamente da fiscalização da máquina estatal.

Surge daí um ponto interessante: o Poder Judiciário, diferentemente dos outros poderes, não conta com eleições para ser composto, inclusive assim o é para se preservar a imparcialidade dos julgadores. Entretanto, foi elencado dentre as garantias do artigo 5º, inciso XXXVIII, a existência do Tribunal do Júri, em caráter eminentemente popular, ou seja, dando margem à participação da sociedade no Poder Judiciário.

Assim, se por muitas vezes o Poder Judiciário é a única forma de o cidadão questionar ações do Estado, tendo ali livre acesso, ainda por vezes tem voz na análise de casos de importante contexto social participando do processo de julgamentos, o que demonstra a relevância da participação social em todas as esferas.

Ainda no artigo 5º, especificamente ao tratar de controle e fiscalização social do Estado, no inciso LXXIII, tem-se a legitimidade de qualquer cidadão

⁷ Constituição Federal do Brasil

propor ação popular para defender direito difuso, com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

Trata-se de um instituto que legitima qualquer cidadão a provocar o judiciário a fim de anular um ato feito pela Administração Pública protegendo a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Em outras palavras, é um remédio constitucional a ser destacado principalmente porque demonstra a soberania que o povo tem na tomada de decisões da administração pública, que, unida à obrigatoriedade de publicidade nos atos administrativos, cria a engrenagem necessária para que a democracia participativa funcione.

Outra previsão constitucional de destaque é a de participação da comunidade nas ações de seguridade social, conforme artigo 194, inciso VII da Constituição Federal, e a participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos públicos colegiados, para que defendam seus interesses profissionais ou previdenciários⁸.

Ainda temos o modelo clássico de previsão constitucional da democracia participativa direta, que são os conhecidos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular, previstos na Constituição Federal⁹.

Então, tem-se expressamente que a população será convocada para aprovação em caso de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados¹⁰, previsão de consulta prévia da criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios¹¹ e a previsão de lei sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual¹².

Há previsão constitucional ainda sobre participação da sociedade no planejamento municipal, prevendo a cooperação de associações representativas.¹³ Inclusive, é um dispositivo que deu origem à possibilidade do Orçamento Participativo no âmbito municipal.

⁸ Artigo 10 da Constituição Federal do Brasil

⁹ Artigo 14 da Constituição Federal do Brasil

¹⁰ Artigo 18, § 3º da Constituição Federal do Brasil

¹¹ Artigo 18, § 4º da Constituição Federal do Brasil

¹² Artigo 27 da Constituição Federal do Brasil

¹³ Artigo 29, XII da Constituição Federal do Brasil

Ainda sobre controle social direto, o artigo 31, § 3º determinou a obrigatoriedade de as contas dos municípios ficarem à disposição dos cidadãos, podendo estes questionar-lhes a legitimidade e a legalidade. Ou seja, o dispositivo, além de prever o controle natural do legislativo sobre o poder executivo, ainda traz reforço ao determinar a fiscalização do povo sobre as finanças públicas.

Demonstra-se desta forma não só o necessário controle interno a ser feito pelos eleitos da democracia representativa, mas também o controle a ser feito de forma direta pela sociedade civil, trazendo a ideia de participação ativa, direta e fiscalizatória, acompanhada do livre questionamento dos responsáveis e gestores.

Ainda, mesmo quando se aborda entidades da Administração Pública indireta, ou seja, quando há a descentralização do poder em empresas públicas e sociedade de economias mista, há previsão de fiscalização da sociedade¹⁴.

O artigo 37 da Constituição Federal traz, *a priori*, diversos princípios a serem observados pelo Poder Público, tais como da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Mas não se limita a eles, pois, na sequência, em seu parágrafo terceiro, prevê a criação de lei que discipline a participação dos usuários da administração direta e indireta em casos como:

“(...) I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

¹⁴ Artigo 173, § 1º da Constituição Federal do Brasil

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

Ou seja, não há a preocupação apenas de que o Estado cumpra seu dever na observância dos princípios, mas também de que o cidadão possa analisar a prestação do serviço público, chegando aos gestores, secretários e administradores a insatisfação dos usuários.

Outra previsão constitucional importante a que se refere o controle social participativo é a da realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil, prevista no artigo 58, inciso II da Constituição Federal, trazendo a participação social no processo legislativo.

Inclusive, há previsão constitucional expressa de que não só haverá participação social durante o processo legislativo mas também a possibilidade de leis de iniciativa popular, conforme artigo 61, § 2º da Carta Magna.

Além da iniciativa popular, importante ressaltar as previsões constitucionais que dispõem sobre participação dos cidadãos, também, nos Conselhos da República, bem como participação de dois cidadãos no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, trazendo o controle e acompanhamento social direto¹⁵.

E vai além: a participação social tem grande destaque na Constituição Federal ainda nos Conselhos que tratam dos direitos sociais e fundamentais dos cidadãos, tais como o Conselho de Assistência Social, que prevê a participação da população nas ações e serviços públicos da saúde.¹⁶

Por fim, ainda temos o artigo 230 prevendo a participação da sociedade no amparo às pessoas idosas. E, não só os cidadãos, mas também as entidades não governamentais possuem legitimidade para participar dos programas de assistência integral à saúde das crianças e dos adolescentes.

¹⁵ Artigos 89, VII, 103-B, XIII, 130-A, VI da Constituição Federal do Brasil

¹⁶ Artigo 198, inciso III da Constituição Federal do Brasil

Como se pode notar, essas previsões constitucionais deram margem para criação de leis que trouxeram ao ordenamento jurídico a previsão de instrumentos importantes para efetivação da democracia participativa, como os Conselhos de direito e de gestores de políticas públicas, as ouvidorias, as comissões de legislação participativa e o orçamento participativo.

Sobre o assunto, ressalta-se a nota de RUBENS PINTO LYRA (1999, p. 23-28)¹⁷:

“A Constituição de 1988, ao consagrar, junto com os mecanismos de representação, o princípio de participação direta na gestão pública produziu – ou inspirou – a emergência de diversos institutos de gestão ou fiscalização de políticas públicas, que corporificam essa práxis participativa: as consultas populares, os conselhos gestores de políticas públicas, o orçamento participativo e as ouvidorias. Tais mudanças repercutiram também, como não podia deixar de ser, nas áreas de segurança e de justiça. Graças à iniciativa de militantes de direitos humanos, foram criados Conselhos Estaduais encarregados da defesa e da promoção desses direitos, com a presença majoritária de órgãos independentes do Governo: Conselhos de Segurança e de Justiça, dotados de expressiva participação da sociedade civil e Ouvidorias autônomas, com seus titulares recrutados fora da corporação policial”.

Como se pode verificar, a previsão da democracia participativa não tem início e fim apenas no princípio basilar do Estado Democrático de Direito que o Brasil instituiu. É um princípio que insiste em se expressar e se fazer presente ao longo de toda a Carta Magna, consistindo numa garantia que não pode regredir e sofrer supressões, mas sim apenas se alargar e se tornar mais abrangente.

3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL

¹⁷ LYRA, Rubens Pinto. As vicissitudes da democracia participativa no Brasil. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 141, p. 23-28, 1999

O Controle de constitucionalidade é tema extremamente relevante a qualquer operador do direito não só da área Constitucional como também em todo ramo, visto que a Constituição é a fonte primária de legitimidade de todo o ordenamento.

Este controle, necessário, tem como característica um mecanismo de análise do ordenamento jurídico de forma a sistematicamente confrontar um ato, seja ele lei ou decreto, com as premissas da Constituição Federal, verificando sua conformidade.

Sua importância consiste em garantir segurança jurídica ao ordenamento não admitindo que seja válido um ato infraconstitucional que confronte as premissas e normas da Constituição, impondo a ele a nulidade, garantindo que o sistema jurídico funcione de maneira harmoniosa, considerando a supremacia e a rigidez dos dispositivos constitucionais¹⁸.

O controle constitucional é barreira de proteção contra eventuais lesões de direitos fundamentais e princípios previstos na Carta Magna, além de resguardar as demais normas constitucionais, cuidando para que o legislador, ao exercer o seu papel, trabalhe dentro dos limites impostos pela própria Constituição Federal.

O que se busca saber nesse processo é quando uma norma infraconstitucional contém vício de inconstitucionalidade, podendo-se verificar em razão de ato comissivo do Poder Público ou por sua omissão. Deste modo, tem-se a classificação de inconstitucionalidade por ação e por omissão¹⁹.

Para o presente trabalho, a classificação que se busca destrinchar se situa dentro da inconstitucionalidade por ação, que é quando se verifica a incompatibilidade vertical das leis ou atos do Poder Público em relação à Constituição, podendo ocorrer por vício formal ou por vício material.

Importa para o contexto do presente trabalho entendermos que as legislações, ao passarem por um controle de constitucionalidade, podem conter

¹⁸ COSTA, Nelson Nery. Constituição Federal: Anotada e Explicada. 5ª Edição. Rio de Janeiro, RJ. Editora Forense. 2012

¹⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 3ª Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 478.

vícios em sua forma ou em seu conteúdo, de modo que uma norma pode ser formalmente constitucional, mas sua matéria afrontar dispositivos e princípios da Constituição.

Por isso, levando-se em conta que o foco do trabalho é analisar uma norma de decreto presidencial, devemos considerar não só a constitucionalidade existente na iniciativa daquele que a criou, mas também a constitucionalidade de seu conteúdo, contando com a doutrina para esclarecer sua diferenciação.

Como dito anteriormente, ao se produzir uma nova lei, faz-se necessário que esta siga pressupostos e procedimentos adequados à Constituição para que seja considerada constitucional. Não à toa, em seu texto são reguladas a forma de criação da lei e dos atos normativos, seja do aspecto da competência para iniciativa até os procedimentos a serem observados.²⁰

Deste modo, podemos inicialmente classificar como inconstitucionalidade formal quando há a falta da correta competência ou não observância de formalidades procedimentais previstas no processo de criação da lei. Nos ensinamentos doutrinários do Curso de Direito Constitucional, escrito por Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²¹, pode-se encontrar a seguinte definição:

“A inconstitucionalidade formal deriva de defeito na formação do ato normativo, o qual pode estar na violação de regra de competência ou na desconsideração de requisito procedimental. O procedimento para a produção de lei ordinária e de lei complementar compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação”.

A inconstitucionalidade formal então pode seguir várias frentes. A Constituição Federal determina, por exemplo, quais assuntos serão tratados por quais entes, podendo trazer o vício de competência quando os assuntos

²⁰ Artigo 59 da Constituição Federal do Brasil

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8ª Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2019

relacionados à competência privativa de um dos entes federativos são tratados por outro, trazendo a inconstitucionalidade formal.

Nos ensinamentos do professor Flávio Martins²², é classificada tal inconstitucionalidade formal como Inconstitucionalidade formal orgânica, a qual pode ser descrita da seguinte forma:

“Trata-se do vício de inconstitucionalidade decorrente da incompetência para elaboração da lei ou ato normativo. A Constituição Federal enumera a competência dos entes federativos. Por exemplo, traz um rol de competências privativas da União no art. 22, I (legislar sobre direito penal, processual, civil, trabalhista etc.). Portanto, se um Município elabora uma lei penal, será formalmente inconstitucional, já que não tem competência para legislar sobre tal assunto”.

Do mesmo modo, tem-se determinada a iniciativa privativa: a Constituição dispõe que certos temas só serão tratados por determinados órgãos públicos ou agentes públicos, expressamente trazendo a necessidade de que apenas os autorizados possam iniciar o projeto de lei, restringindo os demais órgãos ou agentes.

Nas lições do Professor Flávio Martins (NUNES JÚNIOR, 2019, pag. 487), tal vício é classificado como inconstitucionalidade formal propriamente dita, em que temos:

“A inconstitucionalidade formal propriamente dita ocorre quando há um vício no processo de formação da lei (processo legislativo). O vício pode se dar em qualquer uma das fases desse processo. Primeiramente, pode ocorrer um vício de iniciativa. Nesse caso, o projeto de lei é elaborado por quem não tem legitimidade para fazê-lo. Por exemplo, um projeto de lei elaborado por parlamentares prevendo a criação ou a extinção

²² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 3ª Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

de Ministério ou órgão da Administração Pública será inconstitucional. Isso porque, segundo o art. 61, § 1º, II, “e”, CF, compete privativamente ao Presidente da República elaborar projetos de lei dessa natureza. Da mesma forma, também são de iniciativa privativa do Presidente os projetos de lei que “fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas” (art. 61, § 1º, I, CF), bem como disponham sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração” (art. 61, § 1º, II, “a”, CF) etc.”.

Ainda, algumas matérias também só poderão ser regulamentadas de acordo com atos normativos específicos, os quais a Constituição Federal autorize, normalmente trazendo em seu texto que a norma será regulamentada por lei complementar, por exemplo.

Para esta modalidade, o Professor Flávio Martins destaca como “hipótese de inconstitucionalidade formal propriamente dita: a inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo, modalidade identificada pelo professor de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho”. (NUNES JÚNIOR, 2019, pag. 489).

São exemplos de regras procedimentais que, se não respeitadas, trazem a inconstitucionalidade formal, ou seja, o vício encontra-se no processo de criação da norma, antes mesmo de analisar seu conteúdo já se tem a inconstitucionalidade decretada sob o aspecto formal. Mas, ainda que a norma seja constitucionalmente formal, seu conteúdo também deve ser analisado, passando a se verificar a chamada inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade material trata do conteúdo da lei criada: analisa-se o conteúdo proposto pelo legislador em consonância com as regras e princípios constitucionais. Veja-se: seguindo a doutrina, no Curso de Direito Constitucional escrito por Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²³, tem-se que:

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8ª Edição, p. 1.296. São Paulo. Saraiva Educação, 2019

“Há inconstitucionalidade material quando a lei não está em consonância com a disciplina, valores e propósitos da Constituição. A liberdade do legislador para conformar a lei deve ser exercida dentro dos limites constitucionais. Dentro desses limites, a lei, qualquer que seja o seu conteúdo, é absolutamente legítima. Veda-se ao legislador, porém, exceder ou ficar aquém dos limites da Constituição.”.

Ou seja, não se tem a inconstitucionalidade material só quando afronta texto de dispositivos constitucionais, mas também se vê presente a inconstitucionalidade material quando o conteúdo da norma ofende ou não corresponde à disciplina, valores, princípios e propósitos da Constituição Federal, sendo necessária a observância das intenções e proteção de direitos implícitas na carta magna, não só analisando-se aquilo que confronta no conteúdo expresso.

Logo, se o conteúdo da lei violar regra ou princípio constitucional, será declarado materialmente inconstitucional.

Assim como a lei inconstitucional em sua forma, a inconstitucionalidade material gera como consequência a nulidade da lei, não se podendo admitir no ordenamento jurídico normas que não estejam conforme os ditames da Constituição Federal, considerando não só o que vem expressamente definido, como também os princípios basilares do Estado Democrático de Direito ao qual se submete a República Brasileira.

4. PODER REGULAMENTAR DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (ARTIGO 84, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

O Poder Regulamentar, também comumente chamado por parte da doutrina como poder normativo, é a expressão do poder da administração pública em sua função típica normativa, ou seja, são as normas criadas pelo

poder executivo que dão complemento à lei já existente para que se atinja seu objetivo.

Segundo a doutrina de Maria Sylvia Di Pietro²⁴, preferencialmente tal poder é chamado de poder normativo, visto que a expressão “poder regulamentar” não é suficiente para esgotar toda a competência normativa que é atribuída à Administração; desta forma, Di Pietro assim expõe: “Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.”.

Doutrinariamente duas são as classificações importantes a serem feitas para o presente trabalho. É importante destacarmos as diferenças entre o regulamento executivo e o regulamento autônomo ou independente.

Em termos de regulamento executivo, segundo a melhor Doutrina (DI PIETRO, 2019, p. 256) este se expressa, inclusive com previsão constitucional, da seguinte forma:

“O primeiro complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, contém normas “para fiel execução da lei”; ele não 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 artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.”.

Como visto, o poder regulamentar dado aos chefes do executivo através do dispositivo constitucional do artigo 84, IV obriga a Administração a seguir o determinado em lei, não pode inovar ou criar direitos, assim como pode-se facilmente entender que não poderá tais atos normativos colocar fim a direitos relacionados a princípios basilares da República Federativa.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32ª Edição, p. 255. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2019;

Já o regulamento autônomo inova na ordem jurídica visto que não possui relação a uma determinada lei, ou seja, estabelecerá em seu conteúdo matérias que não estão disciplinadas em lei. Até então, a Constituição de 1988 limitou os poderes regulamentares, excluindo os decretos autônomos (DI PIETRO, 2019, p. 257).

Mas, focado no tema do presente trabalho, necessário relembrar que a Emenda Constitucional nº 31 alterou o art. 89, VI, outorgando ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre: (a) a organização e funcionamento de administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (b) extinção de função ou cargos públicos, quando vagos”. Assim, a modificação do dispositivo constitucional reestabeleceu o regulamento autônomo no direito brasileiro²⁵.

Por conta desta emenda constitucional, foi possível que o Decreto 9.759/2019 pudesse decidir sobre a organização e funcionamento da Administração Federal, mas, como será visto posteriormente, não sem que isso confrontasse conteúdo já determinado em lei, bem como, conforme defendido por este trabalho, não sem que afronte princípios constitucionais.

Além disso, importante ressaltar que, pelo entendimento da doutrina bem como o posicionamento da jurisprudência, os decretos autônomos são passíveis de controle concentrado, conforme exposto pelos ensinamentos de Alexandre de Moraes²⁶:

“Em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis, entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados decretos autônomos, afirmando que ‘não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição

²⁵ COSTA, A. C. Montenegro. A alteração imposta pela EC32/01 - A reintrodução do decreto autônomo. Direito Net, 2003. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1260/A-alteracao-imposta-pela-EC32-01-A-reintroducao-do-decreto-autonomo>> Acessado em 13 Jan. 2021.

²⁶ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 14ª Edição. São Paulo, SP. Atlas, 2003. p. 61

sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige. Nos demais casos, a questão situa-se no âmbito legal, não possibilitando o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade'.”.

Assim, verifica-se que os decretos regulamentares executivos e autônomos, apesar de serem garantias ao chefe do poder executivo para, de certa forma, legislar atipicamente, estão sujeitos a controle de constitucionalidade, visto que também devem respeito aos princípios norteadores da Constituição Federal.

Logo, o Decreto aqui estudado apresenta inconstitucionalidade formal quando, através de um decreto autônomo de organização da administração federal, busca extinguir órgãos criados por lei, o que extrapola sua competência e viola a separação dos poderes.

Além disso, contém inconstitucionalidade material pois, em seu conteúdo, ofende a democracia ao extinguir, indiscriminadamente, conselhos da administração e órgãos colegiados de políticas públicas federais que possuíam participação da sociedade civil.

5. O DECRETO 9.759/2019 – EXTINÇÃO INDETERMINADA DOS CONSELHOS PARTICIPATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Primeiramente, necessário apresentar que o referido ato se trata de um Decreto autônomo visto que não pressupõe uma lei a ser regulamentada, decidindo, inclusive, sobre a organização da Administração Federal, conforme previsão constitucional do artigo 84, inciso VI, alínea “a”.

Dito isto, o decreto editado pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, no ano de 2019 em meio à comemoração de 100 dias de governo,

numerado como 9.759/2019, teve como foco a extinção dos órgãos colegiados de participação popular na administração pública federal.

Restaram ameaçados o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), o Conselho Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI), o Conselho Nacional de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), o Conselho Nacional de Segurança Pública (CONASP), além da Comissão Nacional da Política Indigenista (CNPI), entre outros.

Importante ressaltar que a ideia de um órgão colegiado é a de formar um grupo diversificado com pessoas de origens e experiências diversas para que se tomem decisões em conjunto, a fim de abordar diferentes pontos de vista e estimular uma visão mais democrática e inclusiva.

Dentro dos Conselhos Nacionais, as decisões ali tomadas pelas diferentes pessoas manifestar-se-iam em políticas públicas, o que denota a democracia participativa em sua forma pura e direta. E, inclusive, destaca-se que essas pessoas não recebem salário, sendo os custos resumidos em transportes e hospedagem durante as Conferências Nacionais²⁷.

De acordo com o Decreto nº 8.243/2014 os Conselhos Nacionais são definidos como uma “instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas”.²⁸

O artigo primeiro do Decreto nº. 9.759/2019 extinguiu e estabelecia diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os quais abrangiam colegiados instituídos por decreto, incluídos aqueles mencionados em leis nas quais não constavam a indicação de suas competências ou dos membros que o compunham, além de aqueles criados por ato normativo inferior a decreto ou de ato de outro colegiado.

²⁷ FIGUEIREDO, Daniel. Conselhos Nacionais e o Decreto nº 9759. Politize!, 2019. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/conselhos-nacionais/>> Acessado em 13 Jan. 2021

²⁸ BRASIL. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Decreto nº. 8.243/2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. 23 maio 2014

O Presidente da República na maioria de seus discursos se posicionava, de fato, contrário às pautas sociais alinhadas com o direito de igualdade e contra a discriminação; desta forma, o Decreto nº 9.759/2019 atendia às vontades do chefe do executivo federal ameaçando conselhos atuantes na área de direitos humanos, igualdade racial, indígena, LGBT e meio ambiente.²⁹

Por isso, chamou atenção o artigo 5º do referido decreto, ao estabelecer que “a partir de 28 de junho de 2019, ficam extintos os colegiados de que trata esse Decreto”, determinando que se extinguiria qualquer colegiado não estabelecido por lei.

À época, a estimativa que chamava a atenção é que dentre os 70 órgãos desta natureza, sistematizados e listados pela própria Secretaria da Presidência da República em 2014, no mínimo 35 seriam extintos, de acordo com levantamento preliminar feito pela Associação Brasileira de Organização não Governamentais – ABONG³⁰.

Dentre os conselhos da administração federal que foram extintos pelo Governo Federal constaram dois comitês que integravam o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Água (PNC), instituído em 2013, o qual tinha como objetivo o combate de casos como o das manchas de óleo que se alastraram pelo litoral do Nordeste brasileiro no ano de 2019, ocasionando poluição de mais de 187 praia e 77 municípios³¹.

Além disso, o referido Decreto nº 9.759/2019 revogou o Decreto nº 8.243/2014, que instituía a Política Nacional de Participação Social (PNPS), norma criada com o objetivo de fortalecer e incentivar a participação democrática através da atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.

²⁹ Sem autor. ISTOÉ, 2018. Frases de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias. Disponível em: <<https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/>> Acessado em 05 Mar. 2021

³⁰ VENTURA, Luiz Alexandre Souza. Decreto de Bolsonaro acaba com o Conade e mais 700 conselhos. Blog Vencer Limites. Estadão, 2019. Disponível em <<https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/decreto-de-bolsonaro-acaba-com-o-conade-e-mais700-conselhos/>> Acessado em 13 Jan. 2021

³¹ WATANABE, Phillippe; PAMPLONA, Nicola. Governo Bolsonaro extinguiu comitês do plano de ação de incidentes com óleo. Folha de São Paulo, 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/10/governo-bolsonaro-extinguiu-comites-do-plano-deacao-de-incidentes-com-oleo.shtml>> Acessado em 21 jan. 2021

A Política Nacional de Participação Social, também chamada pela sigla PNPS, foi uma resposta às grandes manifestações tidas em 2013 em diversos estados do Brasil e, no ato de sua fundação, estipulou como objetivo específico “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”, como apontado no Decreto nº 8.243/2014, já revogado.

O Presidente Jair Bolsonaro, em 14 de abril de 2019, através da rede social twitter³², comemorou o Decreto afirmando resultar em gigantesca economia para o país, no qual cumpre destacar na íntegra:

“Gigantesca economia, desburocratização e redução do poder de entidades aparelhadas politicamente usando nomes bonitos para impor suas vontades, ignorando a lei e atrapalhando propositalmente o desenvolvimento do Brasil, não se importando com as reais necessidades da população”.

Entretanto, apesar de a argumentação dos integrantes do governo se apresentar no sentido de economizar o dinheiro público, não foi apresentada motivação suficiente para esses cortes de verba, limitando-se à extinção indiscriminada dos Conselhos.

O que levanta suspeita é que a atuação do governo federal, ao tentar extinguir todos os órgãos deliberativos federais de participação popular através do Decreto 9.759/2019, busca restringir e, por vezes, excluir a participação da sociedade civil dos órgãos colegiados remanescentes.

Com isso, o que ficou demonstrado à época, mas também reiterado pelas demais atitudes do governo até o ano corrente, é que o governo age com descaso aos princípios constitucionais basilares da democracia, afastando tanto quanto possível a participação popular daqueles que discordam das medidas impostas.

³² BOLSONARO, J. Messias. Brasília. 14 abr. 2019. Twitter: @jairbolsonaro. Disponível em: <<https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1117441294048071682>> Acessado em: 13 jan. 2021.

Outro ponto a ser observado e que levanta debates nestes anos de mandato é que, por mais que tenhamos uma democracia resguardada na Constituição Federal, e que isso pareça ser suficiente, ainda nos deparamos com possíveis fragilidades e brechas que governantes populistas conseguem explorar a fim de agir no limite da lei impondo medidas que contêm efeito antidemocrático.

5.1. Efeito Antidemocrático do Decreto 9.759/2019

Como foi dito ao longo desta análise, a Constituição de 1988, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito, não prezou apenas por determinar sua importância nos primeiros artigos, mas deixou claro que há princípios democráticos a serem respeitados ao longo de todo o texto constitucional.

Com isso, considerando a posição hierárquica das normas, há que se afirmar que leis e atos infraconstitucionais devem respeito e alinhamento com os dispositivos constitucionais e todo seu raciocínio de garantia democrática, costurado entre disposições que se mostram expressas e implícitas.

Busca-se aqui trazer a importância da participação social na democracia como uma garantia de direito, da qual não se deve admitir que haja retiradas autoritárias e injustificadas, como buscou fazer o Decreto 9.759/2019, pautado apenas em argumentação de economia do dinheiro público sem uma justificativa concreta de quais gastos se excediam a ponto de precisar de corte.

No primeiro artigo do Decreto editado, constou em seu inciso I que seriam extintos os colegiados instituídos por decreto, incluídos aqueles que a lei não tivesse previsto a indicação de suas competências ou dos membros que o compunham.

De imediato, analisando do ponto de vista da inconstitucionalidade formal, verifica-se que a medida extrapola os poderes do executivo, de forma que pela divisão de poderes um decreto regulamentar editado pelo Presidente da República não pode fazer extinção de direito criado por lei. (DI PIETRO, 2019, p. 257).

Se assim não fosse, viveríamos uma insegurança democrática expressiva, visto que a lei passada por votação dos representantes do povo, dentro das casas legislativas com o devido controle prévio de constitucionalidade, poderia ser cancelada por simples medida do chefe do poder executivo federal, deslegitimando todo o processo legislativo.

Por isso evidente a tentativa de extrapolar os poderes do executivo federal ao fazer a edição do Decreto 9.759/2019 no intuito de extinguir colegiados que tinham previsão legal. Sob a égide do tipo de norma que foi editada, a norma é incapaz de, dentro dos limites constitucionais, afastar lei já existente.

Mas, para além disso, é evidente a análise da inconstitucionalidade formal sob o aspecto de conselhos criados por lei: há que se destacar que a extinção indiscriminada de todos os Conselhos sem justificativa ou, ao menos, seleção de alguns, demonstra clara afronta à democracia no que se diz respeito à retirada da participação popular.

Juristas e, inclusive, Ministros do Supremo Tribunal Federal defenderam que a extinção por Decreto de Conselhos criados pelo mesmo tipo de norma se faz constitucional pela simples lógica da determinação constitucional de organização da administração federal (ref. ADI 6121); entretanto, destaca-se que o efeito que se produz com tal medida ofende princípios constitucionais reduzindo a garantia do controle social.

Logo, da análise do mérito e conteúdo do Decreto 9.759/2019, é necessário que se analise e destaque as violações à democracia participativa no que se pode chamar de extinção de direitos e garantias dos cidadãos no que se refere à revogação do Decreto nº 8.243/2014, que instituiu Política Nacional de Participação Social e do Sistema Nacional de Participação Social.

O Decreto nº 8.243/2014, como já explicitado, buscou privilegiar e efetivar a participação social como direito do cidadão, trazendo equilíbrio entre os mecanismos de democracia representativa e direta. Além disso, a instituição deste plano estimulava a cidadania ativa, a transparência e o controle social na formulação e fiscalização das políticas públicas, sendo uma resposta direta de manifestações populares que tomaram as ruas brasileiras no ano anterior.

A adoção de tal medida pelo governo federal chama a atenção pois demonstra de forma explícita que não há intenção de incentivar a participação popular direta nas deliberações e debates na atuação estatal, de forma a tentar cancelar a participação social que foi efetivada por governos anteriores pautado em argumentação pouco fundamentada de corte de gastos.

Tratou-se de uma perda considerável, vez que a população é a destinatária das políticas públicas, sendo natural que esta componha órgãos colegiados que participem dessas discussões de forma a fortalecer a participação social direta, além de tratar-se de um controle social de fiscalização da máquina pública, que trazia transparência ao Estado sendo resposta às insatisfações ainda demonstradas pela população brasileira.

Com essa extinção da participação social diretamente com a administração pública, parece sobrar ao cidadão brasileiro apenas a democracia participativa que exerce de forma indireta ao eleger os representantes do legislativo, sendo que a participação social deveria ser um direito a ser implementado de forma a sempre crescer e não reduzir³³.

6. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6121 – JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6121 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal sob iniciativa do Partidos dos Trabalhadores no Distrito Federal e contou com um pedido de medida cautelar para impedir que o Governo extinguisse por decreto os Conselhos da Administração Federal.³⁴

A Ação de controle concentrado questionou a compatibilidade dos artigos 1º, parágrafo único, inciso I e artigo 5º do Decreto nº 9.759/2019 com a

³³ RAMOS, E. M. de Paiva. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 02/2019/AASREV-1ª CCR. Brasília, DF. 16 abri. 2019.

³⁴ Sem autor. Supremo Tribunal Federal, 2019. Partido questiona decreto presidencial que extingue conselhos da administração pública. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409787>> Acessado em 03 mar. 2021

Constituição Federal, destacando como parâmetro os dispositivos constitucionais presentes no artigo 48, inciso XI, 84, inciso VI, alínea “a”, e 88.

A argumentação se pautava no fato de que a edição do referido Decreto, pelo Executivo, usurpava a competência do Congresso Nacional, tendo em vista que a matéria era de regulamentação reservada à lei em sentido formal, tratando-se de “criação e extinção de órgãos da Administração Pública”. Desse modo, imprópria a supressão, mediante decreto, de colegiados instituídos expressamente por lei, incompatível com a reserva legal.

Em geral foi levantada também, referente ao conteúdo da lei, a ofensa a princípios democráticos de participação popular, afirmando que a “Política Nacional de Participação Social” trouxe aos Conselhos o caráter consultivo, sendo “ferramenta de efetivação da democracia brasileira”.

Em 13 de junho de 2019, por unanimidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de medida liminar, impedindo que o atual governo federal extinga, através de decreto, apenas os conselhos da administração federal que tenham amparo em lei. Com isso, a liminar não pôde proteger contra a extinção dos conselhos instituídos por atos normativos infralegais, como decretos e resoluções.

Verificou-se, pelo voto do Ministro Marco Aurélio, relator, que a extinção dos Conselhos criados através de decretos poderia ocorrer pela mesma norma, sendo formalmente constitucional as extinções de conselhos através de decreto, vez que cabem à competência do chefe do executivo por própria menção no texto constitucional.

O posicionamento foi seguido por parte dos Ministros; entretanto, apesar de unânime posicionamento sobre a impossibilidade de o Executivo legislar através de decreto, o julgamento dividiu opiniões sobre a extinção de todos os colegiados. Os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa

Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello votaram para ampliar a proibição de extinção a todos os conselhos, mas acabaram vencidos³⁵.

Por se tratar de uma análise da inconstitucionalidade material do decreto sobre a extinção dos Conselhos, o presente trabalho passa a destacar alguns dos votos dos ministros acima mencionados em razão de considerarem a impossibilidade de o Executivo extinguir através de decreto todos os Conselhos da Administração Pública, tratando-se de uma afronta ao princípio democrático da participação social.

Como já explicado anteriormente, o entendimento de que os Conselhos criados por lei não poderiam ser extintos por Decreto, em razão da separação de poderes, foi unânime, deste modo se dará destaque às argumentações que abordaram a concessão integral da medida cautelar, manifestando entendimento pela inconstitucionalidade material do decreto ao extinguir indistintamente todos os Conselhos.

De início e, também, por ordem de voto, destaca-se o questionamento que Edson Fachin traz ao plenário justamente apresentando divergência quanto ao voto do Relator, por entender que os votos que o antecederam não abordaram sobre a extinção ampla dos Conselhos, tratando-se de inconstitucionalidade material que deve ser analisada.

Em seu voto, o Ministro deixou claro seu posicionamento desfavorável à extinção dos Conselhos da Administração Federal que tiveram menção em lei classificando-a como inconstitucionalidade formal, acompanhando o voto do Relator, porém afirmou entender pela concessão integral da medida cautelar por vislumbrar inconstitucionalidade também material³⁶.

³⁵ BARBIÉRI, Luiz Felipe; OLIVEIRA, Mariana. Globo, 2019. STF impede Bolsonaro de extinguir via decreto conselhos federais criados por lei. Brasília, DF. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-conclui-julgamento-e-impede-bolsonaro-de-fechar-conselhos-federais-criados-por-lei.ghtml>> Acessado em 13 Jan. 2021

³⁶ (STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.121. Processo nº. 0021125-71.2019.1.00.0000, Data de Julgamento: 13/06/2019. Data de Publicação: DJE: 17/06/2019.)

O voto do Ministro Luis Roberto Barroso teve sentido semelhante, entretanto abordando importante questão sobre o Decreto debatido determinar a extinção indeterminada de todos os Conselhos, sem que fosse justificada a medida e os benefícios da extinção de cada um.

Em seu voto, o posicionamento é de que há sim legitimidade para o Poder Executivo extinguir conselhos, mas é necessário que se especifiquem quais são, citando ser parte importante da democracia informar à população e os demais poderes do Estado os motivos do ato, como se pode verificar o trecho destacado:

“Sendo assim, creio que o Poder Executivo tem a competência para extinguir conselhos, mesmo órgãos públicos, se lhe parecer bem, mas é preciso especificar quais são, pois em uma democracia, como regra geral, é de se declinar os motivos no ato. A sociedade tem o direito de saber as razões pelas quais um ato do poder público, mesmo discricionário, está sendo praticado.”.

De acordo com o pensamento do Ministro, a extinção de cerca de 700 conselhos sem a identificação de cada um deles, bem como sem a razão pela qual estão sendo extintos, é o que traz a inconstitucionalidade material por afrontar princípio republicano, o qual exige transparência mínima.

Outro ponto interessante e que traz valor ao debate é quando o Ministro cita o princípio da proporcionalidade relacionando-o com a vedação ao excesso. No entendimento apresentado, Luis Roberto Barroso entende ser compreensível a extinção de Conselhos em razão de ineficácia ou onerosidade por parte do Poder Executivo; entretanto, a extinção indiscriminada de todos os conselhos revela violação da proporcionalidade por excesso.

Pelos motivos expostos, o Ministro então segue o voto de Edson Fachin, votando pela concessão da medida cautelar de forma extensiva em razão da falta de motivação e proporcionalidade do Decreto discutido, sendo seu

voto para conceder integralmente a suspensão dos artigos. 1º, I, e 5º do Decreto nº 9.759/2019.

A Ministra Rosa Weber em seu voto, também segue a argumentação trazida pelo Ministro Fachin, ressaltando outro relevante ponto de vista: a extinção de todos os Conselhos de forma indeterminada afronta o controle social do poder e a participação popular, podendo tratar-se de uma “desconstrução do estado constitucional por meios institucionais, com a aparência de jurídico”. (Rosa Weber, ADI 61621, PÁG. 70).

Seguiram no mesmo sentido, ainda, a Ministra Carmem Lúcia e o Ministro Celso de Mello pela concessão extensiva da medida cautelar, porém, o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos. Assim, vencidos pela maioria, sendo determinada a seguinte decisão proferida no julgamento em plenário:

“O Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para, suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019, afastar, até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de ter-se a 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", e, por arrastamento, suspendeu a eficácia de atos normativos posteriores a promoverem, na forma do artigo 9º do Decreto nº 9.759/2019, a extinção dos órgãos, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que concediam integralmente a cautelar. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.06.2019.”.

Tratou-se então de decisão provisória, estando pendente o julgamento definitivo. O que se pôde observar, e que é foco do presente trabalho, é que os votos vencidos apresentaram em sua composição a preocupação não

só da inconstitucionalidade formal do Decreto ao tentar inovar o já previsto em lei, mas também levantar a inconstitucionalidade material.

O conteúdo e a intenção do Decreto normativo, na prática, fazem crescer efeito contrário ao que o constituinte brasileiro buscou determinar como basilar no Estado Democrático, desencorajando a participação popular e determinando freios ao controle social. O que, brilhantemente, questionou-se nos votos vencidos foi a incompatibilidade com princípios constitucionais, trazendo na prática efeitos antidemocráticos.

7. CONCLUSÃO

De início, o trabalho destacou a importância da participação social para efetivação da democracia, não só através do voto, mas, também com atuação popular junto às gestões públicas e o controle social da participação.

Isso foi demonstrado através dos próprios dispositivos constitucionais que trazem expressa e implicitamente a importância que o controle social e a participação popular têm para formar uma base sólida ao Estado Democrático de Direito.

Foi abordada a diferença da inconstitucionalidade material e formal para que fosse possível analisar, ao menos parcialmente, a invalidade do Decreto 9.759/2019, partindo da premissa de que a edição de norma regulamentar enfrenta limites constitucionais, não podendo inovar no que a lei já dispõe.

Entretanto, não pôde deixar de trazer ao debate a possível inconstitucionalidade material do Decreto ao fazer a extinção indiscriminada dos Conselhos participativos, tratando-se de verdadeiro desfalque nos direitos da participação popular, além de carente de motivação que o justifique.

Por ser questão constitucional, analisou-se a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre medida cautelar de suspensão dos efeitos do Decreto; conforme já explicado, verificou-se que os Ministros entenderam pela inconstitucionalidade formal quanto à extinção de Conselhos previstos em lei.

Porém, foi necessário que se aprofundasse o questionamento para os votos que divergiram, afirmando haver inconstitucionalidade material na extinção expressiva dos Conselhos participativos, não motivada, tirando a participação social fortemente defendida e incentivada pela Constituição Federal.

Todo o contexto, apesar de ausente decisão definitiva pela Corte, faz juristas, cidadãos e movimentos sociais se questionarem sobre a possível fragilidade de nossa democracia nos casos em que governantes buscam testar os limites constitucionais.

O presente trabalho trouxe como exemplo um Decreto através do qual se agiu no limite da lei, exceto pela parte que lhe foi conhecida a inconstitucionalidade formal, destacando-se que o efeito concreto da norma atingiu diretamente princípios constitucionais inafastáveis.

Importa desta forma lembrar que é constitucional um decreto normativo para organização da administração pública, e isto dá ao Presidente o poder de extinguir órgãos criados através de decreto; entretanto, há que se cobrar destas medidas sua motivação e discricionariedade.

O que se busca refletir é que o Decreto estudado pelo presente artigo deixou de observar a necessária motivação dos atos optando por uma extinção dos Conselhos Participativos de forma indiscriminada, não disponibilizando à sociedade quais eram os benefícios que justificariam repentina redução na democracia participativa.

Assim, cabe destacar que não basta a norma atender limites legais e formais quanto à organização da Administração Federal, mas, também, analisar os efeitos práticos da edição do Decreto no âmbito de garantias e princípios democráticos, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade, também, material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe; OLIVEIRA, Mariana. Globo, 2019. **STF impede Bolsonaro de extinguir via decreto conselhos federais criados por lei.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-conclui-julgamento-e-impede-bolsonaro-de-fechar-conselhos-federais-criados-por-lei.ghml>> Acessado em 13 jan. 2021;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988;

BRASIL. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. **Decreto nº. 8.243/2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS**, e dá outras providências. 23 maio 2014;

COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal: Anotada e Explicada.** 5ª Edição. Rio de Janeiro, RJ. Editora Forense. 2012

COSTA, A. C. Montenegro. **A alteração imposta pela EC32/01 - A reintrodução do decreto autônomo.** Direito Net, 2003. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1260/A-alteracao-imposta-pela-EC32-01-A-reintroducao-do-decreto-autonomo>> Acessado em 13 Jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 32ª Edição, p. 255. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2019;

FIGUEIREDO, Daniel. **Conselhos Nacionais e o Decreto nº 9759.** Politize!, 2019. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/conselhos-nacionais/>> Acessado em 13 Jan. 2021;

LYRA, Rubens Pinto. **As vicissitudes da democracia participativa no Brasil.** 36ª Edição. São Paulo. Revista de informação legislativa, 1999;
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas.** 2ª Edição. São Paulo, SP. Revista Internacional de Direito e Cidadania, 2008;

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 14ª Edição. São Paulo, SP. Atlas, 2003;

MERELES, Carla. **Democracia participativa é realmente possível?** – Politize!, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/democracia-participativa/>> Acesso em 13 jan. 2021;

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2019;

RAMOS, E. M. de Paiva. Ministério Público Federal. **Nota Técnica nº 02/2019/AASREV-1ª CCR**. Brasília, DF. 16 abri. 2019;

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8ª Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2019

Sem Autor. Wikipédia, 2021. **Democracia**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Democracia&oldid=60445950>> Acesso em 13 jan. 2021;

Sem autor. TSE, 2021. **Plebiscitos e referendos**. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>> Acessado em 13 jan. 2021;

Sem autor. ISTOÉ, 2018. **Frases de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias**. Disponível em: < <https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/>> Acessado em 05 mar. 2021;

Sem autor. Supremo Tribunal Federal, 2019. **Partido questiona decreto presidencial que extingue conselhos da administração pública**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409787>> Acessado em 03 mar. 2021;

VENTURA, Luiz Alexandre Souza. Estadão, 2019. **Decreto de Bolsonaro acaba com o CONADE e mais 700 conselhos**. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/decreto-de-bolsonaro-acaba-com-o-conade-e-mais700-conselhos/>> Acessado em 13 jan. 2021;

WATANABE, Phillippe; PAMPLONA, Nicola. Folha de São Paulo, 2019. **Governo Bolsonaro extinguiu comitês do plano de ação de incidentes com óleo**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/10/governo-bolsonaro-extinguiu-comites-do-plano-deacao-de-incidentes-com-oleo.shtml>> Acessado em 21 jan. 2021;