





A minoria vencida (ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello) opinava pela concessão integral da medida cautelar, de maneira a suspender a extinção não apenas dos colegiados cuja criação foi determinada por lei, mas também daqueles criados por ato infralegal.

A maioria, por sua vez, reconheceu que o Decreto 9759 feriu o princípio da separação dos poderes apenas quando determinou a extinção de colegiados cuja criação fora determinada por lei em sentido formal. Na linha do voto condutor do relator, Ministro Marco Aurélio, somente nessa hipótese é que haveria invasão de competência do Poder Legislativo.

Como se trata de julgamento da medida cautelar, restando pendente a análise de mérito da referida ADI, permanece oportuna a manifestação do IAB a respeito do tema, razão pela qual passo à análise da questão jurídica que me foi submetida.

2. Inconstitucionalidade do Decreto 9759

Penso que maior razão assiste à minoria vencida no caso em questão. A divergência, que foi aberta pelo voto do Min. Edson Fachin, vislumbrou ofensa ao direito fundamental à participação política e à soberania popular. Com efeito, a extinção de inúmeros colegiados nos quais a sociedade civil possui ampla participação é incompatível com o modelo de democracia proposto pela Constituição de 1988, que não se limita à atuação dos deputados e senadores eleitos, devendo permitir e ampliar ao máximo mecanismos de deliberação e participação popular na tomada de decisões relevantes para todo o país (artigo 1º, parágrafo único, c/c artigo 14, da Constituição Federal).

Apenas a título de comparação de como deve ser valorizada a participação popular em questões de interesse nacional, veja-se que a crise desencadeada pelos protestos liderados pelos coletes-amarelos na França levou o governo a convocar um grande debate nacional para saber os principais pontos de preocupação da sociedade civil ("Le Grand Débat National"). Em vez de restringir as discussões à Assembleia Nacional, o governo patrocinou a realização de mais de 10 mil reuniões presenciais para discussão de grandes temas, tendo recebido mais de 27 mil sugestões por e-mail e quase 2 milhões de contribuições *online*¹.

Ainda que não se saiba com precisão a destinação que será dada a tais contribuições, a experiência francesa mostra como é importante, diante de uma crise de representatividade que assola os poderes políticos em todo o mundo – e certamente não

¹ As informações estão disponíveis em <https://granddebat.fr/>, acesso em 17/06/2019.



é diferente no Brasil – fortalecer, ao invés de restringir, mecanismos de discussão e de participação direta da população.

A crise da democracia representativa deve ser combatida com novos e mais amplos espaços de participação popular. A Exposição de Motivos do Decreto 9759 bem demonstra claramente seu próprio equívoco, ao criticar a existência dos conselhos afirmando que um de seus defeitos seria a existência de “[G]rupos de pressão, tanto internos quanto externos à administração, que se utilizam de colegiados, com composição e modo de ação direcionado, para tentar emplacar pleitos que não estão conforme a linha das autoridades eleitas democraticamente”.

Ora, mandato popular não configura um cheque em branco, e sequer é preciso discorrer sobre a falta de representatividade dos poderes eleitos no Brasil (assim como em diversos países do mundo).

Para além da ofensa ao princípio da soberania popular e do manifesto retrocesso na proteção a direitos fundamentais, penso também que existe uma impropriedade formal no Decreto 9759, ponto que também deve levar à declaração de sua inconstitucionalidade.

Decreto, por definição, é ato normativo secundário, ou seja, ato cujo fundamento de validade deriva de um ato normativo primário (e.g., lei). Para além disso, decretos também são marcados pela falta de generalidade e abstração, características que são reservadas às leis em sentido material.

O decreto autônomo, previsto pelo artigo 84, inciso VI, possui a particularidade de não ser ato normativo secundário, ou seja, seu fundamento de validade não deriva diretamente de uma lei, mas sim da própria Constituição. Mas isso não lhe atribui as características de generalidade e abstração, que, como já mencionado, são próprias apenas das leis. Nem poderia ser diferente, uma vez que a função executiva é, na definição de Seabra Fagundes, “aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica atos materiais”².

Sendo assim, o decreto, mesmo quando autônomo, é ato normativo concreto e particular, nunca geral e abstrato. Ao extinguir indiscriminadamente todos os conselhos populares existentes, o Decreto 9759 inverte essa lógica e incorre, por isso mesmo, em vício de inconstitucionalidade por violação aos limites do artigo 84, inciso VI, bem como ao princípio da separação de poderes.

² SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 6.



3. Voto

Pelas razões expostas acima, voto pela inconstitucionalidade total do Decreto 9759, opinando pela remessa deste parecer aos ilustres Ministros do STF, em razão da pendência de julgamento da ADI nº 6.121, bem como ao Congresso Nacional, para que avalie a possibilidade de sustação do referido ato normativo, com base no artigo 49, inciso V, da Constituição.

À consideração de V. Sas.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2019.

José Guilherme Berman

OAB/RJ nº 119.454