

Brasília, 16 de abril de 2021.

NOTA JURÍDICA

Assunto: Medida Provisória n.
1.042/2021. Análise jurídica.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ESPECIALISTAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS E GESTÃO GOVERNAMENTAL, ANESP, formalizou consulta acerca da Medida Provisória (MP) n. 1.042, de 14 de abril de 2021, que, entre outras providências, dispõe sobre “a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança, autoriza o Poder Executivo federal a transformar, sem aumento de despesa, cargos em comissão, funções de confiança e gratificações”, bem como “prevê os Cargos Comissionados Executivos - CCE e as Funções Comissionadas Executivas – FCE”.

Em razão de sua relevância para o objeto de exame, cabe transcrever os seguintes trechos da MP n. 1.042/2021, com grifos aditados nos excertos pertinentes aos temas que serão tratados:

Brasília
SHIS QI 05 Chácara 98 Lago Sul
Brasília - DF 716000-640
t. +55 61 3201 3990

São Paulo
Al. Min. Rocha Azevedo 38 Conj. 701
São Paulo - SP 01410-901
t. +55 11 3892 6980



Art. 1º Esta Medida Provisória:

I - dispõe sobre a simplificação da gestão de cargos em comissão e de funções de confiança;

II - **autoriza o Poder Executivo federal a transformar, sem aumento de despesa, cargos em comissão, funções de confiança e gratificações;**

III - prevê os Cargos Comissionados Executivos - CCE e as Funções Comissionadas Executivas - FCE; [...]

Art. 3º **Ato do Poder Executivo poderá efetuar a alteração, mediante transformação, dos quantitativos e da distribuição de cargos em comissão, de funções de confiança e de gratificações**, observados os respectivos valores de remuneração e desde que não implique aumento de despesa.

§ 1º Para o fim de que trata o caput, serão consideradas exclusivamente as gratificações:

I - cuja concessão, designação, nomeação, retirada, dispensa ou exoneração possa ser realizada mediante ato discricionário da autoridade competente; e

II - que não componham a remuneração do cargo efetivo, do emprego, do posto ou da graduação, para qualquer efeito.

§ 2º As funções de confiança e as gratificações exclusivas de servidores efetivos não poderão ser transformadas em cargos em comissão. [...]

Art. 4º Ficam instituídos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os Cargos Comissionados Executivos - CCE e as Funções Comissionadas Executivas - FCE, nos níveis estabelecidos no Anexo I a esta Medida Provisória e com os valores da tabela "f" do Anexo I à Lei nº 11.526, de 4 de outubro de 2007. [...]

Art. 7º Os CCE-18 serão criados somente:

I - por lei; ou

II - **mediante a transformação de cargos em comissão**, com inclusão de um Cargo de Natureza Especial - NE para cada CCE-18 criado. [...]

Art. 15. **Ficam extintos os seguintes cargos em comissão, funções de confiança e gratificações que não forem transformados** em CCE ou FCE até as datas-limite estabelecidas no art. 16: [...]

Art. 18. **Ato do Poder Executivo federal definirá os critérios, o perfil profissional e os procedimentos gerais a serem observados para a ocupação dos CCE e das FCE.**

A MP n. 1.042/2021 prevê, em síntese, cinco principais alterações relativas à gestão de cargos e funções no âmbito do Poder Executivo Federal:



- (i) Autorização para alterar o quantitativo e a distribuição de cargos em comissão, funções de confiança e gratificações, por intermédio de transformação, sem aumento de despesa;
- (ii) Previsão dos denominados Cargos Comissionados Executivos (CCE) e Funções Comissionadas Executivas (FCE);
- (iii) Extinção, até 31 de março de 2023, de cargos em comissão, funções de confiança e de gratificações;
- (iv) Vedação à transformação em cargo comissionado de funções de confiança e gratificações exclusivas a servidores efetivos; e
- (v) Respectivos critérios para a ocupação dos cargos e funções.

A “justificativa”, como suposta pretensão de juridicidade do ato normativo, estaria respaldada no fato de que a atual sistemática estrutural de cargos, funções e gratificações “ocasiona ineficiências na alocação de recursos orçamentários, (...) bem como disfunções gerenciais que direta e indiretamente influenciam a prestação dos serviços públicos” (Exposição de Motivos da MP n. 1.042/2021, item 24).

Trazidos os termos da consulta, cumpre avançar sobre a análise jurídica da questão.

Como se sabe, a análise de constitucionalidade das espécies normativas compreende a verificação do cumprimento (ou não colisão) de requisitos formais e materiais exigidos pela Constituição Federal, a fim de verificar a compatibilidade da norma legal com a Constituição Federal.

Os requisitos formais subjetivos de um ato normativo infraconstitucional referem-se à fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de iniciativa. Qualquer espécie normativa que desrespeite o poder de iniciativa para legislar sobre determinado assunto apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade.

Embora a referida norma tenha sido emanada por iniciativa do Presidente da República, sob a justificativa de se tratar de criação de cargos e organização administrativa da União (art. 61, II, CF), há nítida tentativa de também elastecer os poderes do próprio subscritor da norma.

A adoção dessas providências por meio de Medida Provisória não se mostra compatível, *prima facie*, com a ordem constitucional vigente.

Diante da ausência dos requisitos de relevância e de urgência indispensáveis à edição de medidas provisórias (art. 62, *caput*, CF), questões relativas à gestão de cargos em

comissão e funções de confiança e à expansão de competência do Presidente da República, previstas na MP n. 1.042/2021, deveriam, necessariamente, ter antes passado pelo crivo do Congresso Nacional.

O art. 62 da Constituição Federal¹ estabelece que, somente nas hipóteses de matérias dotadas de relevância e de urgência (requisitos cumulativos), o Presidente da República poderá editar medidas provisórias.

A edição dessa espécie normativa, portanto, está situada no campo da excepcionalidade e depende da concorrência dos requisitos da *relevância*, identificada nas medidas que se sobressaem às demais, e da *urgência*, presente naquelas consideradas inadiáveis ou indispensáveis, sob a iminência da ocorrência de determinado risco.

Nenhum dos requisitos mencionados, contudo, podem ser identificados na MP n. 1.042/2021. Portanto, é possível arguir de início, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o vício formal da norma em análise.

A MP n 1.042/2021 padece também de **inconstitucionalidade material** porque suas alterações manifestamente violam o disposto nos arts. 48, X, 84, VI, “b”, da Constituição Federal, de indispensável observância em razão do princípio da separação dos poderes, previsto nos arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]
III - a separação dos Poderes;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]
VI - dispor, mediante decreto, sobre: [...]
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

¹ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

As alterações promovidas por intermédio da MP n. 1.042/2021 são inadmissíveis sob a égide constitucional. O disposto nos arts. 1º, II, 3º e 7º do mencionado ato normativo, ao [antijuridicamente] expandir, por iniciativa própria, as competências do Presidente da República, usurpando competências atribuídas constitucionalmente ao Poder Legislativo, viola a literalidade do art. 48, X, da Constituição Federal.

É imprescindível destacar que o primado da separação dos poderes tem como propósito fundamental a proteção de todos os “indivíduos contra o abuso potencial do poder absoluto (...), estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais”:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.

(...)

Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversamente, apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas.²

A despeito de o mencionado princípio ter fundamento na discricionariedade, evidentemente que é defeso aos Poderes da República usurparem atribuições típicas a eles constitucional e correspectivamente atribuídas:

O princípio da separação de poderes é ancorado na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passa por uma (r)evolução, uma acentuada mudança, e, assim, a separação de

² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 210-212.

poderes. Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas.³

Afinal, a separação dos poderes constitui “garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista” e “nenhum outro princípio de nosso constitucionalismo o excede em ancianidade e solidez”⁴.

O texto constitucional (arts. 48, X, 84, VI, “b”) é claro e objetivo ao estabelecer que eventual criação de cargos somente pode ocorrer por intermédio da edição de lei em sentido formal, de iniciativa do Presidente da República, e não mediante ato do Chefe do Poder Executivo (decreto), como remete a possibilidade prevista na MP n. 1.042/2021.

Nesse contexto, há muito o Supremo Tribunal Federal entende que são inequivocamente inconstitucionais os atos normativos que autorizem “o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução” [STF, Plenário, ADI n. 3.232, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, DJe 3.10.2008].

Finalmente, também padecem de manifesta inconstitucionalidade material os dispositivos da MP n. 1.042/2021 (arts. 17, I, 18) que, de maneira genérica, remetem à edição de decreto os critérios, o perfil profissional e os procedimentos gerais para a ocupação de cargos em comissão e função de confiança no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Isso porque essa possibilidade ofende a regra constitucional de que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” (art. 37, I) e, conseqüentemente, incorre em manifesta violação aos princípios administrativos constitucionais da impessoalidade, da eficiência e da moralidade (art. 37, *caput*).

São essas as razões que, com a necessária concisão, evidenciam a incompatibilidade da MP n. 1.042/2021 com postulados e questões intangíveis da Constituição Federal, reclamando que o Poder Judiciário, por intermédio de controle repressivo de constitucionalidade, seja instado a zelar pela higidez das cláusulas pétreas violadas pelo ato normativo.

³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentários ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 146.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 554.

Como a MP n. 1.042 foi publicada em 15 de abril de 2021, o controle concentrado de constitucionalidade já pode ser promovido pelas entidades/autoridades legitimadas nos incisos art. 103 da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nessa hipótese, a atuação das entidades de classe é recomendada por intermédio de intervenção na qualidade de *amicus curiae* em futuras Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas no Supremo Tribunal Federal pelos respectivos legitimados (art. 103 da Constituição Federal), com o objetivo de aportar elementos de interesse ao aprofundamento do debate e conferir ampla legitimidade democrática ao controle normativo abstrato.

Assim a opinião de quem abaixo subscreve.

TORREÃO BRAZ ADVOGADOS

Antônio Torreão Braz Filho

Vitor Candido Soares

Thiago Linhares de Moraes Bastos

Ana Torreão Braz Lucas de Moraes