Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 22 – maio/junho/julho - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

OS REGULAMENTOS DE ORGANIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E OS DECRETOS AUTÔNOMOS DE EXTINÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS VAGOS: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia. Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Editor do site www.direitodoestado.com.br

1. Legalidade e Segurança Jurídica: regulamentos de organização e principio da juridicidade

No Estado de Direito, a Lei não é um simples limite externo à atividade do Estado; a Lei orienta-se a programar a própria substância da vontade administrativa. No dizer de ZANOBINI, a diferença entre a posição do indivíduo e a da Administração perante a Lei consiste em que esta representa para o indivíduo uma **vontade transcendente,** enquanto é para a Administração uma **vontade imanente**[1]

É de domínio comum a afirmação segundo a qual, ao contrário do que sucede aos particulares, **para a Administração Pública a lei não é um limite**, mas um ***pressuposto de atuação*****.** A Administração Pública somente pode atuar e prosseguir os fins previstos em lei. Os particulares podem fazer, ou omitir, desde que a lei não os obrigue ou proíba o contrário. Nessas fórmulas resume-se parte relevante do **saber convencional** sobre o assunto.

Para os **particulares**, vigora implicitamente a denominada "norma geral exclusiva", segundo a qual o "que não é proibido por lei deve ser tido por permitido". Para o **particular,** em regra, basta agir de forma ***compatível com a lei***

[1] Conf. "L'attivitá administrativa e la legge", *I*n ZANOBINI, Guido. *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 205.

(principio da compatibilidade ou da vinculação negativa à lei, ou, como preferem alguns, princípio da liberdade). Para a Administração Pública a diretriz é inversa, segundo a orientação dominante entre nós, que demanda da Administração Pública, de ordinário, apenas ***fazer ou deixar de fazer o que antecipadamente a lei consente ou autoriza***.[2] Na atuação administrativa pública não basta a compatibilidade com a lei, sendo exigida atuação **conforme a lei** (princípio da conformidade, princípio da competência), mandamento congruente com a democracia popular. A função administrativa se exerce com **vinculação positiva à lei,** embora se reconheça que a atuação administrativa raramente é de simples execução.

No Brasil, a extensão da competência legislativa é de tal ordem que somente a lei ou atos com força de lei podem inserir **inovações primárias na ordem jurídica,** especialmente no plano das **situações jurídico-subjetivas,** pois a Constituição da República garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, II). Em situações de normalidade institucional, os atos administrativos concretos e abstratos, bem como os **regulamentos administrativos**, podem detalhar, densificar, operacionalizar direitos, deveres, situações jurídicas previamente consentidas em lei. Os regulamentos, no Brasil, são expressamente preordenados a dar "fiel execução" à lei (CF, art. 84, IV), os denominados **regulamentos executivos** ou, ainda, em matéria de organização, podem "reordenar", "reintegrar", **sem criar direito ou dever individual novo**, a partilha de atribuições e o funcionamento de órgãos administrativos previamente criados por lei, os regulamentos que tenho denominado, na ausência de melhor designação, **regulamentos organizativos ou regulamentos de organização** (CF, art. 84, VI, "a").

Não identifico no sistema brasileiro "regulamentos autônomos" ou "regulamentos independentes", criadores de situações jurídico-subjetivas para os particulares sem fundamentação legal, a partir de uma suposta reserva constitucional de matéria administrativa imune à ação legislativa. A disposição do art. 84, VI,"a", da lei fundamental, introduzida pela EC 32/2001, apontada por muitos como base para supostos "regulamentos autônomos", autoriza a edição de normas do Poder Executivo sobre a organização e funcionamento da Administração, mas somente quando "não implicar aumento de despesa **nem criação ou extinção de órgãos públicos**". No entanto, como os órgãos públicos nada mais são do que **unidades de atuação**, **conjunto de competências administrativas, dinamizadas por um titular**, disso decorre que o art. 84, VI, "a" da Constituição recusa ao Presidente da República a emissão de decretos organizativos que criem originariamente competências públicas ou promovam a sua extinção, isto é, recusa legitimidade a qualquer iniciativa meramente administrativa para alterar o status jurídico inicial, de direitos e obrigações, reconhecido aos particulares ou a pessoas administrativas pela lei ou pela Constituição. Em fórmula de síntese: os regulamentos de organização, veiculados por decreto, exigem sempre lei prévia,

[2] Esse lugar-comum do direito administrativo brasileiro é atribuído geralmente a HELY LOPES MEIRELLES. Na verdade, bem antes, em 1925, GUIDO ZANOBINI escrevera: "mentre l'individuo può fare tutto ciò che non gli è espressamente vietato, l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare". ("L'attività administrativa e la legge", *In: Scritti Vari di Diritto Pubblico,* op. cit., p. 206-207).

instituidora das competências ou atribuições dos órgãos públicos, ou criadora dos próprios órgãos, como antecedente lógico para a sua própria edição.

2. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS REGULAMENTOS DE ORGANIZAÇÃO

Duas observações adicionais devem ser feitas com a máxima clareza (e urgência) neste tópico. A primeira, sobre os **limites subjetivos** dos regulamentos de organização. A segunda, sobre os **limites objetivos** dessa modalidade de regulamento.

Os regulamentos organizativos ou de organização no Brasil cabem unicamente nos limites de uma mesma pessoa administrativa, respeitada a separação de Poderes e a autonomia deferida a determinados órgãos constitucionais (v.g., Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunal de Contas). Seria teratológico admitir-se, ante a dicção aberta do art.84, VI, ”a”, da Constituição Federal, a edição pelo Presidente da República de decreto com o objetivo de modificar, deslocar ou realocar órgão de entidades administrativas autônomas (v.g., autarquias, agências reguladoras, executivas, empresas públicas, sociedades de economia mistas, entre outras). Essas entidades são pessoas administrativas distintas da Administração Central, submetidas a controle legal, sendo que este não pode ser exercido de modo anômalo, atípico, ou fora dos limites legais estabelecidos no diploma normativo de criação ou de autorização de criação da entidade autônoma. A admitir-se a modificação unilateral e externa da estrutura orgânica de entidades autônomas, sob o pálio de uma suposta autorização constitucional direta, as disposições igualmente constitucionais referentes à autonomia administrativa, ao modo de criação e ao controle dessas entidades perderiam completamente o sentido, pois essas entidades estariam permanentemente, enquanto pessoas administrativas, sujeitas à instabilidade organizacional e ao arbítrio do Presidente da República sobre o seu modo de funcionamento. Por identidade de razão, incabível cogitar de aplicação do art. 84, VI, ”a”, da Constituição, para promover alterações na estrutura administrativa dos órgãos constitucionais autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) e a estrutura dos demais Poderes da República (Legislativo e Judiciário). Na Constituição, é norma expressa que a organização e funcionamento do Ministério Público permanecem matéria deferida ao legislador (CF, art. 127, §2º), sendo o mesmo previsto para a Advocacia Pública da União (CF, art. 131, caput) e a Defensoria Pública (CF, art 133, §1º.). Permanece vigente, ainda, a previsão constante do art. 22, da Constituição Federal, segundo a qual: “Compete privativamente à União legislar sobre (...) XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes”.

Quanto aos **limites objetivos**, cumpre especificar as duas funções básicas cumpridas pelos regulamentos de organização. Em primeiro lugar, reordenar ou recompor matéria de relevo preponderantemente interno (estruturação/vinculação), deslocando, desmembrando ou remanejando atribuições previamente estabelecidas de um para outro órgão da mesma pessoa administrativa ou até deslocando o próprio órgão como um todo, modificando os seus vínculos diretos de subordinação (ex. órgão diretamente vinculado ao Presidente da República pode ser deslocado para a estrutura administrativa de

ministério setorial, ou realizar-se deslocamento horizontal de órgão, de um ministério para o outro). Em segundo lugar, redistribuir cargos e funções entre órgãos, de forma a aperfeiçoar o emprego da força de trabalho na intimidade da Administração Pública e o próprio funcionamento das unidades administrativas.

Essas considerações, em particular a inteligência quanto a ilegitimidade de regulamentos organizativos para alterações na organização de pessoas autônomas da administração indireta, não são meramente acadêmicas, pois se tem dado uso abusivo da previsão constitucional vertida no art. 84, VI, "a", inclusive na fundamentação de vetos presidenciais a projetos de lei (vg. vetos ao projeto que deu origem a Lei 10.303/01, caso CVM, e concomitante edição do Decreto n. 3.995/01), sem que esta ampliada e equivocada aplicação da competência presidencial encontre censura na doutrina especializada ou nos Tribunais.

No curso dos trabalhos da Comissão de elaboração do *Anteprojeto de Normas Gerais sobre a Administração Pública Direta e Indireta, as Entidades Paraestatais e as de Colaboração, constituída pelo Governo Federal*[3], tive oportunidade de externar essas preocupações, apresentando texto base, que depois de discutido e aperfeiçoado foi adotado na forma do art. 6º do Anteprojeto entregue em julho de 2009, verbis:

> Art. 6º. A organização e o funcionamento da administração direta serão regulados por decreto que, nos termos e limites da Constituição, e respeitadas as áreas de competências previstas em lei, poderá:
>
> I - estabelecer a estrutura interna dos órgãos do Poder Executivo, observada a estrutura básica prevista em lei;
>
> II - desmembrar, concentrar, deslocar ou realocar atribuições de órgãos;
>
> III - fazer remanejamento e alterar a denominação de órgãos; e
>
> IV - redistribuir cargos, empregos e funções entre órgãos.
>
> Parágrafo único. A competência referida no *caput* pode ser delegada, na forma da Constituição.

É certo que os regulamentos expedidos na forma do art. 84, VI,"a", da Constituição Federal não podem ser reduzidos a simples "regulamentos de execução", pois são vocacionados a modificar a organização administrativa anterior, inclusive quanto à estruturação das atribuições e a distribuição dos cargos necessários à composição de órgãos públicos, mas não podem também

[3] Portaria 426, de 6-12-07, alterada pela Portaria 84, de 23-4-08, assinada pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão do Brasil, Paulo Bernardo, designou Comissão de Especialistas, constituída pelos professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Modesto, Sérgio de Andréa Ferreira para elaborar anteprojeto para uma nova lei orgânica da administração pública federal e dos entes de colaboração. O texto final, entregue em 26 de julho de 2009, apresentou escopo ainda mais abrangente, tendo recebido o nome de Anteprojeto de Normas Gerais sobre a Administração Pública Direta e Indireta, as Entidades Paraestatais e as de Colaboração. A íntegra dos trabalhos da comissão, bem como textos doutrinários explicativos do anteprojeto, foram publicados no livro coletivo MODESTO, Paulo (org.). A Nova Organização Administrativa, Minas Gerais, Ed. Fórum, 2009, 346p. Sobre o tema, confira também: http://www.direitodoestado.com.br/leiorganica/

ser confundidos com os denominados "regulamentos autônomos", ao menos se estes forem concebidos como normas administrativas capazes de inovar primariamente a ordem jurídica, criando direitos e deveres aos particulares, impondo obrigações, restrições ou faculdades **independentemente de lei prévia e sem sujeição a alteração por lei posterior.**

Essa orientação parece coerente com as definições usuais de regulamentos independentes, que o equiparam, em termos de liberdade de edição, a autonomia de que goza o próprio legislador. Neste sentido, mestre OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO averbava:

"Os regulamentos independentes ou autônomos, na verdade, são verdadeiras leis, e assim chamados tão-somente porque emanados pelo Poder Executivo, pois não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária, mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional. São, realmente, sancionados e promulgados em virtude de competência constitucional expressa, ou de costume constitucional, ou, ainda, de construção do texto constitucional, que confere ao Poder Executivo a faculdade de legislar, isoladamente, sem a participação do Poder Legislativo, e competência alheia a qualquer lei ordinária da qual seja complemento."(Princípios Gerais de Direito Administrativo, V. 1, 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 342-343).

Semelhante entendimento é adotado por DIOGENES GASPARINI:

"Regulamentos autônomos ou independentes são aqueles ditados pela autoridade competente para dispor sobre matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo. Constituem reminiscências do antigo poder de legislar, dantes concentrado nas mãos dos Chefes de Estado. Não estão esses regulamentos, verdadeiras leis em sentido material, atrelados a nenhuma lei, nem dependem de qualquer delegação prévia do Legislativo" (*Direito Administrativo*, 14. Ed.Saraiva, 2009, p. 125).

Os regulamentos de organização podem dispor sobre as atribuições dos órgãos públicos, promovendo a sua redistribuição, fusão ou segregação, mas não estão autorizados a criar ou extinguir atribuições, matéria que permanece deferida às leis, em homenagem à garantia segundo a qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, II), cláusula pétrea expressa (CF, art. 60, §4º, IV). Ademais, como se viu, o veto à criação ou extinção de atribuições administrativas decorre logicamente da proibição à criação ou extinção de órgãos, matéria excluída do campo material dos regulamentos organizativos (CF, art. 84, VI,"a").[4]

[4] Em sentido contrário, admitindo caráter autônomo aos regulamentos expedidos na forma do art. 84, VI,"a", da Constituição Federal, conferir: CYRINO, André Rodrigues. O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n. 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 170-171; SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 486. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. A Constitucionalização do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 56-69; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 22ª.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91-92; ARAGÃO, Alexandre. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 332 e 339.

Os regulamentos de organização permanecem **normas secundárias**, dependentes de **lei anterior que institua as competências públicas e os órgãos públicos**, sempre com alguma estruturação mínima (arquitetura mínima), conquanto sejam reordenadores da normatividade anterior no tocante a organização e funcionamento interno da Administração Centralizada.[5] Por igual, **podem ser modificados por lei posterior**, que crie novos órgãos, a partir da fusão ou extinção de órgãos anteriores, ou que **altere a competência dos órgãos existentes**. Constituem um *tertium genus,* pois não são executivos nem podem ser autônomos, mas constituem uma forma de realizar alterações normativas sem eficácia *ad extra* à organização administrativa*,* e assim devem ser considerados para a adequada compreensão do princípio da legalidade no sistema jurídico brasileiro.

Em resumo, os regulamentos de organização podem cumprir duas relevantes funções:

a) reordenar ou recompor matéria de relevo preponderantemente interno (estruturação/vinculação), deslocando, desmembrando ou remanejando atribuições previamente estabelecidas de um para outro órgão da mesma pessoa administrativa ou até deslocando o próprio órgão como um todo, modificando os seus vínculos diretos de subordinação (deslocamento horizontal ou vertical) e

b) redistribuir cargos e funções entre órgãos, de forma a aperfeiçoar o emprego da força de trabalho na intimidade da Administração Pública.

A competência deferida pelo art. 84, VI,"a", da Constituição Federal ao Chefe do Poder Executivo é coerente com reconhecimento pelo direito brasileiro ao Legislativo (CF, art. 51, IV e 52, XIII) e ao Judiciário (art. 96, I, b) para disporem, em caráter normativo, sobre a própria organização e funcionamento.

Cumpre registrar, além disso, que, no Brasil, não são aceitos os denominados regulamentos delegados ou autorizados, que dispõem sobre matéria em principio deferida ao legislador, mas que este renuncia a dispor, conferindo ao Poder Executivo o poder de expedir as normas correspondentes. Sobre a vedação aos regulamentos delegados, confira-se a importante decisão do STF na ADI 3.232, Rel. Min. Cezar Peluso, jul. 14-8-08, DJE de 3-10-08, conquanto tenha a ementa, equivocamente, referido a "decretos autônomos" para designar a competência prevista no art. 84, VI,"a", da Constituição Federal.

A razão disso é que o princípio da legalidade mantém, mesmo após a EC n. 32, o seu caráter de princípio defensivo do cidadão, contribuindo para a previsibilidade da atuação administrativa. Legalidade, entretanto, não significa imobilismo, burocratização, barreira intransponível ao dinamismo da Administração Pública,

[5] CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em linha teórica semelhante a que adotamos, entrementes parece admitir o emprego do regulamento de organização para o deslocamento de atribuições da administração direta para pessoas da administração indireta, e vice-versa, o que não admitimos, pelas razões expostas (nota de rodapé 5). Em resposta à indagação que se fez sobre a utilidade dos regulamentos editados pelos decretos previstos no art. 84, IV, "a", afirmou o ilustre jurista: "Unicamente transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores – como, por exemplo, passar um departamento de um dado Ministério para outro ou para uma autarquia, e vice-versa; uma divisão alocada em certo departamento para outro departamento, uma seção pertencente a determinada divisão para outra divisão, e assim por diante. Pode, ainda, redistribuir atribuições preexistentes em dado órgão, passando-as para outro, desde que sejam apenas algumas das atribuições dele – pois, se fossem todas, isto equivaleria a extinguir o órgão, o que é vedado pela Constituição" (*Curso de Direito Administrativo*, 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 338).

que deve poder ajustar e reestruturar a sua organização, sem ofensa ao estatuto do cidadão, para responder a demandas concretas da própria coletividade. Fora desse entendimento, caso aceita a tese de que a chefia do executivo pode expedir regulamentos inovadores, indiferentes e imunes à atuação do legislador, além da evidente insegurança jurídica, correrá risco a própria autonomia administrativa dos demais Poderes de Estado, como alguns órgãos do Poder Judiciário começam a perceber. Confira-se breve trecho de decisão da 6ª. Turma do TRF, 1ª. Região, Rel. Des. Federal Souza Prudente, no Agravo de Instrumento n. 2005.01.2000.022119-3, publicada no DJU de 24.01.2006:

"(...) II - Se a Constituição da República Federativa do Brasil outorga competência expressa ao Sr. Presidente da República para expedir decretos e regulamentos somente para a fiel execução das leis (CF, art. 84, IV) e a dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (CF, art. 84, VI, a), afigura-se constitucionalmente inválida a criação de uma 'Secretaria de Reforma do Judiciário', na estrutura funcional do Ministério da Justiça, com funções gratificadas e ampla competência sobre matéria privativa do autogoverno do Poder Judiciário, mediante simples decreto presidencial (Decretos nºs 4.720/2003, 4.991/2004 e 5.535, de 13/09/2005, art. 22, incisos I a V). Somente a lei, em sentido estrito, pode inovar na ordem jurídica, criar órgãos públicos, autorizar aumento de despesa e estabelecer competências para seus agentes, com direitos e obrigações, no amparo constitucional, sendo vedada a figura do Decreto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, para essa finalidade".

O princípio da legalidade objetiva **acautelar o cidadão *do arbítrio administrativo*** e **preservar a sujeição do Estado às finalidades públicas** definidas pelo colegiado representativo dos cidadãos *(princípio representativo e princípio da soberania popular).* O próprio Congresso Nacional está autorizado, pelo art. 49, V, da Constituição Federal a "sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar". A administração legal é, por isso, **administração habilitada pela lei**, contida nos limites e nos fins da lei, sem se reduzir a simples executora mecânica dos comandos legais.

O conceito de administração legal é um lugar-comum (topoi) da doutrina jurídico administrativa que não pode receber interpretação literal. É obvio que a subordinação da administração pública não é apenas à lei formal, em sentido estrito, mas à toda a *ordem jurídica*, conceito mais abrangente e exigente, que inclui tanto as normas unilaterais dirigidas ao Estado (Constituição, leis, regulamentos, atos normativos) e os vínculos jurídicos assumidos pelo Estado (tratados, convenções, contratos) quanto também os princípios fundamentais e valores sedimentados na idéia de direito dominante na comunidade, construídos e reconhecidos ao longo do tempo. Por essa amplitude, preferem os autores mais recentes utilizar a expressão "princípio da juridicidade" em lugar de "princípio da legalidade". Outros, sem cair em visão estreita, permanecem empregando a segunda expressão, atribuindo-lhe "sentido amplo" ou "lato", a denotar o "bloco de legalidade", encabeçado pela Constituição. Refletindo esse estado da doutrina, a Lei n. 9784/1999, que disciplina as normas básicas do processo administrativo no âmbito da União, exige da Administração "atuação conforme a lei e o Direito" (art. 2º, Parágrafo Único, I).Os próprios regulamentos de execução nunca são apenas

a repetição, em termos mais expressivos, da norma legal. Seriam inúteis se assim fossem expedidos. São executivos e integrativos, pois completam a norma legal, a desenvolvendo em aspectos operacionais e procedimentais necessários à atuação administrativa. Além disso, em homenagem à segurança jurídica e ao princípio da igualdade, restringem a própria discricionariedade administrativa, como forma eminente de autovinculação, viabilizando o cumprimento coerente e uniforme da lei nos diversos escalões da estrutura administativa do Estado.

3. A SITUAÇÃO PECULIAR DOS DECRETOS DE EXTINÇÃO DE CARGOS VAGOS

Questão completamente distinta decorre da competência deferida ao Presidente da República, a partir da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, para dispor, mediante decreto, sobre "extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos". (CF, art. 84, IV, b).

Em rigor, como é sabido, Decretos são simples veículos de introdução de normas no sistema jurídico brasileiro. Não se confundem com as normas que introduzem. São formas de veiculação de normas, não as próprias normas. Podem inserir normas individuais e concretas, a exemplo da declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, e normas abstratas e gerais, como os regulamentos. Decreto é veículo de introdução de normas administrativas ou normas políticas de competência exclusiva dos chefes dos Poderes Executivos.

No caso da competência prevista no art. 84, IV, b, não se defere ao Presidente a competência para a edição de uma norma geral no exercício da função administrativa. Não há regulamento de fiel execução da lei ou regulamento de organização. Embora tal decreto seja logicamente dependente de lei prévia, pois pressupõe lei de criação de cargo ou função pública, não veicula norma destinada a complementar, densificar ou integrar a lei, nem a disciplinar a atuação dos agentes, em domínio discricionário, campo tradicional dos regulamentos, pois simplesmente derroga a norma legal prévia, extinguindo alguns ou todos os seus efeitos.

Na hipótese, o Chefe do Poder Executivo funciona como legislador negativo, em caráter excepcional, por expressa autorização constitucional. Neste caso, pode-se dizer que há decreto autônomo, mas não regulamento autônomo, pois exercita-se função legislativa anômala, não função administrativa. Trata-se de norma que não demanda qualquer atuação adicional do Poder Público em matéria administrativa, não se destinando a reger a conduta da administração ou de seus usuários. Possui exclusivamente caráter derrogatório de norma legal prévia.

A hipótese referida de extinção de cargos vagos não deve ser confundida com a de edição de regulamentos de organização, esta última típica atividade administrativa, sujeita a limitações próprias do exercício dessa função e coerente com o regime de liberdade estatuído no art. 5º, II, da Constituição Federal. Considerar o decreto estabelecido com fundamento no art. 84, VI, "b" uma espécie de regulamento significaria admitir, com chancela dogmática, a completa inversão dos princípios da hierarquia normativa, da primazia da lei e da simetria das formas de produção dos atos normativos.

Frise-se, por fim, que essa competência enunciada no art. 84, VI, b, é extensível também para os chefes do Poder Executivo dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Aplica-se aqui, à perfeição, o princípio da simetria. Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, tem ressaltado a incidência obrigatória do modelo adotado pelo processo legislativo da União aos Estados-membros, em face do princípio da simetria (em particular, ADI 102-RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJU 29.11.2009, p. 19). Sobre o tópico específico da criação e extinção de cargos, por igual, a Suprema Corte também já havia se pronunciado, antes da EC 32/2001, sobre a aplicação do modelo federal aos Estados (STF, ADI 249-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJU 17.12.1999, p.02; ADI 2742-ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU23.05.2002, p. 30). A mesma inteligência deve ser aplicada ao preceito do art. 84, VI, a, conquanto, como vimos, neste último, estejamos no âmbito de competência regulamentar e não mais de competência legislativa.

4. A INSUFICIÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ANÁLISE DE LEGITIMIDADE DOS REGULAMENTOS DE ORGANIZAÇÃO E DOS DECRETOS DE EXTINÇÃO DE CARGOS VAGOS

Essas novas competências deferidas pela Emenda 32/2001 ao Presidente da República devem ter a sua legitimidade aferida pelo princípio da segurança jurídica, que contempla o da legalidade, mas o ultrapassa. O princípio da segurança jurídica apresenta ao menos **três dimensões**. Fala-se em **segurança *do* direito**, em **segurança *no* direito** e em **segurança *pelo* direito**.[6]

A **segurança do direito** impõe a exigência de **objetividade**, **determinabilidade** e **previsibilidade do "status jurídico" das condutas.** Em outro dizer: exigência de precisão normativa, densidade normativa mínima e cognoscibilidade das prescrições jurídicas. Não há segurança do direito quando os textos normativos são excessivamente lacônicos, imprecisos, sem densidade normativa suficiente, a

[6] Os conceitos "segurança do direito" e "segurança pelo direito" foram desenvolvidos por GUSTAV RADBRUCH. Para este autor, a primeira exigência para a segurança do direito (certeza do direito) é que o direito seja positivo. Mas não basta esse dado, sendo essencial que o direito apresente qualidade e praticabilidade. Por isso, distingue o autor entre *segurança do direito,* associando-a a idéia de clareza e fácil apreensão das leis, a permitir a sua aplicação previsível e não arbitrária, e a *segurança pelo direito*, que relaciona à idéia de proteção dada pela ordem jurídica aos sujeitos de direito (ex. proibição do confisco, devido processo legal etc). Cf. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofia del Derecho*, trad. de W. Roces, Mexico-Buenos Aires, 1955, pp. 31-45; *Filosofia do Direito*, trad. de L. Cabral de Moncada, 6ª., Coimbra, Amernio Amado, 1979, pp.159-168. Sobre o tema há literatura abundante. Conferir, no campo jusfilosófico, em especial: CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao Direito*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 106-118; SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofia de la interpretación del Derecho*. México-Buenos Aires, Fundo de Cultura Económica, 1956, pp.270-291; P. Em direito administrativo, cf. MUÑOZ-MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T. I, 2ª, Madrid, Iustel, 2006, pp. 329-541; SILVA, Almiro do Couto e. "O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9784/99)", RDA, n. 237, 2004, pp. 271-315; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., pp. 123-125; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª. Ed, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 84-88; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª.ed, Salvador, Ed. Juspodium, 2009, pp. 87-103; MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo*. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, pp. 40-56. Vale consultar, também, sob o ângulo do direito constitucional, aos estudos contidos no livro ROCHA, Carmen Lúcia (org). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte, Fórum, 2004, e BARROSO, Luís Roberto. "A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo", In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2ª. Ed. Rio de janeiro: Renovar, 2002, p. 49-73.

tornar incerto a identificação do conteúdo reclamado como obrigatório, proibido ou facultado. Mas não apenas isso: impõe-se também clareza na identificação da própria norma vigente e dos efeitos concretos de sua aplicação. A "segurança do direito" pode ser traduzida como "certeza do direito" e corporifica o **sentido objetivo do princípio da segurança jurídica**. No Brasil, a Lei Complementar n. 95, de 26.02.1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, lamentavelmente pouco observada, estabeleceu exigência de que as normas legais sejam "redigidas com clareza, precisão e ordem lógica" (art. 11), não se admitindo que a lei contenha "matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão" (art. 7º, II), sendo certo ainda que "a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas" (art. 9º, com a redação dada Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001).

A **segurança no direito** relaciona-se com a exigência de **precisão sobre o modo de modificação das normas jurídicas** e a **equação de equilíbrio entre as normas de alteração do sistema e de preservação de situações jurídicas subjetivas existentes,** inclusive a proteção da confiança legítima. A segurança no direito diz respeito ao âmbito de proteção dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos, da coisa julgada e das situações favoráveis sobre as quais se instalou uma confiança fundada. Na prática, corporifica a dimensão "subjetiva" do princípio da segurança jurídica, que se expressa muitas vezes por institutos como a decadência, a prescrição, preclusão e a inalterabilidade de situações subjetivas definidas por atos administrativos. Destacam-se aqui valores como a previsibilidade e a estabilidade das situações jurídicas vigentes, a serem ponderados com a indispensável atualização e concretização histórica do direito. No Brasil, além de diversos dispositivos constitucionais (v.g, art. 5º, XXXVI e XXXIX), o art. 54, da Lei n. 9784, de 29.1.99, e o art. 27 e 11 da Lei 9.882, de 3.12.99, remetem diretamente aos domínios desta dimensão fundamental da segurança jurídica.

A **segurança pelo direito** diz respeito à exigência de **efetiva proteção** contra toda e qualquer agressão ou ameaça de agressão contra os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico. Neste aspecto cuida-se da **efetividade e cobertura dos instrumentos processuais e substantivos de tutela dos direitos individuais e coletivos contra atentados do Poder Público ou de terceiros**. Por isso, essa dimensão expressa o sentido "instrumental" do princípio da segurança jurídica. Também aqui o direito brasileiro é rico em prescrições, entre as quais impõe-se destacar, apenas como ilustração, alguns dispositivos constitucionais, como o direito de resposta (Art. 5º, V), a proibição da censura (Art. 5º, X), direito à indenização prévia em desapropriação (Art. 5º, XXIV), direito de informação (Art. 5º, XXXIII), direito de petição (art. 5º, XXXIV), direito à jurisdição, sem exclusão da apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV), direito ao juiz natural (art. 5º. LIII), direito ao devido processo legal (art. 5º., LIV), direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o habeas corpus (art. 5º., LXIX), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX), entre muitos outros).

Trata-se, portanto, de um complexo de exigências muito mais abrangente do que o contemplado pelo princípio da legalidade. Por isso, também, freqüentemente desobedecido entre nós, não apenas pelo Congresso Nacional, mas também pelo

Presidente da República, este último na edição incontinente e assistemática de medidas provisórias. Não é simples, nos dias que correm, mesmo com a máxima especialização, identificar a norma vigente, resolver problemas de direito intertemporal, compreender o conteúdo normativo disposto e proteger com eficácia situações jurídico-subjetivas derivadas de normas produzidas tanto para efetivamente regular condutas quanto para fins meramente simbólicos ("leis espetáculo").

Além disso, ao lado da segurança jurídica, diversos outros princípios impõem exigências ao administrador que excedem a simples consideração do princípio da legalidade. Por exemplo, a **moralidade administrativa**, prescrita ao administrador, reclama a tutela da **boa fé** nas relações jurídicas que a administração pública entretenha com os particulares.

A **boa fé é exigência a ser considerada com destaque pelo administrador nos casos de alteração de situações jurídicas subjetivas**, uma vez que diz respeito a agentes que atuaram ou deviam atuar com lhaneza, correção e diligência. Esses são valores caros ao ordenamento. As modificações no direito devem, por isso, resguardar posições jurídicas de sujeitos de boa fé e, além disso, reclamar **lealdade da Administração** e **fidelidade a palavra empenhada**.

Portanto, o controle da discricionariedade e da atuação administrativa como um todo sujeita-se não apenas à legalidade, como o leigo supõe, mas a condicionamentos variados, decorrentes dos demais princípios positivamente reconhecidos no sistema jurídico nacional. Por isso, fala-se atualmente, com frisamos antes, em **observância da juridicidade**, observância do ordenamento como um todo, a normas superiores e inferiores à lei, a valores e garantias fundamentais ao Estado de Direito, não apenas o respeito à legalidade.[7] Sem embargo, a doutrina se omite de considerar que, **em face do princípio da juridicidade,** não ficam ampliados apenas os **condicionamentos externos** ou as **heterovinculações** da administração pública. O complexo de valores e princípios que regem a administração pública no Estado contemporâneo impõe uma **mudança de padrão de controle**, pois além da relevância dos condicionamentos abstratos do legislador, recebe significado jurídico o modo como se **efetiva concretamente a atuação da administração pública** e o modo como são expedidos no tempo e perante os seus destinatários **as decisões**

[7] A afirmação é repetida com ênfase nas produções recentes como se fora uma verdade revolucionária. Porém, era afirmada já em 1927 por ADOLFO MERKL. Segundo o discipulo de KELSEN, uma atividade somente poderia ser qualificada como administração e atribuida juridicamente ao Estado se fosse considerada aplicação do direito administrativo, conceito mais abrangente do que a simples legalidade da administração. Em palavras expressivas, afirmava o autor: "La conexión necesaria entre *derecho* y *administración* puede ser designada como *principio de la juridicidad de la administración*. Es menester no confundir este principio com el principio, emparentado, de *legalidad de la administración*." (Grifos do original) Cf. MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo, Granada, Editorial Comares, 2004, p. 206. O conceito de *juridicidade* sustentado por MERKL, no entanto, não equivale as compreensões contemporâneas do conceito. Em novas e qualificadas abordagens teóricas, o princípio da juridicidade serve também para destacar o fenômeno da *constitucionalização do direito,* a proeminência do direito constitucional como base direta de legitimação da atuação administrativa, a dispensar, em princípio, a necessária intervenção do legislador ordinário ou complementar. Sobre o tema, conferir, especialmente, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 34-38 e 125-191; OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra, Almedina, 2003, 1192p; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 69-141; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar.* São Paulo: Max Limonad, pp.157-162.

administrativas infralegais estabelecidas pelo Estado. É neste último domínio que cabe falar em **autolimitação ou autovinculação da atividade administrativa,** assunto para outro artigo, dada a sua relevância e extensão.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MODESTO, Paulo. Os Regulamentos de Organização no Direito Brasileiro e os Decretos Autônomos de Extinção de Cargos Públicos Vagos: uma Distinção Necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.