

ESCOLA DE FORMAÇÃO 2006

ESTUDO DIRIGIDO

O JUDICIÁRIO E O CONTROLE DA BUROCRACIA ECONÔMICA

PREPARADO POR CAMILA DURAN
(ESCOLA DE FORMAÇÃO, 2002)

MATERIAL DE LEITURA PRÉVIA:

- 1) Exposição de motivos da Medida Provisória nº. 207, de 13 de agosto de 2004.
- 2) Acórdão: ADIn 3289/DF e ADIn 3290/DF (votos dos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Carlos Velloso)
Julgado em: 05.05.2005
Relator: Ministro Gilmar Mendes

CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO:

O debate em torno da atribuição de *status* de ministro de Estado ao presidente do Banco Central do Brasil (BCB) foi amplamente divulgado pela mídia e revelou vários posicionamentos – tanto no meio acadêmico, como no político – sobre a constitucionalidade ou não da medida provisória editada pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

Para iniciar a discussão do acórdão sugerido para leitura, dois textos de conhecidos doutrinadores brasileiros, publicados pelo jornal “Folha de São Paulo”¹, irão problematizar e trazer alguns elementos para o estudo do caso. Eles foram veiculados pela mídia quase três meses após o pedido impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) por partidos políticos, PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) e PFL (Partido da Frente Liberal), arguindo a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº. 207/04, que garantiu o foro privilegiado para o presidente do BCB.

¹Folha de São Paulo, Tendências e Debates, 13 de novembro de 2004.

Após a leitura desses artigos, procure responder às questões direcionadas à análise dos votos da ADIn 3289/DF.

**É inconstitucional a MP que dá status de ministro ao presidente do Banco Central?
NÃO**

Medida constitucional, censura política
ANDRÉ RAMOS TAVARES

A presidência do Banco Central passou a compor o rol dos cargos com "foro privilegiado", porque submetidos a julgamento diretamente perante o Supremo Tribunal Federal. A previsão decorreu de medida provisória, a MP 207/04. Nesta, nada há que a inquine do vício da inconstitucionalidade, ao contrário do que pensam muitos, que anunciam uma "flagrante inconstitucionalidade". Tentarei, de maneira breve e objetiva, enfrentar esses argumentos, demonstrando a inconsistência de colocações com essa tonalidade.

Primeiramente, é preciso investigar a suposta "inspiração casuística" apontada como violadora do princípio da moralidade. François Geny, escrevendo no final do século 19, revelou que a intervenção do legislador ocorre justamente quando há uma emoção pública que chame sua atenção. Infere-se, de seus estudos, que as leis são sempre representações de uma imagem incompleta construída pelo legislador a partir de casos concretos. O casuísmo não é um mal a ser combatido, mas uma natural característica da condição humana. Renegá-la significa reforçar o arbítrio do intérprete, camuflando suas escolhas subjetivas com o manto da pseudo-objetividade e abstratividade da lei.

O alemão Philipp Heck lembrava, já em 1915, que "as leis se destinam a resolver conflitos de interesses e também são verdadeiros produtos dos interesses". Aliás, a tese da lei geral e abstrata representa um ideal próprio dos primórdios do Estado de Direito. Imaginar o contrário é pretender que o agente produtor do direito (Congresso ou presidente) seja um alienígena, imune às preocupações que rodeiam a sociedade. Limitado é o argumento que só vislumbra o atual ocupante do cargo, e não o cargo em si.

Alega-se, ainda, que a presidência do BC sempre desempenhou um importante papel na economia nacional, e não haveria motivo para que, somente agora, isso justificasse uma mudança jurídica de seu status. O argumento olvida os princípios mais comecinhos de direito e só se sustentaria se vivêssemos pelo direito costumeiro, no qual imperam os costumes jurídicos sedimentados limitando o legislador.

Outros argumentos parecem ser, contudo, menos retóricos e mais pontuais. Alega-se que a matéria é tanto de ordem processual penal como financeira. A ser correta essa ilação, estaria vedado o uso da MP. Realmente, esta não pode dispor sobre matéria processual penal ou sobre matéria de lei complementar (caso da disciplina do sistema financeiro). Ocorre, contudo, que, ao conceder status de ministro, nitidamente não está a MP a dispor sobre matéria processual penal. Apenas reflexamente é que haverá conseqüências nessa órbita, por vontade da própria Constituição brasileira. Sim, porque esta, ao estabelecer o foro privilegiado para ministros de Estado perante o STF, deixou à indicação infraconstitucional quais os cargos de ministro existentes. É evidente que, embora o Banco Central integre o sistema financeiro, nem por isso a atribuição de certo status ao seu presidente significa mudança do sistema financeiro.

Outro argumento é o de que se teria a situação inédita de um ministro submetido a outro, já que o presidente do BC ainda se encontra atrelado ao Ministério da Fazenda. Ora, esse argumento parece desconhecer que os ministérios são organismos auxiliares em coordenação, pois representam uma mesma unidade. Há diversas matérias que demandam a atuação conjunta de mais de um ministério, sem que isso cause nenhum constrangimento. Ademais, a dependência da aprovação do nome pelo Senado apenas confere ao ocupante do cargo maior legitimidade, sem impedir a atribuição, a ele, do status de ministro.

Até aqui a discussão focalizou a norma ou normas constitucionais em face da norma da MP. Contudo poder-se-ia realizar uma abordagem concentrada não na norma, mas no intérprete do direito, particularmente em seu intérprete oficial e definitivo, o STF (numa espécie de "argumento de autoridade").

Quanto à falta de urgência e relevância dessa medida provisória, o STF sustenta atualmente a excepcionalidade da censura (intervenção) jurisdicional acerca da ausência desses pressupostos, cuja presença é aferida pelo presidente da República.

Ainda o STF, no caso análogo da MP que atribuiu status de ministro ao advogado-geral da União, confirmou a sua competência para julgar originariamente essa autoridade, admitindo, pois, a constitucionalidade do foro privilegiado nessas circunstâncias. Em outro caso, vislumbra-se argumentação idêntica àquela aqui adotada quando considerou que a MP do setor elétrico, no ponto em que remetia à mediação e arbitragem, não era inconstitucional por tratar de matéria processual, justamente porque não disciplinava propriamente (e diretamente) essa matéria. Por fim, falar de "blindagem" em virtude do foro privilegiado é depreciar a dignidade do Supremo, que não tem sua atuação pautada pela vontade da presidência da República. Pelo contrário, é um dos Poderes da República e, nessa qualidade, absolutamente independente.

André Ramos Tavares, 32, livre-docente em direito constitucional pela USP, é professor de direito constitucional da PUC-SP e presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (www.ibec.inf.br).

É inconstitucional a MP que dá status de ministro ao presidente do Banco Central?

SIM

Abuso de poder

MIGUEL REALE JÚNIOR

Enganam-se o governo e todos os demais que imaginam ter o chamado "foro privilegiado" a finalidade de proteger a autoridade. Não. Protege-se a sociedade. Se a Constituição determina que os ministros serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal e acusados, portanto, pelo procurador-geral da República, tal se dá para garantir que o julgamento esteja submetido a órgãos de estatura e independência suficientes para resistir a pressões indevidas das autoridades, podendo manter, sem riscos, imparcialidade.

O governo inverteu. Deu o posto de ministro ao presidente do Banco Central não como norma geral e abstrata, exigível diante da relevância da posição, em defesa da sociedade, mas para retirar o atual ocupante de investigação determinada pelo Ministério Público de primeira instância, remetendo, então, eventual inquérito ao Supremo e ao procurador-geral.

Desde 1964 nenhum prejuízo houve em não ser o presidente do BC ministro. Nem houve nem há nenhum risco ao exercício das funções de autoridade máxima da política monetária e financeira a circunstância de não ser ministro. Outorgar posição de ministro não constitui, por outro lado, caminho para a independência do Banco Central. Não havia nenhum interesse institucional urgente a justificar atribuir-se, por medida provisória, o título de ministro ao presidente do BC. Não foi a essa presidência que se outorgou o status de ministro, mas particularmente ao Sr. Henrique Meirelles, que recebeu por medida provisória o status de ministro, diante de um perigo, o perigo pessoal de um processo-crime, como se esse não existisse nas mãos independentes do atual procurador-geral da República.

Casuísmo igual só na ditadura. Se não fosse Meirelles e o risco de processo-crime, não se editaria a medida provisória e tudo continuaria tal e qual, sem ser a posição de ministro atribuída ao presidente do Banco Central, pois não há necessidade institucional para esse status ministerial.

É esse um dos pontos salientados pelo procurador-geral da República, que reputa, diante do casuísmo, ofender-se o princípio da moralidade que preside a administração pública. A moralidade como princípio está além da proibição de trato do patrimônio público, para significar honestidade, lealdade e correção de propósitos. A propalada finalidade de proteção das relevantes funções do presidente do Banco Central não passava de uma desculpa esfarrapada para escamotear a verdadeira intenção de excluir Meirelles de investigações em curso. Daí a lesão ao princípio da moralidade e um claro abuso do poder de legislar do presidente da República.

Outros argumentos foram sinalizados pelo PSDB e pelo PFL nas argüições de inconstitucionalidade. Ausência de urgência para editar norma de eficácia imediata, pois nada legitimava que não se pudesse esperar o tempo normal do processo legislativo. De outro lado, a medida provisória criou antinomias inadmissíveis. Se o presidente da República nomeia livremente os ministros, no caso do presidente do BC haveria uma incongruência no texto constitucional, pois o presidente do Banco Central é apenas indicado pelo presidente da República, mas a indicação deve ser aprovada pelo Senado.

Há ainda mais uma antinomia, pois cabe aos ministros coordenar as autarquias submetidas ao seu ministério. O Banco Central é uma autarquia do Ministério da Fazenda. E assim, se for o presidente do banco ministro, estará esse ministro, como dirigente de uma autarquia, submetido a outro, o da Fazenda. Acresce ponderar, como salienta a inicial apresentada pelo PSDB, que, por integrar o BC o Sistema Financeiro Nacional, qualquer modificação em sua estrutura é matéria própria de lei complementar, conforme estatui o art.192 da Constituição Federal. Por outro lado, a Constituição, no art. 62, parágrafo 1º, veda a edição de medida provisória sobre matéria específica de lei complementar. Não poderia, portanto, ser editada medida provisória desse jaez.

Como se vê, são diversas as inconstitucionalidades, mas a que choca efetivamente diz respeito ao despudor de abusar de medida provisória para atender a interesse personalíssimo do atual presidente do Banco Central, que deve torcer pela declaração de inconstitucionalidade da MP, para sair, agora, das mãos independentes e altivas do atual procurador-geral da República.

Miguel Reale Júnior, 60, advogado, é professor titular da Faculdade de Direito da USP. Foi secretário da Segurança Pública (governo Montoro) e da Administração (governo Covas) do Estado de São Paulo e ministro da Justiça (governo Fernando Henrique Cardoso).

QUESTÕES PARA DEBATE:

- 1) Ao analisar o questionamento quanto à relevância e urgência na edição da MP nº. 207/04, que garantiu o *status* de ministro ao presidente do Banco Central do Brasil, o relator Gilmar Mendes posiciona-se segundo o trecho abaixo:

Por tais razões, com a devida vênia, não aceito as afirmações peremptórias no sentido da ausência dos requisitos de relevância e urgência, ou ainda, as eventuais alegações de que o ato impugnado seria fruto de um casuísmo.

Em verdade, no caso em exame, considerada essa dimensão política e a situação singular do Banco Central, não me pareceria absurda uma justificativa explícita no sentido de que a Medida ora impugnada teria sido editada tão somente para conferir prerrogativa de foro ao Presidente do Banco Central. Também não seria disparatado se a exposição de motivos da MP 207 dissesse claramente que estaria sendo editada para o fim de afastar o Presidente do Banco Central de uma avalanche de ações judiciais ajuizadas na primeira instância do Poder Judiciário". (grifos nossos)

Segundo o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário terão suas decisões fundamentadas. Pergunta-se: (a) No caso concreto, quais são os fundamentos trazidos pelo ministro para a tomada dessa decisão específica? Como o relator afasta a

alegação de inconstitucionalidade da medida provisória pela ausência dos requisitos de relevância e urgência? Como os votos divergentes, Marco Aurélio e Carlos Velloso, trataram a questão? Como a exposição de motivos da medida provisória, no caso concreto, contribuiu para a revelar e fundamentar o uso desse instrumento legislativo?; (b) Argumentos baseados em exemplos de casos reais, como aqueles trazidos no voto do relator sobre os reajustes dos fundos de investimentos e das ações promovidas pelos procuradores, contribuem em que medida para explicitar a motivação e para formar a qualidade do voto? (c) O ministro Marco Aurélio, em voto divergente, baseia-se no que ele denomina de “princípio da realidade”, e o ministro Carlos Velloso, disserta sobre a “natureza das coisas”. No mesmo sentido, de que forma essas categorias contribuíram na fundamentação dos votos e na sustentação dos posicionamentos? Há diálogo entre os diversos argumentos usados pelos ministros?

2) Para afastar a argüição de inconstitucionalidade da medida provisória, no que se refere à violação ao artigo 62, § 9º., da CF, e o não cumprimento dos trâmites constitucionais para a apreciação da MP nº. 207/04 pelo Congresso Nacional, o ministro relator Gilmar Mendes adota uma interpretação sem “os rigores pretendidos pelo requerente (PFL) na ADI 3289”. Segundo ele, a “falha procedimental, considerado o atual estágio de implementação da Emenda 32, assim como as circunstâncias do caso, em que resta demonstrada a tentativa, por duas vezes, de instalação de comissão mista, (...) ainda não permite a formulação de um juízo de inconstitucionalidade por ofensa ao referido §9º” (*grifos nossos*). Os dois fundamentos transcritos nesse trecho contribuem para a consistência do voto do relator, ao trazer elementos acerca da aplicação concreta da Emenda Constitucional nº. 32, que alterou o procedimento de edição das medidas provisórias? A escolha da não aplicação da regra constitucional ao caso concreto pode se basear nesse tipo de juízo?

3) Em uma de suas últimas considerações, o ministro Gilmar Mendes discorre sobre “o uso dos processos judiciais para fins políticos” e que o instrumento da prerrogativa de foro especial seria uma das alternativas para afastar esse uso, ao trazer “uma perspectiva de estabilidade” para as instituições públicas. Segundo ele, as decisões políticas e tecnocráticas poderiam e deveriam ser contestadas no Judiciário para aferição de sua legitimidade; contudo, seria o “próprio sistema” que exigiria, “em relação a certos agentes, um tratamento diferenciado, no que toca à impugnação judicial de atos praticados no exercício da função”. Pergunta-se: (a) com a garantia de foro privilegiado ao presidente do BCB, seria possível

afastar o que ele denomina de “uso dos processos judiciais para fins políticos”?; (b) em que medida esse argumento relaciona-se com aquele trazido pelo ministro Carlos Velloso acerca da autonomia do BCB frente ao governo e do papel do controle judicial da delegação legislativa?

4) Na conclusão do voto, Gilmar Mendes retoma novamente a idéia da singularidade e da importância do cargo de presidente do BCB para justificar sua decisão. Pergunta-se: (a) em algum momento, ele explicita exatamente qual é a importância sócio-econômica dessa instituição e o porquê da necessidade de estabilidade do cargo? No mesmo sentido, ele precisaria trazer esses dados ao voto e fazer essa aferição? Por que? O ministro Carlos Velloso traz mais elementos para essa discussão?; (b) seria possível identificar nos votos analisados quais seriam os “pressupostos que justificam a diferenciação de tratamento entre agentes públicos” na atribuição da prerrogativa de foro, como o relator afirma e procura demonstrar? Quais são esses pressupostos, segundo o STF?

5) No voto do ministro Carlos Velloso, há breves considerações teóricas acerca do controle judicial da delegação legislativa e a aferição da legitimidade dessa última. Como é construído o raciocínio do ministro, ao trazer a análise para o caso concreto? De que forma ele contribui para pensar um modelo de controle dos limites da delegação legislativa? Atente-se também para os comentários feitos acerca do precedente citado, a ADIn 1397/DF.

6) Da seguinte afirmação: “(...) o Presidente do Banco Central é o próprio sistema financeiro nacional”, o ministro Carlos Velloso retira a conclusão de que o *status* de ministro somente poderia ser atribuído por lei complementar, conforme preceitua o artigo 192 da Constituição Federal. No decorrer de seu voto, ele também insere um tema político no debate entre os ministros do plenário, qual seja, a autonomia do BCB em relação ao governo. A partir dos vários elementos trazidos por este debate e, com base no placar final da ADIn, se você fosse um consultor do governo, de que forma desenharia estrategicamente um projeto de independência para o BCB?