

05/05/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, se aqui nada se ensina, imagine-se à noite, depois desta jornada exaustiva.

Tentarei apenas resumir, as razões do meu voto, dada a importância da questão.

Da mesma forma que o eminente Relator, não dou pela carência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição da medida provisória.

E mais, tal qual o eminente Ministro Eros Grau, sou dos que pensam que eventuais vícios da medida provisória estão superados pela sua conversão em lei. E, quanto a eventuais efeitos passados por ela gerados, a ADIn estaria prejudicada, segundo a jurisprudência do Tribunal. Essa superação foi afirmada, ainda sob a redação primitiva do art. 62 da Constituição, por exemplo, na ADIn 1.417, relatada pelo eminente Ministro Octavio Gallotti, em 1º de agosto de 1999 (RTJ nº 176/102). Na oportunidade, Vossa Excelência, Senhor Presidente, trouxe um argumento, a meu ver, irresponsável: se



acaso o Congresso rejeitar uma medida provisória por lhe faltarem os requisitos de relevância e urgência, poderia o Presidente da República provocar o Supremo Tribunal a declarar que, pelo contrário, a medida provisória era não só urgente, como também relevante?

A partir da Emenda Constitucional 32, que superou disposições regimentais anteriores do Congresso e instaurou, no exame da medida provisória, no que há de substancial, exatamente o processo legislativo da votação das leis ordinárias, mais se reforça o que, ao acompanhar o eminente Ministro Celso de Mello, na ADIn 293, realcei, com relação ao duplo caráter da medida provisória: a um tempo, lei, ainda que provisória e sob condição resolutiva, mas também projeto de lei que o Congresso pode converter em lei.

De qualquer sorte, quero apenas rejeitar um argumento muito utilizado da tribuna, inclusive pelo nosso eminente Procurador-Geral da República, a partir dos quarenta anos da existência do problema da posição institucional do Presidente do Banco Central: obviamente, a demora na identificação de uma matéria que acaso exigisse o provimento legislativo excepcional, que é a medida provisória, não ilide, mas, ao contrário, pode reforçar hoje a urgência de sua edição.



A alegação de ofensa ao princípio da moralidade, quero deixar claro também que não acolho no caso. Confesso meu temor do uso, sem muita discricção, desse princípio constitucional, porque, por meio dele, podemos estabelecer o governo dos juizes, que não é, por ser de juizes, menos arbitrário que outros governos arbitrários. Já se questionou, aqui - salvo engano, o em. Ministro **Moreira Alves** - se esse princípio da moralidade, previsto no art. 37, seria oponível a atos de natureza legislativa. O argumento dogmático não me impressiona porque, se não for com base no art. 37, esse princípio da moralidade, afinal de contas, estaria compreendido na cláusula do "due process of law" substantivo, de forma que, em tese, poderia ser examinado.

No caso, porém, também me parece que, em si mesma, a elevação de um agente público à condição de Ministro de Estado e o conseqüente foro por prerrogativa de função não ofendem o princípio da moralidade porque - acentuou o Ministro Cezar Peluso -, em si mesma, a prerrogativa de foro não é um desvalor ético ou jurídico.

Conceder esse privilégio ao Presidente do Banco Central não ultrapassa as raias da razoabilidade, conforme a Constituição positiva. E só com base nela é que se pode identificar



a eventual ofensa ao princípio. Basta notar que, além de alcançar os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal e o Procurador-Geral da República, como é da tradição republicana, o atual art. 102, I, "b", da Constituição contempla com mesma prerrogativa de foro os Comandantes das Forças Armadas, o Advogado-Geral da União - antes que fosse sagrado Ministro de Estado - e os chefes de missão diplomática permanente.

Falou-se muito em casuísmo e se reafirmou que a medida provisória veio amparar certas contingências não funcionais em que se encontra o atual Presidente do Banco Central, às voltas com investigações do Ministério Público.

O Ministro **Gilmar Mendes**, com a erudição de sempre, dissertou sobre a tópica jurídica também na edição de atos legislativos. Sem citar Bismarck, mas o nosso saudoso Hannemann Guimarães, eu diria que, em todo o mundo, e particularmente no Brasil, toda lei tem sua história íntima; essa, por si só, não a condena às chamas da inconstitucionalidade: a Lei **Fleury** - famigerada por sua origem, que lhe deu o nome -, não deixou, por isso, de ser considerada um avanço liberal no processo penal brasileiro.



Por outro lado, também acompanho o eminente Relator, quando demonstrou que, pelo menos no **caput** do art. 2º - e refiro-me à Lei nº 11.036 -, não se trata de processo penal, nem de processo civil: trata-se de disposição da organização administrativa que, como toda criação de Ministério, por exemplo, tem reflexos processuais em face da prerrogativa de foro do Supremo Tribunal Federal.

Impressionou-me a questão da reserva de lei complementar, sobretudo a inteligência da exploração feita a propósito pelos eminentes Ministros **Marco Aurélio** e **Carlos Velloso** de uma certa contradição entre a exposição de motivos da medida provisória - que realça a importância excepcional das funções do Presidente do Banco Central sobre o sistema financeiro - e a afirmação de que o seu **status** nada tem a ver com o mesmo sistema financeiro, que a Constituição reservou ao trato da lei complementar. Mas não preciso aprofundar o trato da questão.

Estou com o Ministro Gilmar Mendes na possibilidade, em tese, de elevar a condição funcional de um dirigente de autarquia a Ministro de Estado. A supervisão ministerial do Banco Central pelo Ministro da Fazenda é questão infraconstitucional. E não está em causa se, do diploma questionado, acaso afirmada a sua



constitucionalidade, resultaria ou não alguma mudança na categoria do Banco Central na estrutura administrativa do País.

Nesse ponto, contudo, a meu ver, o "carro pega". Todo dirigente de qualquer outra autarquia, não obstante o excepcional relevo do Presidente do Banco Central, pode ser convertido em Ministro de Estado, menos, com todas as vênias, o mesmo Presidente do Banco Central: é que a Constituição distinguiu claramente o estatuto dos Ministros de Estado daquele dos dirigentes do Banco Central, entre eles, nominadamente, o seu Presidente.

Isso resulta, a meu ver, do cotejo dos incisos I e XXV com o inciso XIV do art. 84 da Constituição: nos primeiros se prevê que compete privativamente ao Presidente da República - no inciso I - nomear e exonerar os Ministros de Estado e - no inciso XXV - prover cargos públicos em geral. Mas o inciso XIV se dedicou especificamente a certo tipo de agentes públicos. Quais? O Presidente e os demais dirigentes do Banco Central, distinção que, a meu ver, se reforça com a cláusula posta pelo mesmo art. 84, XIV e já presente no art. 52, III, "d", da Constituição, que submete a nomeação do Presidente do Banco Central e dos demais diretores, ao contrário do silêncio a propósito de quaisquer outras autarquias, à prévia aprovação do Senado Federal.



Não me impressiona, com todas as vênias, o argumento do eminente Advogado-Geral da União, salvo engano acolhido pelo eminente Relator, de que, hoje, a norma de submissão do provimento de determinados cargos à aprovação do Senado Federal contenha uma cláusula final aberta, para permitir a inclusão entre eles dos "titulares de outros cargos que a lei determinar". Sim, por causa disso - repito - parece-me óbvio que se poderia, a exemplo do que aqui se aludiu com relação ao Ministro das Relações Exteriores, submeter este ou aquele Ministro de Estado a essa aprovação do Senado. Mas o Presidente do Banco Central não está sujeito a essa prévia aprovação do nome pelo Senado Federal porque seja ou possa vir a ser Ministro de Estado, mas sim porque, não sendo Ministro de Estado, é Presidente do Banco Central, cargo público, com relação ao qual expressamente, no art. 84, a Constituição condicionou o poder de provimento do Chefe do Poder Executivo ao **placet** do Senado Federal.

Felicito-me pela atenção do Ministro Celso de Mello sobre algo que vinha passando em brancas nuvens, mesmo na hipótese - a esta altura não mais uma hipótese - de declaração da constitucionalidade do conteúdo da medida provisória convertida em lei pelo Congresso.



Refiro-me ao parágrafo único do art. 2º da L. 11.036, que o aditamento feito pelo PFL, após a edição da lei de conversão, incluiu como objeto desta ação direta.

Aí, Senhor Presidente, a meu ver, foi-se além de todas as marcas.

Que a lei possa converter presidente de autarquia - seja a autarquia ou não da excepcional importância do Banco Central - em Ministro de Estado, por si só não significa legislar por medida provisória em matéria de processo.

Mas é, sim, legislar sobre processo conferir prerrogativa de foro - como se fez no parágrafo introduzido pelo Congresso no art. 2º da L. 11.036 - (o que, convertida a medida provisória em lei, segundo as premissas que estabeleci, já não mais seria relevante neste momento) a quem não é titular de nenhuma função pública, mas simplesmente, outrora, dela tenha sido titular.

Aqui, mais que a taxatividade da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, penso que o "due process of law" fica realmente magoado,



porque todo o discurso do em. Relator - que inclusive me honrou com citações - sobre o significado até republicano do foro por prerrogativa de função se esboroa quando se estende ela a cidadãos que um dia foram presidentes do Banco Central: aí, é, sim, privilégio inadmissível.

Senhor Presidente, é certo que isso tem na história luso-brasileira um precedente célebre, que **Camões** imortalizou: o "caso triste" de Inês de Castro, aquela "que depois de ser morta foi Rainha".

Certo, já redargüiu V. Exa. certa vez, que **Camões** não entendia nada de Direito. No entanto, mais que **Camões** e mais que todos nós foi **Jesus Cristo**, que, no verso de **Fernando Pessoa**, outro grande poeta que Portugal legou ao mundo, "não sabia nada de *finanças nem consta que tivesse biblioteca*".

Portanto, Senhor Presidente, julgo procedente a ação direta e, ainda que declarada a sua improcedência pela maioria do Tribunal, reafirmo a chapada inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da lei de conversão.

Julgo procedente, é claro, com relação ao Presidente do Banco Central e aos seus - próximos ou remotos-antecessores. Não,



quanto à referência ao Ministério do Desenvolvimento Social, mera atualização da antiga inclusão, entre os ministérios, do extinto Ministério da Assistência Social.

Acompanho, assim, o Ministro Carlos Britto, com realce, também, independentemente da sorte das outras partes, na inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da lei de conversão.

