AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: **MIN. GILMAR MENDES**
REQUERENTE(S)	: PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL
ADVOGADO(A/S)	: ADMAR GONZAGA NETO
REQUERIDO(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº 11.036/2004), que alterou disposições das Leis nº 10.683/03 e Lei nº 9.650/98, para equiparar o cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central ao cargo de Ministro de Estado. 2. Prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central. 3. Ofensa aos arts. 2º, 52, III, "d", 62, § 1º, I, "b", § 9º, 69 e 192, todos da Constituição Federal. 4. Natureza política da função de Presidente do Banco Central que autoriza a transferência de competência. 5. Sistemas republicanos comparados possuem regulamentação equivalente para preservar garantias de independência e imparcialidade. 6. Inexistência, no texto constitucional de 1988, de argumento normativo contrário à regulamentação infraconstitucional impugnada. 7. Não caracterização de modelo linear ou simétrico de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidente e ex-Presidentes de Banco Central. 8. Sistemas singulares criados com o objetivo de garantir independência para cargos importantes da República: Advogado-Geral da União; Comandantes das Forças Armadas; Chefes de Missões Diplomáticas. 9. Não-violação do princípio da separação de poderes, inclusive por causa da participação do Senado Federal na aprovação dos indicados ao cargo de Presidente e Diretores do Banco Central (art. 52, III, "d", da CF/88). 10. Prerrogativa de foro como reforço à independência das funções de poder na República adotada por razões de política constitucional. 11. Situação em que se justifica a diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público evidente. 12. Garantia da prerrogativa de foro que se coaduna com a sociedade hipercomplexa e pluralista, a qual não admite um código unitarizante dos vários sistemas sociais. 13. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata

STF - Seção de Composição de Acórdãos
95

de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar integralmente improcedente a ação.

Brasília, 05 de maio de 2005.

MINISTRO NELSON JOBIM - PRESIDENTE

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

STF 102.002

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: **MIN. GILMAR MENDES**
REQUERENTE(S)	: PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL
ADVOGADO(A/S)	: ADMAR GONZAGA NETO
REQUERIDO(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Registro, inicialmente, que o presente relatório é comum às ações diretas de inconstitucionalidade 3289 e 3290, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido da Frente Liberal e pelo Partido da Social Democracia Brasileira. Referidas ações impugnam a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004, que "Altera disposições das Leis nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998".

Os dispositivos impugnados possuem o seguinte teor:

> Art. 1º Os arts. 8º e 25 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 8º .....
>
> § 1º ..... III - pelos Ministros de Estado da Fazenda; do Planejamento, Orçamento e Gestão; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Assistência Social; do Trabalho e Emprego; do Meio Ambiente; das Relações Exteriores; **e Presidente do Banco Central do Brasil**;

.....
....." (NR)

"Art. 25.....
.....

Parágrafo único. São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência **e o Presidente do Banco Central do Brasil.**" (NR)

Art. 2º O cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado.

Art. 3º O art 5º da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 5º ..... VIII - execução e supervisão das atividades de segurança institucional do Banco Central do Brasil, relacionadas com a guarda e a movimentação de valores, especialmente no que se refere aos serviços do meio circulante, e a proteção de autoridades.

Parágrafo único. No exercício das atribuições de que trata o inciso VIII deste artigo, os servidores ficam autorizados a conduzir veículos e a portar armas de fogo, em todo o território

STF 102.002

nacional, observadas a necessária habilitação técnica e, no que couber, a disciplina estabelecida na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003." (NR)

Art. 4º O exercício das atividades referidas no art. 5º, inciso VIII, da Lei nº 9.650, de 1998, com a redação dada por esta Medida Provisória, não obsta a execução indireta das tarefas, mediante contrato, na forma da legislação específica de regência.

Art. 5º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação."

Na ação direta ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (ADI 3289) os argumentos são, em síntese, os seguintes:

1) Inconstitucionalidade do afastamento da subordinação do Banco Central à orientação, coordenação e supervisão do Ministério da Fazenda;

2) Ofensa ao art. 192 da Constituição, por ter a medida provisória invadido campo reservado à lei complementar;

3) Ofensa à vedação constante da alínea "b" do inciso I do § 1º do art. 62 da Constituição. Nas palavras do requerente, "se é vedada a edição de medida provisória sobre direito processual civil e penal, não há como julgar conforme a Lei Maior medida que tem o claro objetivo de alterar o regime de competência para processar e julgar o Presidente do Banco Central". Nesse ponto, diz o requerente, dever-se-ia adotar interpretação conforme à Constituição para afastar eventual conotação processual à Medida Provisória.

4) Ausência de relevância e urgência da medida provisória.

STF 102.002

Na inicial da ADI ajuizada pelo PSDB (ADI 3290) alega-se:

1) Ofensa ao art. 62 da Constituição, tendo em vista a ausência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição do ato impugnado;

2) Ofensa ao disposto no art. 52, III, "d", e do art. 84, I e XIV, todos da Constituição. Nesse ponto, impugna-se especialmente a equiparação entre o Presidente do Banco Central e os Ministros de Estado, contida no art. 2°. O requerente enfatiza potencial ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isto porque a Medida Provisória estaria permitindo a nomeação do Presidente do Banco Central sem a prévia aprovação do Senado, o que anularia a competência do Senado Federal, prevista no art. 52, III, "d", da Constituição. Aponta, ainda, o caráter esdrúxulo da situação gerada pela Medida Provisória, tendo em vista que o Presidente do Banco Central, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, passaria a possuir as mesmas prerrogativas constitucionais de seu superior hierárquico, o Ministro de Estado da Fazenda;

3) Ofensa ao art. 192 da Constituição pois, segundo o requerente, "por integrar o Sistema Financeiro Nacional, toda e qualquer modificação na estrutura, organização, funcionamento e atribuições do Banco Central do Brasil deve ser feita por meio de Lei Complementar, vedado, pela própria Constituição Federal, o manejo de Medida Provisória com tal finalidade".

Foi postulada a concessão de cautelar.

Em despacho de 18/08/2004, adotei o rito do art. 12, da Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Foram prestadas as informações presidenciais (fls. 37-47, da ADI n° 3.289; e fls. 86-97, da ADI n° 3.290), as quais sustentam que a Medida Provisória n° 207/2004 não padeceria de

STF 102.002

quaisquer dos vícios de inconstitucionalidade alegados pelo requerente.

Após, manifestou-se o Advogado-Geral da União, que sustenta a constitucionalidade das normas impugnadas e a improcedência da ação direta. (fls. 68-80, da ADI nº 3.289; e fls. 118-127, da ADI nº 3.290).

O parecer do Procurador-Geral da República assevera a inconstitucionalidade das normas impugnadas e a procedência da ação direta.

Posteriormente, o PFL procedeu ao aditamento da inicial, tendo em vista a conversão da Medida Provisória na Lei nº 11.036, de 2004 (fls. 113/114)[1].

Registro que a Lei de conversão inseriu parágrafo único no art. 2º da Medida Provisória, para determinar que "a competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública".

Por fim, o PFL veio aos autos para suscitar vício formal na tramitação da Medida Provisória, qual seja o desrespeito à regra do art. 69, § 9º, da Constituição, tendo em vista a ausência de discussão no âmbito da Comissão Mista. (fls. 121/125).

É o relatório.

NOTAS:

1 - Art. 1º Os arts. 8º e 25 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 8º.....
§ 1º.....
.....
III - pelos Ministros de Estado da Fazenda; do Planejamento, Orçamento e Gestão; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; do Trabalho e Emprego; do Meio Ambiente; das Relações Exteriores; e Presidente do Banco Central do Brasil;
....." (NR)
"Art. 25. .....
.....

STF 102.002

Parágrafo único. São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil." (NR)

Art. 2º O cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado.

Parágrafo único. A competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública.

Art. 3º O art. 5o da Lei no 9.650, de 27 de maio de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 5º .....

.....

VIII - execução e supervisão das atividades de segurança institucional do Banco Central do Brasil, relacionadas com a guarda e a movimentação de valores, especialmente no que se refere aos serviços do meio circulante, e a proteção de autoridades.

Parágrafo único. No exercício das atribuições de que trata o inciso VIII deste artigo, os servidores ficam autorizados a conduzir veículos e a portar armas de fogo, em todo o território nacional, observadas a necessária habilitação técnica e, no que couber, a disciplina estabelecida na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003." (NR)

Art. 4º O exercício das atividades referidas no art. 5o, inciso VIII, da Lei no 9.650, de 27 de maio de 1998, com a redação dada por esta Lei, não obsta a execução indireta das tarefas, mediante contrato, na forma da legislação específica de regência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Âmbito de conhecimento

Não conheço, desde logo, das ações no que toca aos arts. 3°, 4° e 5°, uma vez que, embora a ADI 3290 postule a declaração integral de inconstitucionalidade do ato impugnado, não há qualquer fundamentação em relação aos referidos dispositivos.

Preliminar sobre perda de objeto tendo em vista da conversão da MP em Lei

Analiso, preliminarmente, a alegada perda de objeto em razão da conversão da Medida Provisória na Lei 11.036, de 2004.

A continuidade normativa entre o ato legislativo provisório e a Lei de conversão é evidente. O texto da MP foi reproduzido na Lei de conversão, com uma breve alteração que comentarei a seguir. Mas, de plano, não vislumbro mudança substancial.

Aspecto a ser considerado refere-se ao parágrafo único do art. 2°, dispositivo introduzido na conversão da MP em Lei. Consta nesse preceito que "a competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública".

O PFL aditou a inicial para que a impugnação alcance essa inovação.

Não vejo qualquer obstáculo em conhecer da ação direta nesse ponto. A nova regra constitui mero desdobramento da norma do *caput* e com ela forma um complexo normativo único, não sendo aceitável, no caso, um conhecimento parcial. As incongruências do eventual conhecimento parcial, cabe dizer, são evidentes. Com a eventual declaração de inconstitucionalidade da regra do art. 1° e do *caput* do art. 2°, restaria vigente a regra do parágrafo único introduzido pela Lei de Conversão. O novo dispositivo, substancialmente, no que toca à prerrogativa de foro, contém norma idêntica à do *caput*, com uma mera distinção no que se refere aos seus destinatários, ex-dirigentes do Banco Central.

Enfim, penso que não se verifica alteração substancial entre a Medida Provisória e a correspondente Lei de conversão, razão pela qual considero que não há perda de objeto.

Relevância e urgência

Passo agora a apreciar as impugnações relacionadas ao requisito constitucional da relevância e da urgência.

Certamente há situações em que o Presidente da República tem a necessidade imediata de promover ajustes no plano institucional e, especialmente, na organização dos órgãos superiores da Administração Pública. Estão justamente na chamada administração superior as peças básicas para o exercício do poder conferido ao Presidente.

Tais ajustes, que atendem especialmente a critérios de índole política, por óbvio podem demandar a edição de medidas urgentes.

No caso, é difícil considerar ilegítimas as razões explicitadas na Exposição de Motivos correspondente à MP 207, no

S T F 102.002

sentido do papel absolutamente diferenciado do Presidente do Banco Central, tanto no plano interno quanto internacional.

Indaga-se, nos autos, porque semelhante medida não teria sido editada em outro momento, haja vista que o Presidente do Banco Central já teria a referida preeminência há muito tempo. Esse argumento é colocado na inicial da ADI 3289 e é incorporado no parecer do Ministério Público.

Fosse correta tal impugnação, em muitas ocasiões se poderia impugnar uma Medida Provisória indagando porque ela não teria sido editada no primeiro dia de Governo.

Esse não me parece um argumento consistente, pois desconsidera um aspecto básico, qual seja a dimensão política e historicamente condicionada da atuação do Poder Executivo.

A incompreensão desta dimensão política é que tem gerado, tanto na opinião pública quanto na jurisprudência e na doutrina, uma série de equívocos na avaliação dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias. Por vezes há manifestações que parecem partir do pressuposto de que certas medidas provisórias foram editadas em razão de uma atitude pessoal, isolada e voluntarista do Presidente da República. Essa perspectiva desconsidera os inúmeros fatores que condicionam a prática dos atos de governo e o exercício do poder político. Há limitações de toda ordem. Por vezes o fator é interno à Administração. Exemplo disso seria a ineficiência do Governo em identificar problemas e propor soluções. E também há condições que são externas à estrutura do Executivo, como, por exemplo, a composição parlamentar que dá sustentação ao Presidente em determinado momento. Há inúmeros outros fatores, e alguns desbordam as fronteiras nacionais. Não há, diante de tais condicionamentos, um "momento ideal" para a edição de atos de governo.

Não estou aqui, obviamente, estabelecendo uma justificativa para qualquer ato de governo, o que acabaria indevidamente por endossar as hipóteses de abuso do poder de legislar.

STF 102.002

O que pretendo enfatizar é essa dimensão política e histórica, ínsita ao próprio Direito Constitucional, que explica uma permanente mudança de cenário ao longo de um mandato presidencial. É nesse contexto dinâmico que são tomadas decisões pelo Presidente da República. As condições políticas existentes no primeiro dia de mandato não são as mesmas de hoje ou do dia em que foi editada a MP 207.

Lembro aqui, ademais, um registro de Canotilho, que evidencia um aspecto essencial na realização da Constituição. Não se pode ver, na concretização do Texto Constitucional, um espaço vazio ou, em outras palavras, a ausência de um *locus* para o que poderíamos denominar de "jogo do direito". Isso por evidente importaria em um nefasto estragulamento da política e da democracia. Penso, de modo diverso, que a partir do plano constitucional, há um amplo espaço para as mais diversas estratégias constitucionais. E como sabemos no âmbito do jogo da política e do direito, não obstante a existência daquilo que Canotilho designa como um "espaço de indeterminação que permite a inventividade", não há escolhas absolutamente livres. Registro, por oportuno, a lição de Canotilho:

> "Alguns autores assinalam às normas e princípios constitucionais um 'sentido de colocação', um 'sentido de estratégia', para vincar a idéia de que, para além das regras constitucionais, não há um espaço vazio, mas um *espaço de jogo* aberto à criatividade prática e estratégica dos jogadores. Para se compreender este 'jogo do direito' deveremos reter dois elementos essenciais do conceito de jogo:
>
> (1) – as *regras convencionais*, reguladoras e institucionalizadoras, que devem ser observadas pelos 'actores' ou 'jogadores' políticos (as 'regras do jogo');
>
> (2) – *espaço de indeterminação* que permite a inventividade, a criatividade das 'personae' que actuam na cena jurídico-política.

STF 102.002

> No plano constitucional, dir-se-ia que o *corpus* constitucional estabeleceria um conjunto de regras convencionais (=regras do jogo) sobre as quais podem assentar as mais diversas estratégias constitucionais." (Direito Constitucional, 5ª. ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 51).

Obviamente, nessa perspectiva de Canotilho, os "jogadores do direito" estão vinculados às referidas regras convencionais, ou regras do jogo, que aqui são as normas constitucionais. O que pretendo enfatizar é que não é promissora uma perspectiva que quer, de plano, inviabilizar sumariamente a própria ação política e o próprio jogo do direito.

Também não considero válidas as alegações no sentido de que haveria um casuísmo na edição da Medida Provisória 207. Nesse ponto, compartilho do pensamento de Garcia Amado, no sentido de que a atividade jurídica, enquanto realização do Direito histórico, remete-se ao pensamento tópico, e não ao pensamento sistemático. Isto porque a produção legislativa não está comprometida com uma perspectiva essencialista do Direito, ou seja, não se parte de uma pauta prévia de soluções jurídicas para os problemas do mundo. Ao contrário, o Direito, produto histórico que é, traduz-se mais como um conjunto de respostas contingentes às questões que se colocam para a sociedade em cada momento. Vale aqui o registro do pensamento de Garcia Amado, *verbis*:

> "A la tópica jurídica se podem ligar tres tipos diferenciables de desarrollo de la idea de Derecho, que han sido llevados a cabo por la doctrina.
>
> (...)
>
> El primer tipo de teorías parten de rechazar toda concepción esencialista del Derecho, conforme a la cual éste sea «imperativo puro» o «deber incondicionado» y la

ley simple «depósito de soluciones acabadas para casos meramente subsumibles». Como dice BÄUMLIN, el Derecho es un producto eminentemente histórico, sólo comprensible a partir de su propia realización. La actividad jurídica, en cuanto realización del Derecho histórico, remitiría a la tópica, no al pensamiento sistemático. El Derecho histórico es, para BÄUMLIN, el conjunto de respuestas contingentes, parciales y susceptibles de ser desarrolladas. Carece de sentido, en opinión de este autor, contraponer una regulación general y abstracta, por un lado, y las decisiones, por otro, pues el proceso de concreción es un elemento conformador de importancia fundamental en el Derecho. Este se ha de comprender a partir de su nota esencial de «estar orientado a constante realización». Esta realización del Derecho *(Rechtsverwirklichung)* no puede significar ejecución de la ley *(Gesetzesvollziehung)*, sino un nunca acabado tratamiento y una constante conformación del Derecho histórico en todos los niveles de la actividad jurídica." (Juan Antonio Garcia Amado, *Teorias de La Topica Juridica*, Madri, Editorial Civitas, Primeira edição, pp. 264/265)

Conforme registra Garcia Amado, também é reconhecida na doutrina clássica de Viehweg a natureza tópica da lei (cit., p. 255 e ss.) .

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, pelo Presidente da República, 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 ajuizadas na primeira instância do Poder Judiciário.

Tal justificativa não traria, em si, um indício de abuso no poder de legislar.

Ora, estamos falando do Presidente do Banco Central! Todos sabemos o papel e a importância dessa autoridade na vida nacional. Todos sabemos que a escolha ou a destituição de um Presidente do Banco Central possui, via de regra, uma repercussão maior que uma mudança na chefia de vários ministérios. Obviamente estou aqui apenas a tratar de um aspecto que demonstra a relevância e urgência da MP. A observância dos outros requisitos constitucionais eu terei oportunidade para analisar.

Mas nesse ponto – restringindo-me a uma análise que, penso, é necessária nessa aferição quanto à relevância e urgência – não posso me furtar a umas breves considerações acerca do significado da prerrogativa de foro em nosso sistema constitucional. Cuida-se de uma garantia voltada não para os titulares de cargos relevantes, mas para as próprias instituições.

Lembro, aqui, da lição de Hely Lopes, no sentido de que tais prerrogativas têm por escopo garantir o livre exercício da função política. Percebeu o ilustre administrativista, sobretudo, a peculiaridade da situação dos que governam e decidem, em comparação àqueles que apenas administram e executam encargos técnicos e profissionais. Nas palavras de Hely:

> *"Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior*

STF 102.002

resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados" (Direito administrativo, cit., p. 77).

Não é outro o *ethos* da prerrogativa de foro entre nós, conforme se extrai da lição de Victor Nunes:

> *"A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída* ***não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade****. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral, garantia contra e a favor do acusado".* (g.n.)

No mesmo sentido, forte na lição de Frederico Marques, é o entendimento do eminente Márcio Bonilha, Desembargador aposentado do

STF 102.002

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em artigo de 2002, *verbis*:

> *"No mundo jurídico, a precisão conceitual constitui exigência essencial indeclinável, para evitar distorções e equívocos na interpretação e valoração de fatos e normas. Esse requisito hermenêutico é lembrado a propósito da controvérsia instaurada sobre a jurisdição competente, em relação ao julgamento de infrações relativas à improbidade administrativa, no tocante a certos agentes públicos.*
>
> *Desde logo se assinala que prerrogativa de foro não se confunde com foro privilegiado, pois a prerrogativa de função é distinta de privilégio de pessoa. A imprecisão terminológica pode gerar na opinião pública uma falsa idéia de favorecimento pessoal, no tratamento da matéria, em relação a certas autoridades, na aferição da responsabilidade funcional, pondo em dúvida a igualdade na distribuição da justiça.*
>
> *Compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o presidente da República e os demais integrantes dos órgãos de cúpula dos Poderes e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, outras altas autoridades nacionais.*
>
> *A instituição da prerrogativa de foro, relativamente a esses agentes, não traduz favorecimento pessoal, pois contempla as exigências de garantia constitucional pertinentes aos respectivos cargos e funções, pela relevância que representam nos Poderes correspondentes e nos*

STF 102.002

escalões hierárquicos, cuja dignidade funcional cumpre resguardar.

Assim é, no interesse nacional, pouco importando as inferências no plano político e o subjetivismo de opiniões contrárias.

Bem por isso, a discussão sobre o tema deve ser travada à luz objetiva dos princípios e normas constitucionais, sem especulações ideológicas, muito menos as infundadas suspeitas de solução personalista.

O foro especial, que decorre da prerrogativa da função, é instituído para melhor permitir o livre desempenho de certas atividades públicas. É garantia da função, que não pode ficar à mercê de paixões locais. Não é honraria pessoal nem representa privilégio. É proteção que nasce com o exercício do cargo ou função, pelo reconhecimento da elevada hierarquia funcional e dos poderes que emanam de seu exercício, visando à segurança e à isenção na distribuição da justiça. Resguarda-se dessa forma o prestígio das instituições.

No Direito brasileiro, vigoram os princípios do juiz natural e da igualdade de todos perante a lei, sendo proibido o juízo ou tribunal de exceção, mas são legítimos os foros por prerrogativa de função.

Segundo Frederico Marques, 'é errôneo o entendimento' de que 'os casos de competência originária dos tribunais superiores para o processo e julgamento de determinadas pessoas constituem exceções de direito estrito, porque a competência ratione personae dos tribunais superiores' não constitui 'foro privilegiado', nem se regula pelos preceitos pertinentes aos juízos especiais. Não mais existe o foro privilegiado, como o disse o desembargador Márcio Munhoz, e sim competência

STF 102.002

destinada a melhor amparar o exercício de certas funções públicas. Não se trata de privilégio de foro, porque a competência, no caso, não se estabelece por amor dos indivíduos, e sim em razão do caráter, cargo ou funções que eles exercem'.

Quanto à competência relativa às infrações penais comuns e aos crimes de responsabilidade, a regra constitucional não comporta tergiversação, mas, no que se refere às infrações descritas na Lei 8.429/92, ante o silêncio normativo, pela mesma razão de direito e pela mesma motivação lógico-racional, vige o mesmo critério, para permitir tratamento uniforme da matéria de competência ratione personae, de peculiaridade especial.

Há que se concluir que, 'se a competência originária dos tribunais superiores é antes garantia que privilégio, nada impede que as lacunas ou omissões sobre o assunto sejam cobertas pela analogia ou pelos princípios gerais de direito' (JFM).

Daí aplicar-se aos infratores da lei de improbidade o regime da prerrogativa de foro." (*Prerrogativa de foro*, O Estado de São Paulo, 10 de dezembro de 2002)

Não me parece difícil justificar a relevância e urgência de uma medida provisória que resulta na garantia de prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central quando a mesma prerrogativa é conferida para qualquer Ministro de Estado.

E sabemos que há ministérios com um papel político que, a despeito de sua importância, não se equiparam ao Banco Central.

Talvez por isso a nossa história registre tantos episódios de perseguição política ao Presidente do Banco Central e até aos

STF 102.002

diretores daquela instituição, por meio de ações judiciais ajuizadas em primeira instância[1].

E por vezes a motivação para tais perseguições chega a ter uma conotação pessoal.

Isso é o que parece ter ocorrido em um conhecido episódio em que o Ministério Público Federal ajuizou ações contra o Presidente do BACEN, tendo em vista perdas que certos Procuradores teriam sofrido em aplicações em fundos de investimento.

Tais abusos, que, como visto, chegaram a uma utilização espúria da própria instituição do Ministério Público, por certo não são admissíveis.

É o que aparentemente se viu nas ações movidas pela Procuradora Walquíria Quixadá contra o Presidente do Banco Central e instituições a propósito dos reajustes dos fundos de investimento. Segundo notícias da imprensa, a aludida Procuradora teria usado os procedimentos investigatórios e a as próprias ações de improbidade como ação de cobrança de caráter particular. É elucidativa leitura de e-mail que a nobre Procuradora, que ostentava também a destacada posição de Vice-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, passou a seus colegas, conforme publicado no Consultor Jurídico de 4 de novembro de 2002:

> *"Comunicando-lhes a instauração da ICP para apuração de responsabilidade dos gerentes de fundos de investimentos pelos prejuízos causados aos investidores de fundos de investimento DI, convido os Colegas Procuradores para realizarmos reunião amanhã. Ás 16 hs, em meu gabinete, sala 601 (fone 317-4677 e 4676), eventualmente lesado nessas aplicações, pelo Banespa e Brasil, para formarmos um grupo definindo estratégias para recuperação desse prejuízo indevido sem a necessidade de ajuizamento de ação. Já estão confirmados para a reunião os Colegas Aurélio, Maria Soares e Andréa Lyrio"*

Segundo a mesma publicação "em resposta ao chamamento, os procuradores Rodrigo Janot Monteiro de Barros e Aldenor Moreira de Sousa responderam prontamente. Barros disse que viajaria, mas manifestou 'todo interesse no assunto' e era voluntário para qualquer trabalho sobre a questão. 'Também perdi uma graninha nesta estória', explicou-se. Aldenor de Souza, o procurador que mandou prender o Secretário da Receita Federal, foi direto: 'Conte comigo'".

É algo de peculiar, como se pode ver!

Um Presidente do Banco Central passa a responder a quatro ações de improbidade, pela simples razão de ter supostamente afetado, com alguma decisão administrativa de sua competência, a rica poupança da Dra. Walquíria e seus ilustres colegas[2].

E é justamente por isso que está consagrada, em nosso sistema constitucional, a instituição da prerrogativa de foro. Além de evitar o que poderia ser definido como um tática de guerrilha - nada republicana, diga-se - perante os vários juízos de primeiro grau, a prerrogativa de foro serve para que os chefes das principais instituições públicas sejam julgados perante um órgão colegiado dotado de maior independência e de inequívoca seriedade.

Não tenho dúvida, portanto, que aquelas razões que justificam o instituto da prerrogativa de foro para os Ministros de Estado em geral parecem-me, em princípio, também compatíveis e aplicáveis ao Presidente do Banco Central.

Lembro, ainda, que no âmbito de outros sistemas, a garantia de foro específico para o Presidente das instituições similares ao Banco Central não é algo esdrúxulo, muito ao contrário.

Conforme já foi lembrado quando da tramitação do projeto de conversão, a necessidade de um sistema legal de proteção às autoridades que possuem o dever de fiscalizar o sistema bancário encontra previsão no direito internacional. Tal como registra, em memorial, a Procuradoria do Banco Central, isto está previsto nos chamados "Princípios Essenciais da Basiléia" ou "Princípios

STF 102.002

Essenciais para uma Supervisão Bancária Eficaz". Trata-se de documento elaborado pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basiléia, comitê composto por representantes da Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. Os Princípios Essenciais da Basiléia constituem a base normativa do Banco de Compensações Internacionais.

No Prefácio que acompanha os referidos Princípios após afirmar-se textualmente que "a fragilidade do sistema bancário de um país, seja ele desenvolvido, seja em desenvolvimento, pode ameaçar a estabilidade financeira tanto internamente quanto internacionalmente", o Comitê passa a discorrer sobre a necessidade de fortalecer a solidez dos sistemas financeiros. Em seguida são enunciados os princípios. Consta do texto do primeiro princípio a seguinte recomendação:

> "Princípio 1: Um sistema eficaz de supervisão bancária terá claramente definidas as responsabilidades e os objetivos de cada agência envolvida na supervisão de organizações bancárias. Cada uma dessas agências deve ter independência operacional e recursos adequados. Um ordenamento legal apropriado à supervisão bancária também é necessário, incluindo dispositivos relacionados com as autorizações às organizações bancárias e sua supervisão contínua; poderes voltados para a verificação de conformidade legal, bem como para interesses de segurança e solidez; e proteção legal para os supervisores.
>
> Esse princípio requer os seguintes componentes sejam implantados: '
>
> *(omissis)*
>
> - proteção (normalmente definida em lei) contra imputabilidade pessoal e institucional nas ações de

STF 102.002

supervisão realizadas de boa fé, no cumprimento das responsabilidades inerentes à função.

(*omissis*)".

O Brasil, cabe lembrar, é membro associado ao Convênio Constitutivo do Banco de Compensações Internacionais (Decreto-Legislativo nº 15, de 19 de março de 1997; Decreto nº 3.941, de 27 de setembro de 2001). Em conseqüência, é evidente que há um compromisso internacional do Brasil em relação aos princípios fundamentais que regem o Banco de Compensações Internacionais. Outro aspecto que pode se inferir dos Princípios da Basiléia é que a chamada prerrogativa de foro pode ser considerada, em verdade, como um *minus* em relação ao regime de proteção recomendado por aquele ato internacional, que fala em regime de não imputabilidade pessoal e institucional.

Também foi lembrado nos debates parlamentares que diversos países adotam um regime de maior proteção legal às autoridades responsáveis pela condução da política monetária. Como exemplo, são citados países como Chile, Nova Zelândia, Alemanha, Canadá, Índia e Cingapura. Em alguns desses países chega-se a proibir o ajuizamento de ações contra os dirigentes dos respectivos bancos centrais, em decorrência dos atos praticados de boa-fé e no exercício de atribuições típicas do cargo, na linha dos referidos Princípios Essenciais da Basiléia. Na Alemanha, a diretoria do banco central goza de *status* de suprema autoridade federal ("Oberste Bundesbehörde"), o que implica posição hierárquica equivalente à do Presidente da Federação alemã, a do Gabinete do Primeiro-Ministro, e a dos Ministros. No Chile, o julgamento dos atos funcionais de integrantes do banco central cabe à Corte de Apelações de Santiago.

Tais exemplos evidenciam que a inovação trazida pelo ato impugnado também não constituiria uma idiossincrasia brasileira.

Estou aqui, repito, fazendo uma análise no que toca à relevância e urgência.

STF 102.002

Considerei necessário fazer tais considerações para evidenciar que não é difícil encontrar razões para a edição do ato impugnado. Isso por certo não elimina a necessidade de análise das outras impugnações de ordem constitucional. Os outros argumentos em desfavor da prerrogativa de foro do Presidente do BACEN, nos termos da MP 207, serão considerados a seguir.

Assim, concluo esta parte do meu voto no sentido de afastar a alegação de ausência de relevância e urgência.

Ofensa ao art. 62, § 9°

Outra impugnação de caráter formal refere-se à suposta violação ao art. 62, § 9°, da Constituição. Tal preceito dispõe que "caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional".

Conforme já tive oportunidade de assinalar – e a impugnação formulada pelo PFL cita expressamente manifestação de minha autoria –, a disciplina trazida pela Emenda Constitucional 32, de 2001, embora tenha sido eficaz na fixação de prazo determinado para a apreciação da medida provisória, não foi capaz de eliminar potencial impasse decisório no que diz respeito à discussão da medida provisória no âmbito da comissão mista.

Todavia, considerando que ainda estamos em uma fase de consolidação do novo modelo trazido pela Emenda 32 para as medidas provisórias, não vejo como adotar interpretação com os rigores pretendidos pelo requerente na ADI 3289.

No caso, resta evidenciado que por duas vezes foi convocada a reunião para instalação da Comissão, não se chegando, todavia, ao quorum necessário.

Essa falha procedimental, considerado o atual estágio de implementação da Emenda 32, assim como as circunstâncias do caso, em

S T F 102.002

que resta demonstrada a tentativa, por duas vezes, de instalação da comissão mista, no meu entendimento, ainda não permite a formulação de um juízo de inconstitucionalidade por ofensa ao referido § 9°.

Ofensa à vedação constante da alínea "b" do inciso I do § 1° do art. 62 da Constituição

Ainda no campo dos pressupostos específicos para a edição de medida provisória, cabe analisar a alegada violação à alínea "b" do inciso I do § 1° do art. 62 da Constituição. Alega-se que a Medida Provisória cuida de matéria processual civil. O Procurador-Geral da República diz que a MP trataria de matéria processual penal.

Esse argumento, com a devida vênia, não impressiona.

A norma impugnada incide, de modo imediato, sobre a organização administrativa. O reflexo no campo processual é apenas ancilar.

Fosse correto o argumento, jamais uma Medida Provisória poderia dispor sobre a alteração do quadro de Ministérios, pois isto estaria sempre a implicar mudança no rol das autoridades a que a Constituição confere foro diferenciado. Esse, aliás, – refiro-me aqui às normas constitucionais relativas à prerrogativa de foro – é um campo que não poderia ser tratado estritamente como processual civil ou processual penal. São temas constitucionais e administrativos, a despeito de seu influxo na conformação de nosso sistema processual civil e penal.

Rejeito, portanto, a alegação no sentido de que a MP 207 teria tratado de matéria processual civil ou penal.

Após a análise das impugnações relativas aos requisitos específicos para a edição de medida provisória, passo à análise das demais alegações.

STF 102.002

Afastamento da subordinação do Banco Central à orientação, coordenação e supervisão do Ministério da Fazenda

Um dos questionamentos refere-se a um suposto afastamento da subordinação do Banco Central ao Ministério da Fazenda.

O argumento constitucional é frágil. Está dito na inicial da ADI 3289, formulada pelo PFL, *verbis*:

> "Infere-se do regime constitucional que cada Ministro fica responsável por uma área de atuação da administração, não guardando compatibilidade lógica com os termos da Lei Maior qualquer interpretação que submeta o mesmo setor à supervisão cumulada de dois Ministros de Estado diferentes. Ainda menos coerente seria admitir que um desses Ministros restaria sujeito à coordenação de outro Ministro, de modo que as orientações de um, no seu âmbito próprio de competência, possa ser licitamente contrariado por outro".

A partir do art. 87, I, da Constituição, também afirma-se o seguinte na ADI 3289: "Se aos Ministros de Estado é ínsito exercer tais atribuições em relação aos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência, descabe falar de supervisor de supervisor".

Não vejo correção em tal argumento.

O requerente pressupõe uma competência constitucional do Ministério da Fazenda que simplesmente não existe.

A MP 207 não elimina ou altera a relação entre o Banco Central e o Ministério da Fazenda. E também não altera a competência desses órgãos. A autoridade conferida pelo nosso sistema jurídico tanto ao Presidente do BACEN quanto ao Ministro da Fazenda

STF 102.002

corresponde a comandos constitucionais e legais que conformam a competência desses órgãos.

No caso do Banco Central, a competência decorre especialmente da previsão contida no art. 164 da Constituição. Já no caso do Ministério da Fazenda a competência está fixada no plano infraconstitucional. Ainda que houvesse superposição de competências no caso, o fato é que isto não seria algo incomum ou esdrúxulo em relação ao que normalmente ocorre no âmbito dos órgãos superiores da Administração Pública. Isso se verifica entre os próprios Ministérios, especialmente naqueles que atuam na chamada área econômica. Certamente há pontos de grande contato entre Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento, por exemplo. E por isso há as instituições de coordenação, como a Casa Civil da Presidência da República, e os mecanismos legais de solução de controvérsias dentro do Poder Executivo. E as eventuais desinteligências na divisão de tarefas entre tais autoridades certamente são resolvidas pelas vias próprias, especialmente pelas regras de interpretação da legislação infraconstitucional. Não é um tema constitucional.

Por fim, nota-se que a alteração trazida pela MP dirige-se especificamente à natureza do cargo de Presidente do Banco Central. É usual em nossa história recente que outras autoridades titularizem cargo Ministro, ainda que não estejam na chefia de uma estrutura ministerial típica. Exemplo disso são alguns Ministros Extraordinários, alguns Secretários vinculados diretamente ao Presidente da República, e o próprio Advogado-Geral da União.

Não vejo, portanto, sob a perspectiva constitucional, consistência em tal impugnação.

Ofensa ao disposto no art. 52, III, "d", e do art. 84, I e XIV, todos da Constituição. Equiparação entre o Presidente do Banco Central e os Ministros de Estado. Potencial ofensa ao princípio da separação dos poderes

STF 102.002

Outra alegação trazida nestas Ações Diretas refere-se à potencial violação aos arts. 52, III, "d", e ao art. 84, I e XIV, todos da Constituição. Tais dispositivos cuidam, respectivamente, de competências privativas do Senado e do Presidente da República. Suscita-se que o ato impugnado seria ofensivo ao princípio da separação de poderes. Isto porque a Medida Provisória estaria permitindo a nomeação do Presidente do Banco Central sem a prévia aprovação do Senado, o que anularia a competência do Senado Federal, prevista no art. 52, III, "d", da Constituição.

Não vejo, nas normas trazidas pela Medida Provisória, a conseqüência pretendida pelos requerentes.

Quando a Constituição diz, no art. 84, inciso I, que compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado, obviamente está implícito que tal nomeação se dará na forma da Constituição e da lei. Não poderá, por exemplo, o Presidente nomear um menor de 21 anos para chefiar um Ministério. Também não poderá nomear alguém que esteja privado de seus direitos políticos (art. 87 da Constituição).

No caso da nomeação do Presidente do Banco Central, por evidente, haverá um procedimento constitucional específico, que terá como pressuposto a aprovação prévia pelo Senado, nos termos do art. 52, III, "d". Não vejo, portanto, como interpretar a norma impugnada como autorizadora do afastamento da exigência constitucional de prévia aprovação pelo Senado.

Lembro que também o Advogado-Geral da União, que é Ministro de Estado, está sujeito a requisitos específicos para nomeação, qual seja a idade mínima de 35 anos, além do notório saber jurídico e reputação ilibada. A definição expressa do cargo de Advogado-Geral da União como Ministro de Estado, que ocorreu por meio de medida provisória, obviamente não eliminou aquelas exigências específicas (35 anos, notório saber e reputação ilibada), que obviamente não se aplicam aos demais ministros.[3]

Não procedem, ademais, as alegações que buscam caracterizar a existência de uma incongruência decorrente da norma

STF 102.002

impugnada em face da ordem constitucional. Em verdade, o modelo constitucional contém algumas situações que demonstram um tratamento bastante casuístico no que toca aos cargos mais elevados da República.

O primeiro exemplo é justamente o do Advogado-Geral da União, que é Ministro por determinação legal. No plano constitucional, o Advogado-Geral, nomeado e diretamente subordinado ao Presidente, possui, conforme já assinalei, requisitos para a nomeação que são mais rigorosos em relação aos demais ministros. Exige-se idade mínima de 35 anos, reputação ilibada e notório conhecimento jurídico. No que toca à prerrogativa de foro, também há um tratamento constitucional diferenciado. O Advogado-Geral, em relação ao crime de responsabilidade, é sempre julgado perante o Senado (CF, art. 52, I), tal como o Presidente da República, o Procurador-Geral da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Já os Ministros de Estado, no que toca aos crimes de responsabilidade, com ressalva de atos conexos a atos do Presidente, em regra são julgados perante o STF (CF, art. 102, I, "c").

Outro exemplo interessante é o dos Comandantes Militares. Não obstante os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica estarem subordinados ao Ministério da Defesa, tais autoridades remanescem com foro especial perante esta Corte. Note-se que tais autoridades sequer possuem *status* de Ministro.

Por fim, estão abrangidos pela mesma disposição que confere prerrogativa de foro aos Comandantes Militares os chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 102, I, "c"). Também aqui temos um tratamento idêntico entre autoridades de diferente hierarquia, tendo em vista que os chefes de missão diplomática estão subordinados ao Ministro das Relações Exteriores.

Ou seja, ainda que estivesse o Presidente do Banco Central subordinado ao Ministro da Fazenda, o que obviamente não ocorre no caso, não poderíamos extrair da Constituição um argumento normativo no sentido de que é incongruente conferir a autoridades de

STF 102.002

hierarquia distinta um mesmo foro judicial, pois é a própria Constituição que faz isso.

Lembro, por fim, que o requisito adicional para nomeação para o cargo de Presidente do Banco Central, qual seja a aprovação pelo Senado, é objeto de uma reserva legal aberta. O rol previsto no art. 52, inciso III, da Constituição, que cuida da competência privativa do Senado, termina na alínea "f", que prevê a aprovação pelo Senado da escolha dos "titulares de outros cargos que a lei determinar". Ou seja, potencialmente qualquer cargo público, inclusive o de Ministro de Estado, pode vir a se submeter à regra da sabatina prévia perante o Senado. Não seria de se estranhar, por exemplo, que tal condição fosse estabelecida em relação ao Ministro das Relações Exteriores, uma vez que isto é previsto expressamente em relação aos chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 52, III, IV).

Com esses exemplos fica evidente que não se pode extrair da Constituição um modelo linear ou simétrico no que toca à distribuição da prerrogativa de foro. Há situações singulares e há tratamentos específicos. Não se pode deduzir da Constituição que haveria uma vedação a que um Presidente de autarquia tenha um tratamento semelhante ao de Ministro de Estado. E ainda que fosse vislumbrada uma relação de hierarquia entre um Presidente de autarquia e um Ministro de Estado, não se poderia dizer que a Constituição veda que tais autoridades tenham o mesmo foro.

Não estou, por evidente, admitindo que todo e qualquer presidente de autarquia possa ter tal tratamento. Há, certamente, um dever de consistência do legislador ao estabelecer um tratamento diferenciado. No caso do Presidente do Banco Central tais razões estão postas de um modo claro.

Cabe, ainda, uma breve consideração em relação à suposta ofensa à regra do art. 84, inciso I, da Carta. No que toca ao Presidente do Banco Central, remanesce intacta a competência presidencial para nomear ou exonerar a qualquer tempo. A condição relativa à aprovação pelo Senado constitui um requisito adicional

STF 102.002

que na verdade fortalece o sistema constitucional de distribuição de poderes e que, obviamente, não elimina a ampla competência do Chefe do Executivo.

Não vejo, portanto, inconstitucionalidade por ofensa às regras constitucionais definidoras da competência do Senado ou do Presidente da República.

Ofensa ao art. 192 da Constituição, por ter a medida provisória invadido campo reservado à lei complementar

Outra alegação é de que a MP 207 teria ofendido o art. 192 da Constituição, uma vez que teria invadido campo reservado à lei complementar.

Esse argumento, com a máxima vênia, é pueril.

O tema tratado pela MP não está abrangido pelo art. 192.

Como já assinalei, o ato impugnado dispõe sobre matéria relativa à organização administrativa. Tanto é assim que a jurisprudência desta Corte, conforme lembra a AGU, tem admitido a criação de cargos de Ministro de Estado por meio de medida provisória.

Cabe também lembrar esta Corte já se pronunciou no sentido de que as questões de pessoal relativas ao Banco Central não estão sujeitas à reserva de lei complementar (ADI 449, Rel. Min. Carlos Velloso).

Registro, ainda, que antes da edição da Medida Provisória 207, a definição do cargo de Presidente do Banco Central como de natureza especial já constava em lei ordinária. Isto vinha previsto no art. 13 da Lei n° 9.650, de 1998.

Parágrafo único do art. 2° (prerrogativa de foro a ex-Presidentes do Banco Central)

STF 102.002

Também não vislumbro qualquer norma constitucional contrária à concessão de prerrogativa de foro a ex-dirigentes do Banco Central. Ao contrário, o *ethos* da prerrogativa de foro oferece justificativa clara para tal disciplina.

Sobre esse aspecto, considero insuperáveis as considerações do Ministro Pertence no INQ 687:

> "(...)
>
> Não contesto que a prerrogativa de foro só se explica como proteção do exercício do cargo e não como privilégio do seu titular e, menos ainda, do seu ex-ocupante.
>
> Mas, **data venia**, é fugir ao senso das realidades evidentes negar que, para a tranqüilidade no exercício do cargo ou do mandato - se para essa tranqüilidade contribui, como pressupõe a Constituição, a prerrogativa de foro - ao seu titular mais importa tê-lo assegurado para o julgamento futuro dos seus atos funcionais do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o protegem.
>
> Assim é patente que ao titular do Poder Executivo, enquanto no exercício do mandato, antes que o foro especial, o que lhe dá imunidade contra processos temerários é a exigência de ser a acusação previamente admitida por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 86).
>
> Do mesmo modo, aos congressistas, a imunidade formal é que verdadeiramente os protege no curso da legislatura.
>
> Por conseguinte, mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro."

E acrescenta Pertence:

STF 102.002

> "Aí é preciso lembrar haver entre os detentores do foro por prerrogativa de função ocupantes de cargos dos quais são demissíveis **ad nutum**: é o caso, no plano federal, dos Ministros de Estados.
>
> Parece repugnante aos princípios, especialmente à garantia do juiz natural, que a competência originária do Supremo Tribunal para julgá-los seja precária e fique à mercê da vontade unilateral do Chefe do Poder Executivo, que a possa elidir a qualquer tempo, tanto para prejudicar quanto para favorecer o ministro processado.
>
> (...)
>
> E quando não interessar ao acusado o julgamento pelo tribunal que a Constituição a tanto reservou, mais precária será a competência desse, pois aí, para subtrair-se dela - cancelada a Súm. 394 -, bastaria a vontade exclusiva do próprio réu, já pela exoneração, já pela renúncia, já pela aposentadoria.
>
> Dispensa demonstração, porém, que, segundo os princípios, assim como ao acusado se dá a garantia de não ser subtraído do seu juiz natural, também é certo que a ele não é dado o poder de subtrair-se da sua competência por ato unilateral de vontade."

Os argumentos do Ministro Pertence são contundentes e evidenciam, no meu entendimento, a via correta para a concretização do instituto constitucional da prerrogativa de foro. Se um dos objetivos básicos da disciplina constitucional da prerrogativa de foro é o de conferir a tranqüilidade necessária ao exercício de determinados cargos públicos, não faz sentido algum admitir um cenário em que um atual Ministro de Estado tome decisões, em razão do exercício do cargo, que possam vir a ser contestadas no foro ordinário. Parece intuitivo, conforme bem expõe Pertence, que "mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar

STF 102.002

o dignitário dos medos do ostracismo futuro".

Ademais, sendo a prerrogativa de foro uma proteção ao cargo e não do seu titular, parece que esta proteção restaria afastada se se deixasse ao alvedrio do próprio titular do cargo a guarida ou não do cargo público ao sistema diferenciado dessa prerrogativa. Configurando o juiz natural uma garantia constitucional, essa arbitrariedade configuraria, no mínimo, uma fraude a Constituição.

Tais considerações afastam, ao meu ver, qualquer impugnação no sentido da exigência de disciplina constitucional expressa sobre o tema. O legislador ordinário, no caso em exame, tão-somente optou por uma disciplina que melhor concretiza a instituição da prerrogativa de fôro constitucionalmente prevista.

Considerações gerais acerca da prerrogativa de foro em nosso sistema

Por derradeiro, tenho como pertinente registrar algumas considerações sobre eventuais objeções no que toca à prerrogativa de foro a partir de um pretenso argumento republicano. Essa equivocada apropriação do princípio republicano não impressiona. Em verdade, nações de prática republicana - veja-se que o conceito hoje tem uma significativa transcendência - adotam o regime de prerrogativa por razões de política constitucional. Há pouco, o notável Professor Jorge Miranda registrou a necessidade de ampliação da prerrogativa de foro em Portugal, tendo em vista o uso dos processos judiciais para fins políticos.

Cuidando especificamente da questão no plano das Constituições estaduais, anotou Pertence na ADI 2553, *verbis*:

> "Além de explicitar, no **caput**, que aos Estados incumbe organizar sua Justiça, observados os princípios nela estabelecidos, a Constituição da República, no art. 125, § 1°, reservou expressamente às constituições estaduais definir a competência dos respectivos tribunais.

STF 102.002

Em princípio, esse poder compreende o de outorgar-lhes competências penais originárias por prerrogativa de função.

Certo, a própria Constituição Federal, nessa área, já impôs, implícita ou explicitamente, determinadas competências ao Tribunal de Justiça dos Estados (cf. arts. 29, X; 96, III, e 27, § 1º, c/c 53, IV).

Dessa inclusão compulsória de determinadas hipóteses na competência penal originária do Tribunal de Justiça não se tem extraído, porém, **a contrario sensu**, que outras não possam ser aditadas pela Constituição do Estado.

Por isso — na trilha do que incidentemente fora afirmado no HC 76.168, Pl., 18.11.98, **Néri da Silveira** (Informativo STF 132) — declaramos constitucional, no art. 104, XIII, **b**, da Constituição da Paraíba, o foro por prerrogativa de função atribuído aos Procuradores do Estado e aos Defensores Públicos, embora, mediante interpretação conforme, tenhamos reduzido o alcance do dispositivo à Justiça ordinária local, ainda aí, com exceção dos casos de competência do Tribunal do Júri (ADIn 469-PB, 5.4.01, **Marco Aurélio**, Informativo STF 223).

Quanto às categorias funcionais nele compreendidas, o precedente basta a elidir a plausibilidade da presente argüição, de modo a inviabilizar o deferimento da cautelar.

No preceito ora questionado — na linha da tendência de banalização do foro privilegiado, denunciado pelo requerente —, a elas acresceram a dos Procuradores da Assembléia Legislativa e a dos Delegados de Polícia.

A legitimidade da inclusão dos primeiros — os membros da Procuradoria da Assembléia Legislativa —,

STF 102.002

> não gera perplexidade, pois exercem funções de **advocacia de Estado**, perfeitamente assimiláveis às dos Procuradores do Estado.
> (...)"

Ao pedir vista, nos autos de outra Ação Direta (ADI 2587), em que se discutiu a constitucionalidade de norma do Estado de Goiás que conferia prerrogativa de foro a Procuradores do Estado e a Delegados de Polícia, deixei assente minha preocupação com a falta de um critério mais ou menos seguro. Anotei, então, *verbis*:

> "Sr. Presidente, compartilho, em parte, das preocupações já declaradas por Vossa Excelência e, agora, manifestadas pelo Ministro Cezar Peluso quanto à possibilidade dessa extensão, não pelos fundamentos externados no que diz respeito à eventual lesão ao princípio da isonomia, ou eventual ofensa ao princípio republicano. Sabemos que a República não deixa de existir por causa da prerrogativa de foro. Lembro até de uma passagem, extremamente feliz, do Ministro Sepúlveda Pertence, na discussão do Inquérito nº 656, ao dizer que aqui não se deve esquecer que pode haver arbítrio. E sabemos que existem arbítrios no contexto da instauração abusiva de inquéritos e na condução de processos. Por isso existe a prerrogativa de função. O Ministro, inclusive, dizia que o arbítrio judicial não é menos odioso do que os demais. Portanto, é preciso levar isso em conta.
>
> Fazer também uma ontologia, a partir da perspectiva da Constituição, é muito difícil, porque, de fato, há, aqui, um quadro quase que caótico em termos de opção. Se formos levar em conta as várias considerações possíveis – aí não compartilho da

STF 102.002

consideração de Vossa Excelência nem do Ministro Cezar Peluso -, uma das atividades arriscadas, hoje, no Brasil é a da advocacia pública.

Há algum tempo, uma eminente colega, Procuradora da República que atuou com grande vigor na defesa da União, dizia que sempre sofreu perseguição e ameaça na condição de Procuradora da República na defesa da União, não atuando como membro do Ministério Público. Isso é um dado curioso!

O que temos, hoje, de episódios na advocacia pública, inclusive de inquéritos policiais abertos contra advogados públicos que evitam os estelionatos pela via judicial - como bem conhecemos -, é um número expressivo. Já dizia isso quando Advogado-Geral da União e reitero agora: comparar a atividade do advogado público com a atividade do advogado privado, **data venia**, não tem cabimento. Quem acompanha, minimamente, essas questões, sabe-o muito bem. Não é por acaso que todo advogado público que atua com denodo na defesa sofre uma perseguição enorme, por causa da organização do estelionato pela via judicial. Realmente, os exemplos estão aí.

Só gostaria de deixar isso de forma muito clara, porque não se equipara. Agora, obviamente há o risco já colocado de deixar ao Constituinte estadual uma opção livre e que pode levar, de fato, à falta de um parâmetro. Se formos buscar uma racionalização a partir do texto constitucional, diria que temos aí enormes perplexidades, porque, certamente, há atividades de nenhum risco, de importância política relativíssima, que estão contempladas com a prerrogativa de foro; outras, não.

Mas gostaria de fazer uma análise mais cuidadosa e, por isso, peço vista dos autos."

STF 102.002

De fato, mesmo no texto da Constituição Federal pode-se encontrar essa falta de critérios seguros para a definição da prerrogativa de foro.

Penso que uma questão central, no caso em exame, é saber se estão presentes aqueles pressupostos que justificam a diferenciação de tratamento entre agentes públicos.

A justificativa para o foro diferenciado parte, em primeiro lugar, da perspectiva do interesse público.

Nessa linha, gostaria aqui de deixar registrada outra observação. Penso que a garantia constitucional da prerrogativa de foro passa a ser tanto mais importante se se considera que vivemos hoje numa sociedade extremamente complexa e pluralista, em que a possibilidade de contestação às escolhas públicas é amplíssima. Refiro-me ao problema da complexidade de que fala Canotilho em relação à Teoria da Constituição. Vivemos em uma sociedade organizada sob bases plurais assentadas em inevitáveis diferenciações funcionais (sistema político, econômico, científico) (Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Coimbra, 2000, p. 1303). "*Isto conduz* - diz Canotilho - *a crescentes graus de especialização, impessoalidade e abstração no conjunto do sistema*".

Por isso, ensina o mestre português, não se vislumbra a possibilidade de um código unitarizante dos vários sistemas sociais. Não é por acaso também que, em nome dessa *hipercomplexidade* social, se justifica a oposição a qualquer escolha pública e, sobretudo, as deliberações políticas democráticas. (Canotilho, cit., p. 1303).

Se esse é um dado da nossa sociedade democrática e pluralista, também não deixa de ser um fator de instabilidade. Também é certo que é o próprio sistema democrático que oferece as correções.

De fato, as decisões tecnocráticas ou políticas podem e devem ser contestadas. A sua juridicidade deve ser aferida. É a própria Constituição que cria os mecanismos para aferição da legitimidade dos atos do Poder Público.

STF 102.002

Mas é o próprio sistema que exige, em relação a certos agentes, um tratamento diferenciado, no que toca à impugnação judicial de atos praticados no exercício da função, tendo em vista uma perspectiva de estabilidade que interessa às próprias instituições públicas.

Conclusão

Em síntese, não vejo qualquer argumento constitucional consistente a justificar a declaração de inconstitucionalidade dos atos impugnados. A par de não estarem configuradas as alegadas violações constitucionais, penso que, considerada a singularidade do cargo de Presidente do Banco Central, há razões constitucionais que recomendam a disciplina ora impugnada.

Concluo, portanto, o meu voto, no sentido de julgar integralmente improcedentes as ações diretas.

NOTAS:

1 - Em memorial, a Procuradoria do Banco Central relata que há, atualmente, 40 ações propostas contra ex-Presidentes do Banco Central, sendo que, desse total, 11 são ações de improbidade, 3 ações civis públicas e 26 ações populares (esses dados, adverte a Procuradoria do BC, se iniciam com o ex-Presidente Paulo Lira, que exerceu o cargo no período de 15 de março de 1974 a 14 de março de 1979).

2 - As ações que tratam de supostos prejuízos causados nos fundos de investimento, e que trazem o Dr. Armínio Fraga como réu são: (1) AI c/c ACP 2002.34.00033093-0 - 3ª Vara da Justiça Federal na Seção Judiciária do DF; (2) AI c/c ACP 2002.34.00033092-7 - 9ª Vara da Justiça Federal na Seção Judiciária do DF; (3) AI c/c ACP 2002.34.00033094-4 - 1ª Vara da Justiça Federal na Seção Judiciária do DF; (4) AI c/c ACP 2002.34.00033095-8; 9ª Vara da Justiça Federal na Seção Judiciária do DF.

3 - Medida Provisória nº 2049-20, de 29.6.2000.

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL
VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, a medida provisória foi convertida em lei. Eventuais vícios demarcados em torno dos requisitos de urgência e relevância, ainda que não tenham existido, como acabou de demonstrar o Ministro Gilmar Mendes, estariam superados. Esses vícios teriam o condão exclusivamente de comprometer a medida provisória, não contaminando os efeitos prospectivos da lei de conversão. Vale dizer: a medida provisória teria existido como simples projeto de lei, sem produzir efeitos de nenhuma ordem. Convertida em lei, todos os efeitos da lei são produzidos.

De outro lado, a definição do Presidente do Banco Central como Ministro de Estado não consubstancia matéria atinente à ordenação do sistema financeiro nacional, diz respeito à organização administrativa do Estado. Podia ser operada por lei ordinária.

Essa definição --- que não corresponde a simples extensão, a ele, das prerrogativas do cargo, mas a sua caracterização como Ministro --- também não tem o condão de transformar a autarquia em ministério. E a circunstância de a nomeação do presidente da autarquia estar sujeita à prévia aprovação de sua indicação pelo Senado Federal também não afronta a Constituição. Isso ficou muito claro no voto do Ministro Gilmar Mendes.

Por fim --- e isso me parece muito importante --- diria que a prerrogativa de foro --- que não é privilégio, é prerrogativa --- dos Ministros de Estado decorre diretamente da Constituição.

Julgo improcedentes as ações diretas.

STF 102.002

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Senhor Presidente, no julgamento do Inq 2.044, sustentei que a fórmula de fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os ministros de Estado se explica, como acentuado por CARLOS MAXIMILIANO, não como reverência à autoridade, mas como proteção ao funcionamento da Administração.

Tradicionalmente as Constituições brasileiras não fixam a organização dos Ministérios, por razões práticas óbvias. Assim é que não encontro em nossa história constitucional elementos aptos a justificar que a prerrogativa de foro dos ministros de Estado se fundamente na natureza específica de suas atribuições constitucionais.

No regime presidencialista, como de resto no sistema parlamentar, a importância dos postos ministeriais varia em função do momento histórico. Temas que há trinta anos não se revestiam da dignidade administrativa necessária para sequer ser objeto de uma divisão em um Ministério hoje podem ser pastas ministeriais de primeira grandeza.

Para esse efeito, passa a ser determinante o juízo político efetuado pelo presidente ao apresentar projeto de lei que organiza a Presidência da República e conseqüentemente também os Ministérios.

Assim, à luz da Constituição atual, entendo inviável o tipo de interpretação que busca definir um pré-conceito constitucional, ou um conceito imanente do cargo de ministro de Estado. Penso que a mera discussão terminológica da denominação dos cargos de subordinação direta ao presidente da República é a que menos apresenta interesse para a definição da amplitude da prerrogativa de foro inscrita na Constituição, ainda que a resolva na maior parte dos casos, a exemplo do que se decidiu no Inq 1.660.

Fiz essas considerações em um caso referente a secretário de Estado. Com muito mais razão, eu aplicaria essas considerações ao cargo de presidente do Banco Central do Brasil, que, como muito bem salientado pelo ministro Gilmar Mendes, em seu voto, tem uma relevância institucional que ninguém há de negar.

Feitas essas considerações, examino alguns dos argumentos das presentes ações diretas.

Em primeiro lugar, anoto que o Banco Central não é tecnicamente subordinado ao Ministério da Fazenda. A relação entre os órgãos da Administração Direta e os da Administração

STF 102.002

Indireta não é de subordinação, mas de vinculação. Ou seja, trata-se de mera supervisão, de um controle finalístico, no qual o órgão supervisor controla, a certa distância e sem nenhum viés hierárquico, o cumprimento de certas metas. Por outro lado, a Constituição federal não estabelece que o Banco Central deva ser subordinado hierarquicamente ao Ministério da Fazenda, de sorte que não há nada de errado em a lei elevar o *status* do dirigente da autarquia ao de ministro de Estado. É evidente que cria certa incongruência no organograma administrativo federal, mas isso não se traduz em inconstitucionalidade.

Também não vislumbro ofensa ao art. 62, § 1°, I, *b*, da Constituição porque a lei impugnada, ao inserir o presidente do Banco Central no rol dos ministros de Estado, tratou de matéria administrativa, pertinente à organização do Poder Executivo federal, e não de processo civil ou de processo penal como se sustenta na ação direta.

Por outro lado, o fato de o presidente do Banco Central passar a ter *status* de ministro de Estado não significa que desaparecerá a competência do Senado para aprovação da sua indicação como manda a Constituição. Portanto, não vejo também aí nenhuma violação do princípio da separação de poderes nesse ponto.

Por fim, não vislumbro ofensa ao art. 192 da Constituição, especialmente porque a Emenda Constitucional

STF 102.002

40/2003 retirou a referência ao Banco Central anteriormente contida nesse dispositivo. Daí me parecer duvidoso o entendimento de que qualquer alteração na estrutura do Banco Central deva ser feita pela via da lei complementar.

Com essas considerações, julgo improcedente o pedido.

STF 102.002

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, também considero vencidas todas as questões preliminares, tendo em vista o excelente voto do Ministro Gilmar Mendes.

Quanto ao mérito, porém, persisto no entendimento de que a própria Constituição Federal estabeleceu um vínculo funcional direto entre Ministro e Ministério, de sorte a me animar a dizer que, para todos os fins e efeitos, inclusive para atrair a competência penal desta egrégia Corte, só é plenamente Ministro quem dirige um Ministério. E, lembro-me, da última vez que a matéria foi discutida, citei pelo menos três dispositivos que fazem esse enlace funcional entre Ministro e Ministério. Um deles foi o parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal:

> *"Art. 87.*
> Parágrafo único. *Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:*
> *(...)*
> *III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;".*

Em seguida, citei o art. 90, § 1º, cuja dicção é a seguinte:

> *"Art. 90.*
> *§ 1º O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho," - Conselho da República - "quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério." - Ministro e respectivo Ministério.*

Há uma outra passagem em que a Constituição também faz esse atrelamento funcional direto entre Ministério e Ministro. Não estou localizando, mas daqui a pouco deverei fazê-lo.

De outra parte, é a própria Constituição quem estabelece que Ministro de Estado exerce a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal. Ora, se o Banco Central permanece como entidade, ou seja, um ser administrativo dotado de personalidade jurídica própria, no caso sob a forma autárquica, é porque essa entidade está sob a coordenação, supervisão e orientação de um Ministro de Estado. E se Ministro o Presidente do Banco Central passa a ser, como poderá continuar a sê-lo sem que o Banco Central seja elevado à condição de Ministério? Como esse Ministro - agente ministro, mas o órgão que não é ministério - passa a se submeter à coordenação, supervisão e orientação de um Ministério? Em suma, numa linguagem bem coloquial, entendo que, na matéria, o "kit" tem de ser completo: Presidente do Banco Central elevado à condição de Ministro e o Banco Central elevado à condição de Ministério para a Constituição ser respeitada.

Lembro-me de que, ao falar sobre esse imbricamento, esse enlace funcional necessário entre Ministro e Ministério, também

STF 102.002

disse o seguinte: o que a Constituição uniu, a lei não pode separar. Como na liturgia católica do casamento: o que Deus uniu, o homem não separa.

Não vou reler o que escrevi à época, mas apenas me permito lembrar que, no Brasil, a Constituição prestigiou, sobremodo, os Ministros de Estado, a ponto de dizer que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República com o auxílio dos Ministros de Estado, diferentemente da própria Constituição norte-americana, segundo a qual o Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Fomos além. A Constituição da Argentina, por igual, diz: o Poder Executivo da Nação será desempenhado por um cidadão com o título de Presidente da Nação Argentina. A nossa Constituição, seguindo uma diretriz inaugurada pela Constituição de 1967, faz o Poder Executivo depender de co-exercício; ele é co-exercido pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado.

Entendo, portanto, **data maxima venia** do ponto de vista exarado formalmente pelo Ministro Gilmar Mendes, que é de ser julgada parcialmente procedente a ADI, para declarar a inconstitucionalidade das expressões "e Presidente do Banco Central", constantes do inciso III do § 1° do art. 8°, e do parágrafo único do art. 25, ambos da Lei n° 10.683/2003, alterada essa lei pelo art. 1° da Medida Provisória n° 207/2004. Também declaro a

STF 102.002

inconstitucionalidade do art. 2° da referida Medida Provisória, que transformou o cargo de Presidente do Banco Central.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Esse é o objeto da ação; então não é parcial provimento, é total. O objeto do pedido é esse.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É esse o total? A outra parte foi vencida. Perfeito.

Relembrando os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence - espero não estar modificando o ponto de vista de Suas Excelências -, não se proíbe a lei de fazer certas equiparações para determinados fins talvez remuneratórios, protocolares, administrativos. O que a lei não pode - no caso, a Medida Provisória - é considerar Ministro quem Ministro não é, e não o é porque não dirige um Ministério.

É como voto.

STF 102.002

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, vou desde logo pedir vênia ao eminente Ministro Carlos Britto e dizer que tenho pouco por acrescentar. O voto do eminente Ministro-Relator foi exauriente; nada fica por adiantar, senão observações absolutamente marginais sobre questões preliminares do próprio mérito, quanto à relevância e urgência da medida provisória.

Ficou clara a posição da Corte de conhecer argüições a respeito, apenas quando se caracterize abuso na edição de medida provisória. Mas onde estaria o abuso neste caso? Não se trata, evidentemente, da previsão da outorga de privilégio, que é sempre posição jurídico-subjetiva de vantagem, mas atribuída em razão da pessoa e na tutela de interesses seus.

O caso é de prerrogativa, outra categoria jurídico-subjetiva, em que a posição de vantagem está ligada a uma situação objetiva para tutela de interesses de terceiro, e, nisso, o eminente Relator justificou, a meu ver, à exaustão, a proeminência e a importância do cargo, do qual essa prerrogativa pode ser consectário jurídico perfeitamente conforme com os princípios.

A pergunta que me propus, nesses termos, era se tal previsão seria, de algum modo, incompatível com os valores ético-jurídicos que devem

governar a aplicação do princípio da moralidade administrativa. Estaria inclinado a responder afirmativamente, se a instituição constitucional da prerrogativa de foro, como objeto último da argüição, fosse alguma coisa condenável, um desvalor jurídico. Mas a prerrogativa de foro é valor constitucional. Como se pode imaginar, pois, que a outorga conseqüente de uma prerrogativa prevista na Constituição represente abuso, se não é atribuída por razões de caráter pessoal? Se o pudesse, essa seria a única situação em que enxergaria abuso, ou imoralidade administrativa, no sentido de que seria casuísmo, porque deixaria então de atender aos princípios para ceder a circunstâncias pessoais do caso concreto. Casuísmo é exatamente isso. Ora, parece fora de dúvida que tal prerrogativa não está sendo atribuída em razão da pessoa que transitoriamente ocupa o cargo. Portanto, não vejo nada de caráter pessoal que possa justificar a idéia de abuso.

O eminente Relator também já deixou muito claros os riscos de, quanto ao prestígio da relevante função e à própria segurança pessoal de quem a exerce, ficar submisso aos transtornos decorrentes de processos, não apenas de caráter penal, mas também de caráter civil, que podem multiplicar-se em razão das queixas. Diria que, neste caso do Banco Central, até nada mais justificável, porque, segundo tenho ouvido, todos os males atuais são imputados ao Presidente do Banco Central. Penso que a prerrogativa, do ponto de vista da necessidade de defesa contra esses riscos, pelo menos, na atual conjuntura, estaria perfeitamente justificada.

S T F 102.002

Tampouco vi algum indício de fraude ou de burla à Constituição, pois, ainda que se admita, para efeito de argumentação, porque me parece absolutamente irrelevante, existir razão política momentânea que a inspire, isso seria sem relevo, porque, se a lei o autoriza, se o Congresso Nacional o aprova e, em princípio, não se lhe vê nenhuma inconstitucionalidade, não há aí nenhuma fraude. Afinal, todos os Ministros são definidos como tais por lei, não é a Constituição que os define, de modo que, desse ponto de vista, não haveria impedimento constitucional capaz de caracterizar ou de desenhar uma fraude. Antes, o pressuposto é de que a incontroversa e indiscutível proeminência política e administrativa do cargo de Presidente do Banco Central justifica plenamente a possibilidade legal de atribuição dessa prerrogativa como conseqüência automática da transformação da natureza do cargo.

Por outro lado, o eminente Relator também já deu resposta, a meu ver, adequada, quanto à argüição de ofensa ao art. 52, III, "d", combinado com art. 84, XIV, porque não há norma que proíba a necessidade adicional de um Ministro ser aprovado pelo Senado. Trata-se, pura e simplesmente, de acréscimo que não desnatura o regime jurídico do cargo, mas tão-só lhe acresce, pela importância particular da função, esse requisito. Aliás, a letra "f" do próprio art. 52, III, prevê exatamente tal situação. Não vejo aí, tampouco, ofensa constitucional.

Quanto à objeção do art. 62, essa me pareceu a mais frágil de todas, e também já recebeu resposta exauriente do eminente Ministro-Relator.

Quanto ao art. 192, impressionou-me, à primeira vista, a fervorosa argumentação do eminente Procurador-Geral, quando aduziu que nada estaria mais próximo de uma alteração do sistema financeiro nacional do que mudar a natureza ou o regime jurídico do cargo do Presidente do Banco Central. Mas, quando a Constituição se refere ao sistema financeiro nacional, na minha interpretação está tomando a palavra *sistema* no sentido estruturalista, isto é, como um conjunto de elementos com relações tais, que a alteração de qualquer deles produz mutação significativa no próprio conjunto. Mas qual é a mudança no sistema financeiro nacional, quando se muda, apenas a natureza ou **status** legal do Presidente do Banco Central? Não se muda nada no sistema. O sistema financeiro nacional continua o mesmo. Simplesmente transporta-se o cargo de Presidente do Banco Central, de uma posição jurídica para outra, sem que isso repercuta na economia do sistema. Pode produzir alterações fora, mas isso também está fora do mundo jurídico. Ademais, essa alteração não diz respeito às inter-relações objetivas de uma estrutura capaz de ser vista como um sistema, mas concerne às relações jurídico-administrativas entre o ocupante do cargo e o Presidente da República. É nisso que se resume e exaure o caso.

Não vejo, pois, como possa ter havido afronta ao art. 192, até porque tal modificação não altera em nada a natureza administrativa nem o regime autárquico do Banco Central. Apenas submete a entidade à direção de Ministro, como, aliás, prevê taxativamente o art. 87, parágrafo único, I, da Constituição, que prevê, entre as atribuições de Ministro, as de supervisionar, dirigir e orientar várias entidades da Administração Pública. O argumento de que

STF 102.002

teria havido mudança do Banco Central, de autarquia para Ministério, não basta para deslocar a exata posição da questão do art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal.

Para resumir, acompanho integralmente o voto do eminente Ministro-Relator e, pedindo vênia ao eminente Ministro Carlos Britto, julgo totalmente improcedente a ação.

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, prometi citar três dispositivos em que a Constituição faz esse entrelace do Ministério com o seu Ministro: o último dos três é o § 1º do art. 50.

* * * * * * * * *

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também pouco tenho a acrescentar ao brilhantíssimo voto do eminente Ministro Gilmar Mendes.

Considero que o dispositivo atacado nesta ADI não altera, de forma alguma, nem a estrutura nem a natureza jurídica do Banco Central. Portanto não se coloca qualquer violação ao art. 192 da Constituição. Não há que falar, segundo entendo, em alteração na estrutura do sistema financeiro nacional.

Por outro lado, também percebo que as alterações introduzidas por esta medida provisória não dizem respeito à matéria processual propriamente. Elas tão-somente conferem um *status* novo ao Presidente do Banco Central. O mais é decorrência desse novo *status* que ele assume.

Com essas resumidíssimas razões, acompanho o voto do Relator.

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, acompanho o relator, mas o faço de forma parcial, tendo em conta o prejuízo do pedido - no que veio a ser transformada em lei a medida provisória - e, também, no tocante ao aditamento à inicial. No mais, peço vênia ao relator e àqueles que o seguiram para divergir.

Em primeiro lugar, creio que a contaminação, o vício da medida provisória irradia-se a ponto de apanhar a lei de conversão - como muito bem ressaltado por Celso Antonio Bandeira de Melo, no "Curso de Direito Administrativo". Tem-se uma complexidade de atos e, para que o último da cadeia implique realmente o aperfeiçoamento, indispensável é a valia dos anteriores.

Ora, se a medida provisória é editada à margem do ordenamento constitucional, pouco importa que o Congresso venha a placitá-la, convertendo-a em lei. A apreciação do vício fica sempre submetida, uma vez provocado, ao Supremo Tribunal Federal.

No caso, tivemos a edição de uma medida provisória que, a meu ver, não se fez ao mundo jurídico a partir dos predicados "relevância e urgência". Relevância e urgência que consubstanciam requisitos para que o presidente da República venha a atuar, muito embora de forma precária, efêmera - submetido o ato ao Congresso -, no campo normativo.

Concordo com o que sustentado da tribuna. Passaram-se muitos anos sem que se cogitasse, mesmo em época de certo abandono dos parâmetros constitucionais, conferir esse título - realmente considerável - ao presidente de uma autarquia, ao Presidente do Banco Central. Eis que, de uma hora para outra, teria surgido no cenário nacional quadro a ensejar a edição dessa medida provisória.

Vem-nos dos antigos filósofos materialistas gregos - de um fragmento de Leucipo - que nada surge sem uma causa, nada surge sem um objeto. O objeto, ao que tudo indica, foi a necessidade de se preservar, como enaltecido, o próprio sistema financeiro. O argumento serve para outras conclusões.

Surgiu a necessidade de se concentrar ações que estariam sendo movidas contra o Presidente do Banco Central no Supremo.

Sinto-me, Senhor Presidente, altamente lisonjeado com a confiança depositada na Corte. Mas na propositura dessas ações, que nascem a partir do exercício da própria cidadania, a partir da atribuição conferida pela Carta da República, por nossa Lei Fundamental, ao Ministério Público - sou entusiasta da atuação do Ministério Público -, não vejo causa suficiente para atuar-se de forma imediata, lançando-se um ato com força de lei, deixando-se de encaminhar projeto - que poderia, inclusive, merecer a tarja de urgente - para a deliberação das Casas Legislativas.

Mais do que isso, Senhor Presidente, acabou-se por legislar em campo processual, no campo do processo penal, porque escancarado o objetivo da mudança. Buscou-se o estabelecimento de competência, da competência do Supremo Tribunal Federal, e pouco importa que isso não esteja dito com todas as letras na medida provisória, hoje já convertida em lei. Não podemos ser ingênuos a ponto de olvidar o fim almejado mediante a disciplina.

Vejo que, com a medida provisória, com a normatização ocorrida, colocou-se em plano secundário a qualidade maior, a rigidez, a desaguar na supremacia, da Lei Fundamental. A competência do Supremo Tribunal Federal, quer no campo originário, quer no campo recursal, está definida em dispositivos *numerus clausus*, exaustivos, na própria Carta da República. Devo dizer ainda que a ficção jurídica é realmente um instituto admissível, mas ela tem limites ditados pela razoabilidade.

Senhor Presidente, argumentou-se que o objetivo seria evitar sobressaltos no campo financeiro, visando a uma estabilidade maior do próprio sistema financeiro. Esse argumento serve para respaldar a medida provisória, mas não para se dizer que, via medida provisória, via lei ordinária, disciplinou-se o sistema financeiro. Uma no cravo, outra na ferradura.

Surge, a meu ver, a incongruência. De duas, uma: ou se fez em risco, realmente, o sistema financeiro - e houve necessidade dessa verdadeira blindagem -, ou não.

A problemática, em si, da submissão do nome de um ministro de Estado ao Senado da República é, a meu ver, um argumento que peca considerado o contexto da Lei Fundamental. Se observarmos as referências contidas nas diversas alíneas do inciso III do artigo 52 da Carta, constataremos uma gradação pela importância do cargo. Tem-se, de início, que essa gradação termina, realmente, com uma referência genérica, abrindo-se margem a que o legislador ordinário preveja outros cargos cujos ocupantes devam ter o nome submetido ao Senado da República.

Indaga-se: essa referência, à luz de interpretação teleológica da Carta, de interpretação sistemática dos diversos dispositivos da Lei Fundamental, está a apanhar o cargo de ministro de Estado? De ministro de Estado diferente quanto à ocupação e às formalidades para a ocupação do cargo dos demais ministros de Estado? Dos ministros de Estado propriamente ditos, porque estes sim, como ressaltado pelo ministro Carlos Ayres Britto, estão referidos na Constituição Federal? A meu ver não, Senhor Presidente. A meu ver, fosse o alcance da Carta o de apanhar também os ministros de Estado, ela teria previsto expressamente essa submissão, o crivo do Senado Federal dos nomes indicados.

Há outro aspecto, contudo. Se formos ao artigo 84 da Constituição Federal, veremos que os auxiliares do presidente da República, os auxiliares diretos de Sua Excelência, os ministros de Estado, são por ele escolhidos, nomeados e exonerados. Não prevê o

inciso I do artigo 84 qualquer condicionante para ter-se a nomeação, ao contrário do que se fez em relação a outros cargos cujo preenchimento também cabe ao presidente da República.

Tem-se a questão alusiva aos ex-dirigentes. Lembro-me bem de um voto cobrador de fidelidade a princípios, pronunciado pelo ministro Sepúlveda Pertence no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Sua Excelência, por dever inerente à fidelidade intelectual, colocou em segundo plano o que sustentara, quando revisamos a jurisprudência da Corte quanto a *perpetuatio jurisdictionis*. Revelou, com todas as letras, em bom vernáculo, de forma precisa, proficiente, que, quando o Supremo Tribunal Federal cancelou o verbete que cogitava da continuidade de prerrogativa de foro, em que pese a extinção do mandato ou já haver o titular deixado o cargo, interpretara a Carta da República, e não poderia o legislador ordinário vir, posteriormente, mediante lei ordinária, suplantando-lhe a atividade precípua, que é a de guarda da Carta da República, a dar uma outra interpretação aos dispositivos envolvidos.

Senhor Presidente, admito o aspecto formal. Admito a ficção jurídica, mas assim o faço a partir do princípio da razoabilidade. A regra é observar-se o princípio da realidade. A regra é observar-se o princípio lógico que exclui o terceiro. Uma coisa é ou não é.

Havia preparado um voto para proferir na Questão de Ordem no Inquérito nº 2.206-3/DF - e não estou aqui na trincheira da autodefesa, querendo evitar trabalho maior frente a esse inquérito. Consignara nesse voto que, diante da Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004, convertida na Lei nº 11.036/2004, dera-se nova redação ao parágrafo único do artigo 25 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que passou a ser a seguinte:

> "Parágrafo único. São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios," - óbvio, mas à frente vem o mistério - "o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e" - parte que está em jogo na ADI, há referência também ao preceito do controle e da transparência - " da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil".

Então, diria e não disse, porque não chegamos a essa parte quando da apreciação da questão de ordem, porque deliberou o Colegiado que se aguardaria o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade que estamos a apreciar. Assim, por ficção jurídica, emprestou-se ao presidente do Banco Central do Brasil, repita-se, autarquia integrante da administração indireta federal, a qualificação de ministro de Estado.

Em síntese, a um só tempo, tem-se, por ficção jurídica e não considerada a realidade, a dupla qualificação: presidente da

autarquia e, talvez porque presidente de uma autarquia que poderia ser tida como especial, ministro de Estado.

Dizia e digo agora. A competência do Supremo Tribunal Federal está fixada de forma exaustiva e não simplesmente exemplificativa na Constituição Federal.

A alínea "c" do inciso I do artigo 102 estabelece:

> I- processar e julgar, originariamente:
>
> (...)
>
> c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

A exceção, fixada mediante a remissão ao inciso I do artigo 52 da Carta da República, diz respeito à competência privativa do Senado Federal para:

> I- processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

Então, cumpre perquirir sobre a definição de ministro de Estado, observando-se até mesmo a ordem natural das coisas, que tem uma força, a meu ver, insuperável. A disciplina é constitucional. É certo que compete ao Congresso Nacional, com a sanção do presidente da República, dispor sobre a criação e extinção

de ministérios - inciso XI do artigo 48 do Diploma Maior. Não menos correto, no entanto, é a revelação, pela Carta, de que o Poder Executivo é exercido pelo presidente da República, auxiliado, diria, não por presidentes de autarquias, no âmbito da Administração Direta, mas pelos ministros de Estado.

Em suma, o ministro de Estado é um auxiliar do presidente da República, sendo por este escolhido em ato único, sem que se tenha a participação do Legislativo, ao contrário do que ocorre relativamente à escolha do presidente e dos diretores do Banco Central - alínea "d" do inciso III do artigo 52 e artigo 87 da Constituição Federal.

Diante dos termos da Carta da República, distintas são as atividades do presidente do Banco Central e de ministro de Estado. A este último, além de outras atribuições previstas em lei, incumbe:

> "Art. 87.....
>
> Parágrafo único.
>
> I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;
>
> II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
>
> III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;" - talvez o Ministério do Banco Central.
>
> "IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República."

Nesse contexto, o empréstimo da condição de ministro ao presidente do Banco Central surge conflitante com a Carta da República, flexibilizando-a, no que elastece a competência do Supremo Tribunal Federal. Dela discrepa quanto a uma nova óptica do que se passa a entender como ministro de Estado, contrariando-se o princípio lógico do terceiro excluído: ou bem se tem o cargo de presidente de uma autarquia, a integrar - repito - a administração indireta federal, ou bem se verifica a ocupação de cargo de ministro de Estado, ficando o titular submetido diretamente, como auxiliar, ao presidente da República.

Conforme ressaltado por Jacob Bazarian em "O Problema da Verdade: Teoria do Conhecimento", o princípio do terceiro excluído resume-se na seguinte equação: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contraditórias, não há lugar para uma terceira. Entre ser e não ser uma determinada coisa, não há meio termo. Então, na obra citada, que veio ao Brasil ante a atuação da Editora Alfa Omega (São Paulo, 1985), o filósofo armênio arremata:

> Quando não se respeitam as leis ou princípios lógicos, o pensamento perde sua precisão, sua coerência e conseqüência e torna-se incoerente e contraditório. Respeitá-los é a condição indispensável para que o raciocínio seja correto e coerente, independente de seu conteúdo concreto.

E conclui:

> Assim, qualquer juízo, tese ou proposição utilizado no raciocínio deve respeitar não somente os princípios lógicos da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído, como também os princípios adicionais da razão suficiente, da

STF 102.002

> causalidade e do determinismo. O respeito dessas leis e princípios é a condição indispensável para a precisão, clareza, coerência e demonstrabilidade da proposição.

Pouco importa, no caso, a origem da imaginação que conduziu a colar-se ao presidente do Banco Central o *status* de ministro, chegando-se à verdadeira fantasia. Pouco importa que se tenha querido outorgar pomposo título ou dotar-lhe de blindagem, em vista das ações em curso na primeira instância. O que cumpre perceber é a incongruência, dadas as balizas constitucionais que norteiam a vida no Estado Democrático de Direito. A incoerência e a inconstitucionalidade também estão no fato de alguém acumular a presidência de uma autarquia e um ministério, hipotético este, mas existente sob o ângulo formal, ou seja, um cargo na administração indireta e outro na administração direta.

Sob qualquer ângulo que se examine a matéria, tem-se ficção jurídica imprópria, descabida, inconstitucional, a implicar, se admitida, verdadeiro drible, verdadeira simulação à Carta da República, tornando-a documento que, em vez de gerar segurança jurídica, viabilizaria modificações ao sabor de interesses isolados e momentâneos. Tudo leva a crer que a admissão verificada quanto a certo órgão da administração direta - a Advocacia-Geral da União - veio a frutificar, foi o primeiro passo. E, então, igualizaram-se as situações - e não sei qual será o passo seguinte, o terceiro - do ministro de Estado, na área em que situado o Banco Central, com a do presidente deste último, que, de início, é-lhe subordinado.

As conseqüências são diversas, devendo-se citar não apenas a que ora se faz em jogo, ou seja, a alusiva à competência do Supremo Tribunal Federal, estendendo-se a definição da Carta da República, como também a resultante do fato de se ter ministro subordinado a ministro, em se tratando de orientação; ministro cuja escolha passará, então, pelo crivo do Senado da República, pelo envolvimento no cargo de presidente do Banco Central.

Concluí - e concluiria, se apreciada a matéria -, resolvendo a questão de ordem no sentido da inconstitucionalidade. Disse neste Plenário, sessões atrás, que atravessamos época de perda de parâmetros, olvidando-se que a segurança jurídica pressupõe o respeito ao direito posto, especialmente ao direito posto com envergadura maior, que é a decorrente da Carta da República.

Não canso de repetir que se paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito, e esse, a meu ver, é até mesmo módico: o respeito ao arcabouço normativo, especialmente ao arcabouço normativo constitucional, pouco importando que se atribua a certa Lei Fundamental todas as mazelas do País. Lei Maior que, passados dezesseis anos e esvaziado o mandado de injunção, conta, ainda, com cerca de cinqüenta preceitos dependendo de regulamentação. Não tenho como dar esse passo, para mim demasiadamente largo, e emprestar validade constitucional ao que denominei no voto, sem demérito para quem quer que seja, como fantasia.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Acompanha a divergência?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Peço vênia para continuar no voto. Por isso, vejo a procedência que percebi à primeira hora, em que pese o escore acachapante que já vai se formando. Percebi, na primeira hora, procedentes os pedidos formulados e procedentes, portanto, nas duas ações diretas de inconstitucionalidade. Concluo pela procedência total dos pleitos.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Ministro Marco Aurélio, ocorre que o texto anterior da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, dizia o seguinte:

> *"Art.8º.....*
> *§1º.....*
> *III - pelos Ministros de Estado da Fazenda; do Planejamento, Orçamento e Gestão; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Assistência Social; do Trabalho e Emprego; do Meio Ambiente; das Relações Exteriores; e Presidente do Banco Central do Brasil;"*

A nova lei substitui a expressão "Ministério da Assistência Social" por "Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome". Então, Vossa Excelência julgaria procedente a ação, na linha do Ministro?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Julgo de acordo com o pedido formulado.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Sim, mas o pedido formulado não diz respeito ao assunto do Desenvolvimento Social.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não me fiz entender. Realmente li a íntegra do dispositivo, mas quando cheguei à parte em que há alusão ao presidente do Banco Central inclusive ressaltei: vem a parte que interessa ao julgamento.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Exatamente, então não julga de acordo com o pedido porque ele pede a inconstitucionalidade de todo o dispositivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sua Excelência ia votar acolhendo parcialmente o pedido, e Vossa Excelência disse que não, que o acolhimento era total porque o pedido se restringia à matéria debatida.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Ministro, a forma como foi posta a ação, quero deixar claro, pede a inconstitucionalidade de todo o dispositivo. O Ministro referiu que o problema era exatamente o Banco Central, mas há um equívoco na ação porque ela, abrangendo todo o dispositivo, também entra em um assunto que não foi tocado, que é essa mudança do Desenvolvimento Social.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então seria a procedência parcial do pedido?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Não, nós estamos corrigindo a formulação final do pedido, que não coincide com toda a fundamentação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não procedo assim, não emendo iniciais.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência julga inconstitucional todo o artigo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Presidente. Julgo na forma do pedido, partindo do pressuposto de que ele é restrito à questão do presidente do Banco Central. Se não o for, o acolhimento é parcial, e creio que o ministro Carlos Ayres Britto retifica, também, o voto porque foi levado à procedência total pelo aparte de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Não, Vossa Excelência se equivocou, porque anotei que ele estava exatamente julgando improcedente a ação em relação à expressão "Presidente do Banco Central" do inciso III. Vossa Excelência, se atender ao pedido do autor, que é a "*incontitucionalidades dos artigos 1º e 2º*" da Medida Provisória tal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A minha confiança em Vossa Excelência é total.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Obrigado, farei o lançamento.

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Senhor Presidente, já mencionei aqui, mais de uma vez, e repetirei: nesta Casa ninguém ensina nada a ninguém. Orozimbo Nonato já dizia isso. Então, o que falarei não é para os meus Colegas.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - Muito embora todos nós estejamos em um caminhada e o aperfeiçoamento seja constante.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sem dúvida nenhuma. Penso até que nesta afirmativa não há muito de verdade porque, no que concerne a mim, por exemplo, muito aprendi aqui.

O Sr. Ministro **CARLOS BRITTO** - Já ensinou e continua ensinando.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Bondade de Vossa Excelência, que sempre foi um homem bondoso e amigo.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - Todos nós subscrevemos a fala do ministro Carlos Ayres Britto.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Quero dizer que não sou antipático à medida provisória. As técnicas de delegação legislativa representam a tônica do constitucionalismo contemporâneo. Num Estado de Direito, tudo se faz de conformidade com a lei. Os parlamentos, entretanto, são lentos e isso ocorre no mundo inteiro. Por isso, os constitucionalistas e os cientistas políticos criaram técnicas de delegação legislativa conferindo ao Executivo a faculdade de legislar. Mencionarei um ou dois países. Na França há, além do regulamento autônomo, a **loi cadre**, em que o Parlamento como que formula a moldura e o Executivo pinta o quadro. Na Itália, há o **decreto legge**. Fomos buscar inspiração justamente nesse **decreto legge** italiano para introduzir, no art. 62 da Constituição brasileira, a figura da medida provisória.

Nos Estados Unidos, que têm uma Constituição de mais de duzentos anos — é de 1787 —, onde está acentuado que todos os poderes são do Congresso e somente ele é capaz de legislar, a Suprema Corte tem admitido os regulamentos do Poder Executivo, desde que observados padrões e podendo o Legislativo revogá-los a qualquer momento.

A Constituição brasileira, portanto, quando consagra técnicas legislativas, medidas provisórias e leis delegadas, incorpora-se à tônica do constitucionalismo contemporâneo.

Agora, Senhor Presidente, é preciso ficar bem claro que a legitimidade da delegação legislativa está no controle exercido sobre essa mesma delegação legislativa. Primeiro, o controle político, por parte do parlamento; segundo, nos sistemas como o nosso, o controle jurisdicional, o **judicial review**.

De modo que, se não houver esse controle rigoroso, principalmente por parte do Poder Judiciário, a delegação legislativa tornar-se-á ilegítima.

Vamos ao caso. A medida provisória, objeto da causa, sustenta-se que não se apóia nos requisitos constitucionais, urgência e relevância. A relevância e a urgência estariam, segundo se afirma, na relevância das matérias que integram a pauta de decisões do Presidente do Banco Central: formulação da política monetária do País e intervenção no sistema financeiro nacional. Isso está na exposição de motivos da Medida Provisória.

Todavia, essas atribuições — foi dito da tribuna, está nos memoriais e na petição inicial — são exercidas pelo Presidente do Banco Central há cerca de quarenta anos; após tanto tempo descobre-se, num passe de mágica, que é urgente e relevante fazer do Presidente do Banco Central Ministro de Estado.

Ora, Senhor Presidente, neste campo — está aqui o eminente professor de Direito Econômico, o nosso Colega Eros Grau —, o que é relevante e deve ser discutido é se ao Banco Central deve ser concedida autonomia relativamente ao governo; não é simplesmente fazer do Presidente do Banco Central Ministro de Estado, que continuará subordinado ao Presidente da República. O que é relevante é mesmo isto: deve-se conceder ao Banco Central autonomia relativamente ao governo? Muitos economistas respondem afirmativamente, o que, aliás, ocorre nos Estados Unidos da América. Este é o tema relevante, mas não é o tema que estamos cuidando nestas ações diretas.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Vossa Excelência pode sugerir medida provisória para esse fim.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Quem sou eu, Presidente. Veja, eminente Presidente, dar ao Presidente do Banco Central o título de ministro, ministro que não tem ministério, que não dirige ministério nenhum, bem ressaltou o Sr. Ministro Carlos Britto, não tem relevância, o que me parece óbvio. E nem há urgência em fazer ministro uma autoridade que vem exercendo as funções do cargo há cerca de quarenta anos, sem necessitar do título de ministro.

Senhor Presidente, no julgamento da ADI 1.397/DF, de que fui relator, proferi voto para afirmar que os requisitos de relevância e urgência possuem natureza política, ficando a sua apreciação, em princípio, por conta dos poderes políticos, Executivo e Legislativo. Acrescentei: todavia, quando a alegação de urgência e relevância, por parte do chefe do Executivo, evidenciar-se improcedente, pode ela sujeitar-se ao controle judicial.

Mencionei lição de Biscaretti de Rufia, dissertando sobre a matriz da nossa medida provisória, o **decreto legge** da Constituição Italiana, em que ele afirma que, se inexistentes esses requisitos, ocorre o quê? Ocorre excesso do poder de legislar, que retira do **decreto legge** a legitimidade constitucional. É o que penso ocorrer no caso. Esta medida provisória não se apóia nos requisitos constitucionais de relevância e de urgência.

O eminente Ministro Eros Grau superou a questão entendendo que, se foi transformado em lei, então esses requisitos não seriam mais observados.

Penso, entretanto, que tal não ocorre. O que nasce ilegítimo, inconstitucional, nasce morto. De modo que peço licença a Sua Excelência para divergir e dar pela inconstitucionalidade formal sustentada nesta ação.

Mas vou adiante, Senhor Presidente, não fico apenas nisso.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - O parágrafo único do art. 2º foi acrescentado na lei, não foi texto da medida provisória, ou seja, obedeceu o processo legislativo normal, não entra em vigor. Vossa Excelência mantém?

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - A carona também fica viciada. Pegou-se carona em algo defeituoso.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - O que diz esse art. 2º?

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Aí é por outro motivo, não pela formal.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - À mercê de uma medida provisória editada sem a urgência e sem a relevância.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - O problema é que a tramitação da medida provisória hoje é igual à tramitação do projeto de lei.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - **Accessorio sequitur principalis** é um velho brocardo latino. Isso é um acessório que seguirá o principal.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Então prossiga.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Senhor Presidente, a Constituição, no art. 192, estabelece que:

> *Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*

A exposição de motivos que acompanha a Medida Provisória afirma a relevância das matérias que integram a pauta de decisões do Presidente do Banco Central, cujas atribuições compreendem ~~dentre outras~~ entre outras, de notória complexidade, a formulação da política monetária do País e a intervenção no sistema financeiro nacional na forma da legislação de regência. É dizer, a pauta de decisões do Presidente do Banco Central, que compreende a formulação da política monetária do País e a intervenção no sistema financeiro nacional, indica, a meu juízo, que a alteração da estrutura funcional da presidência do Banco Central somente poderia ocorrer mediante lei complementar.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** (Relator) - É um cargo de natureza especial que, como muitos outros, é alterado nessas tantas medidas, certamente já foi objeto, isso não é matéria a ser tratada. As funções, sim, a possibilidade de intervenção, mas a reestruturação de todos os órgãos tem sido feita pelas medidas absolutamente rotineiras, sem a observância da lei complementar.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Mas é a Constituição que exige lei complementar para certas matérias.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** (Relator) - Não para efeito de definição do cargo.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Ora, o Presidente do Banco Central é o próprio sistema financeiro nacional.

O Sr. Ministro **CEZAR PELUSO** - Mas continua, Ministro.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Ministro, a diretoria do Banco Central teria de ser definida por lei complementar?

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Ministro, a alteração da estrutura, institucionalmente, há de ser mediante lei complementar,

é a Constituição que manda. Pois bem, sendo assim, a matéria não poderia ser tratada por medida provisória.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - A independência do Banco Central poderá ser tratada mediante medida provisória?

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Tenho certeza que esta Corte não admitiria.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** (Relator) - Se fosse assim, talvez devêssemos tratar o Ministério da Fazenda por lei complementar porque, na suposição de Vossa Excelência, ele obviamente se sobrepõe ao Banco Central. E a atividade central do Ministério da Fazenda é, de certa forma, coordenar-se com o Banco Central.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Dizia, então, que, sendo assim, a matéria não poderia ser tratada por medida provisória na forma do que dispõe o art. 62, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. Vale dizer:

> *"Art.62 (...)*
>
> *§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*
>
> *(...)*

III - reservada a lei complementar;

(...)."

Fui Relator da ADI 449/DF, que cuidou dos servidores públicos do Banco Central do Brasil. Decidimos, então, na forma desta ementa:

> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL: AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. Lei 8.112, de 1990, art. 251: INCONSTITUCIONALIDADE.*
>
> *I. - O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990.*
>
> *II. - As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV, da Constituição.*
>
> *III. - O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.*
>
> *IV. - ADIn julgada procedente."* ("DJ" de 22.11.1996)

Cuidávamos, ali, do regime jurídico dos servidores do Banco Central. Eles eram celetistas. Entendemos, então, que deveriam estar incluídos no Regime Único e que as normas da Lei 4.595, de 1964, naquele ponto, não foram recebidas como lei complementar. Mas, aqui, temos o Presidente do Banco Central com as atribuições todas que vimos, podendo-se afirmar que as atribuições deste constituem o

próprio sistema financeiro nacional. Tem lugar, portanto, a lei complementar, na forma do art. 192 da Constituição Federal.

Senhor Presidente, a Constituição exige que o Presidente do Banco Central seja aprovado pelo Senado. O art. 84, inciso I, da Constituição Federal é expresso, entretanto:

> *"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
>
> *I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;"*
>
> *(...)."*

É dizer, sem nenhum outro condicionante. Por quê? Porque o Ministro de Estado é um assessor do Presidente da República, um alto assessor.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Ministro Carlos Velloso, mas o Presidente do Banco Central é admitido *ad nutum*, hoje.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Isso é outra coisa. Estou dizendo que o Presidente da República nomeia quem ele quiser para o cargo de Ministro de Estado, sem a interferência de outro Poder.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** (Relator) - Igualmente em relação ao Banco Central.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sem nenhum outro condicionante para o cargo de Ministro de Estado. Mas, tratando-se do Presidente do Banco Central, a Constituição, no art. 52, inciso III, é expressa ao estabelecer que:

> *"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*
>
> *(...)*
>
> *III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:*
>
> *(...)*
>
> *d) presidente e diretores do Banco Central;*
>
> *(...)."*

Se houvesse uma emenda constitucional que excepcionasse o caso, sim; mas não há. O que está posto no inciso I do art. 84 da Constituição não pode ser superado por uma disposição de medida provisória. Isso mostra não ser possível mudar a natureza das coisas.

Senhor Presidente, Napoleão, que dizia não ter amo nem senhor, não deixava de proclamar, entretanto, que tinha como amo e como senhor a natureza das coisas. Não se pode modificá-la ao talante de decretos.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Ministro Carlos Velloso, cuidado com a frase de Napoleão porque teve um inverno que ele não respeitou e destruiu um exército. Então, Napoleão não é um bom exemplo.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - É verdade. Na Rússia. É que o inverno, no leste europeu, é traiçoeiro. Não foi somente Napoleão que caiu nessa. Hitler também.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Os franceses não gostarão de Vossa Excelência comparando Napoleão a Hitler.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Estou dizendo, apenas, que Hitler também caiu nessa esparrela, certo que talvez fosse impossível prever aquele inverno. Eu não compararia jamais Napoleão a Hitler. Napoleão é uma das biografias de minha predileção. O outro, não.

Senhor Presidente, entendo que a medida provisória editada é inconstitucional por violar o que está posto no art. 84, inciso I, da Constituição. Também por isso declaro a inconstitucionalidade da medida provisória e julgo procedente a ação, com vênia do eminente Ministro-Relator e dos eminentes Ministros que o acompanharam.

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

V 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 1° de agosto de 1999 (RTJ n° 176/102). Na oportunidade, Vossa Excelência, Senhor Presidente, trouxe um argumento, a meu ver, irrespondível: 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.

STF 102.002

A alegação de ofensa ao princípio da moralidade, quero deixar claro também que não acolho no caso. Confesso meu temor do uso, sem muita discrição, desse princípio constitucional, porque, por meio dele, podemos estabelecer o governo dos juízes, que não é, por ser de juízes, 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

STF 102.002

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.

STF 102.002

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

S T F 102.002

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.

STF 102.002

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. 2° 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. 2° 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,

STF 102.002

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. 2° 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. 2° da lei de conversão.

STF 102.002

05/05/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289

3.290

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Quero fazer um registro em relação à sustentação oral, deduzida pelo Procurador-Geral, de que este Tribunal sabe cumprir com as suas obrigações, inclusive as de natureza penal. Parece-me que a sustentação levava a entender que, ao se atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal, estaríamos introduzindo a impunidade, que foi a linha da sustentação feita.

Deixemos claro que não é assim. Pelo contrário, entendemos a alta responsabilidade deste Tribunal que tem mantido a sua coerência histórica em relação a tudo isso.

Acompanho o Relator e julgo integralmente improcedente a ação.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.289-5
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S): PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL
ADV.(A/S): ADMAR GONZAGA NETO
REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou integralmente improcedente a ação, vencidos, na totalidade, os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, e, em parte, o Senhor Ministro Celso de Mello, que somente julgava procedente a ação em relação ao parágrafo único do artigo 2° da Lei n° 11.036, de 22 de dezembro de 2004, tudo nos termos dos respectivos votos. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pelo requerente, o Dr. Admar Gonzaga Neto, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 05.05.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu
Secretário