

03/05/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.540 MINAS GERAIS

VOTO
(Mérito)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: O mérito da presente ADI e de várias semelhantes se resume à análise da extensão automática de previsões excepcionais, mesmo que temporárias, nas constituições estaduais, de subtração na aplicação do princípio republicano de responsabilização e igualdade na aplicação da lei aos Governadores, em face da existência dessas mesmas normas-obstáculos estabelecidas para o Presidente da República no texto da Constituição Federal.

Na Constituição de Minas Gerais, não houve essa previsão, apesar de apresentada a proposta no Anteprojeto de relatoria do Deputado Bonifácio Mourão, em 9 de março de 1989, que previa a necessidade de admissão da acusação por dois terços da Assembleia Legislativa, tanto para os crimes de responsabilidade, quanto para os crimes comuns. Após ampla discussão com apresentação de emendas modificativas, prevaleceu a emenda modificativa 1564-4, que deu a redação atual do artigo 92 da Carta estadual, afastando a necessidade de prévia autorização legislativa. Apesar do “silêncio consciente”, entendo necessário analisar se a extensão é automática, com base na simetria, especialmente em virtude dos precedentes citados anteriormente: ADI 4.791/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Dje de 24/4/2015; HC 80.511/MG, Segunda Turma Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 14/9/2001.

A questão pode ser apontada da seguinte maneira: as previsões excepcionais de afastamento ou normas-obstáculos de responsabilidade do Presidente da República previstas pela CF/88 são de extensão obrigatória a todos os Estados, em face da simetria, são de extensão facultativa permitindo a discricionariedade do legislador constituinte estadual ou são exclusivamente previstas ao Chefe de Estado brasileiro?

A solução da indagação exige, ainda que rapidamente, a análise das

ADI 5540 / MG

razões que levaram o legislador constituinte originário a excepcionar, em algumas hipóteses, a plena aplicação do princípio republicano de responsabilização e igualdade na aplicação da lei ao Presidente da República. E, se essas mesmas razões seriam extensíveis aos Governadores de Estado e Distrito Federal.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de proteção ao Presidente da República, prevendo novos e importantes obstáculos à aplicação da lei penal e consequente responsabilização do Chefe de Estado.

O artigo 86 da CF/88 repetiu a tradicional necessidade de prévia autorização da Câmara dos Deputados para o processo e julgamento do Presidente da República, tanto por crimes de responsabilidade, quanto por crimes comuns, que surgiu em nossa primeira Constituição republicana (art. 53, que, porém, não estabelecia *quórum* qualificado), não sendo editada no texto constitucional de 1934, e cujo modelo atual com *quórum* qualificado de 2/3 foi editado na Constituição de 1937 (art. 86), sendo repetida a previsão no art. 88 da Constituição de 1946, porém com *quórum* de maioria absoluta; posteriormente, no artigo 85 da Constituição de 1967, que retornou ao *quórum* de 2/3, que se repetiu no artigo 83 da EC 1 de 1969.

Porém, o § 3º do art. 86 estabeleceu pela primeira vez na história constitucional brasileira a impossibilidade de o Presidente da República estar sujeito a prisão enquanto não sobrevier sentença condenatória nas infrações comuns, e o § 4º do referido artigo trouxe de volta a previsão do artigo 87 da Constituição de 1937, que não permitia a responsabilização do Presidente da República, durante o exercício de suas funções, por atos estranhos às mesmas.

Dessa maneira, entre todas as Constituições brasileiras, a de 1988 foi a mais generosa na previsão de mecanismos, ainda que excepcionais e temporários, de afastamento do princípio republicano de responsabilidade penal do Presidente da República por crimes comuns.

Essa opção do legislador constituinte originário, concordemos ou não, reflete o processo dinâmico da História, em que o presidencialismo,

ADI 5540 / MG

inicialmente caracterizado por um modelo idealizado fraco (*Rei sem Coroa*), que nunca chegou a existir ou ser aplicado na prática, logo se tornou, por um processo político e centralizador, um regime de governo, em torno da figura do presidente.

No presidencialismo, o zelo e o gerenciamento da coisa pública passam a ter como ator principal o Presidente da República, coadjuvado e fiscalizado pelo Poder Legislativo e controlado pelo Poder Judiciário, que deverá realizar a necessária adequação entre as receitas e despesas do Estado, a negociação da dívida pública, a efetivação de planos políticos para o estabelecimento de padrões de estabilidade monetária, administrativa e política, a partir dos quais se possa trabalhar, na gestão do Estado, com a tranquilidade necessária à implementação de programas, com nítida coloração pessoal do exercente do cargo máximo do país, que, sobre uma base parlamentar, em geral estruturada com base em negociações políticas, possam ser implantados.

O Poder Executivo federal tem como função impulsionar e dirigir a ação administrativa. Para tanto, é necessária a plasticidade indispensável ao mecanismo governamental que acabou por gerar, em todas as organizações políticas modernas, regras que tornaram forte o Presidente da República, ao mesmo tempo em que se tentou prever controles que não o fizessem absorvente, mas uma força motriz do Estado que não degenerasse para uma verdadeira tirania, resguardando-se, dessa forma, o ideal democrático e a separação de poderes (ROBISON, Donald L. *To the best of my ability: the presidency and the constitution*. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 87 ss; FONSECA, Annibal Freire da. *Poder Executivo na república*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916. p. 15)

Como salientado por CLINTON ROSSITER, ao analisar o presidencialismo americano, “os fundadores da Constituição deram um passo muito importante quando eles fundiram a dignidade de um rei e o poder de um primeiro ministro em um oficial elegível”, concluindo que “o Chefe do Executivo reina, mas ele também manda; ele simboliza o povo, mas ele também administra o seu governo” (ROSSITER, Clinton. *American presidency*. New York: New American Libr. 1940. p. 12).

ADI 5540 / MG

O Presidente da República – enquanto força motriz detentora do comando político da Nação – nomeia ministros, magistrados, diplomatas, altos funcionários dos bancos públicos, é chefe das Forças Armadas, tem grande ingerência no processo legislativo; imprime sua personalidade nos programas de governo a serem implementados, pois, como afirmou Hamilton, “a força do executivo é uma característica central na definição de um bom governo”. (*The Federalist papers* LXI).

No presidencialismo, o Presidente não é somente uma pessoa, mas também uma verdadeira instituição; e, ao contrário das outras instituições, a Presidência é liderada por apenas uma pessoa eleita por um país inteiro para administrá-lo e representá-lo no mundo, e para ser a voz de suas aspirações para todas as pessoas.

A caracterização e o desenvolvimento do presidencialismo tem como principal tópico a centralização e a personificação do Poder Executivo Central na figura do Presidente da República, que exerce a mais alta magistratura do país – no dizer de JAY, HAMILTON e MADISON, sendo a maior liderança política nacional, como destacado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 140), com poderes “considerados assoberbantes e esmagadores” e, que, “continuam em expansão nos distintos sistemas presidenciais”, como lembrado por PAULO BONAVIDES (*Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 298), sendo, no dizer de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “figura central da atividade política externa e interna do país”, com “funções e poderes que o consagram como fundamental e proeminente na divisão institucional dos Poderes” (*Organização do poder: a institucionalização do Estado. Revista de Informação Legislativa*, ano 23, n. 90 abr./jun. 1986. Brasília: Senado Federal. p. 28), pois o Presidente da República é “Chefe do Estado, Chefe Executivo, Chefe Diplomático, Chefe Comandante e Chefe Legislador” (ROSSITER, Clinton. *American presidency*. New York: New American Libr., 1940. p. 20) e seus poderes presidenciais continuam, conforme ressaltado por EUGENE ROSTOW, “latentes na circulação sanguínea do governo” (*President, Prime Minister, or Constitutional Monarch? The American Journal of*

ADI 5540 / MG

International Law. Washington, ano 4, v. 83, out. 1989, p. 743).

Dessa forma, como salientado por COLLEY, todos os poderes presidenciais foram histórica, jurídica e politicamente fortificados, tendo obtido novas dimensões de autoridade, pois o Presidente da República passou a simbolizar a própria soberania, continuidade e grandeza do país (COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. 6. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1890. p. 747), justificando, em maior ou menor escala nos países presidencialistas, determinados tratamentos diferenciados em relação a todas as demais autoridades públicas.

Em face dessas características da Presidência, o legislador constituinte optou por estabelecer garantias excepcionais ao Presidente da República.

Imediatamente, porém, a ampla maioria das Constituições estaduais de 1989 replicaram todas as regras consagradas ao Chefe de Estado e de Governo do País para os Governadores estaduais e do Distrito Federal, também estabelecendo normas-obstáculos, que os excepcionaram temporariamente da aplicação integral do princípio republicano.

Resta saber se, no exercício do poder *Constituinte derivado decorrente*, consistente na possibilidade que os Estados-Membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, seria possível estender essas previsões excepcionalíssimas direcionadas somente ao exercente da “mais alta magistratura do país”, lembrando, novamente, os federalistas.

Com o devido respeito às fundamentadas posições em contrário, entendo que todas as previsões excepcionais do legislador constituinte originário, que afastaram a aplicação imediata do princípio republicano ao Presidente da República, com a previsão de obstáculos à possibilidade de responsabilização penal integral, prisões processuais e início da persecução penal em juízo, são exclusivas da mais alta autoridade do País, por sua condição de Chefe de Estado e Chefe de Governo e pelas peculiares funções exercidas, conforme anteriormente detalhado. Não se tratam, portanto, de princípios constitucionais extensíveis, nem podem

ADI 5540 / MG

ser estabelecidos pelos Estados-Membros como base na simetria, por afrontarem o princípio sensível da “forma republicana” (CF, art. 34, VII), conforme denominação de Pontes de Miranda e que constitui a mais importante das limitações à autonomia de auto-organização dos Estados.

As previsões de normas definidoras de obstáculos à imediata aplicação da lei processual penal e penal devem sempre estar expressas na Constituição Federal, pois afastam a incidência imediata do princípio republicano de plena responsabilização dos agentes públicos e da igualdade de todos perante a lei; não sendo possível a aplicação por simetria aos Governadores de Estado ou Distrito Federal, por previsão nas respectivas Cartas locais.

Assim atuou o legislador constituinte originário, ao estender, expressamente, aos deputados estaduais determinadas normas-obstáculos previstas para os deputados federais e senadores. Nesse sentido, as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 27 da Constituição Federal, que determinam a aplicação do denominado “estatuto dos congressistas” aos deputados estaduais, inclusive no tocante à inviolabilidade, imunidades e perda de mandato. Nesses casos, o poder constituinte derivado decorrente dos Estados-Membros e Distrito Federal, ao se auto-organizarem, deve fiel observância aos denominados *princípios constitucionais estabelecidos*, que, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-Membros em sua auto-organização, como salientou o grande constitucionalista mineiro RAUL MACHADO HORTA, inclusive apontando o artigo 27 da Constituição Federal como uma dessas normas de preordenação (*Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 392-393).

Não o fez em relação aos poderes executivos estaduais, apesar da previsão do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que, em seu artigo 93, estabeleceu uma norma de preordenação ao Poder Executivo (*Art. 93. Caberá à Constituição do Estado adotar, no que forem aplicáveis, as regras desta Constituição sobre a eleição, a investidura, a organização, a competência e o funcionamento do Poder Executivo Federal*), semelhante àquela que foi

ADI 5540 / MG

adotada pela CF/88 para o Poder Legislativo (art. 27). Essa previsão da Comissão Afonso Arinos, entretanto, não foi adotada, tendo sido reduzida pelo legislador constituinte somente em relação às regras definidoras da eleição e investidura (CF, art. 28). E assim o fez a Constituição de 1988, para evitar a mesma divergência existente entre os Estados, com base no princípio da autonomia federativa, durante a vigência da Constituição de 1891, quando “os Estados resolveram diversificadamente o problema da substituição interina do chefe do Poder Executivo e da sucessão eventual, para o efeito de terminação de mandato”, como recorda OSWALDO TRIGUEIRO (*Direito Constitucional estadual*. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p. 174-175).

Esta Corte, em inúmeros pronunciamentos, declarou a inconstitucionalidade de previsões estaduais que afastavam a possibilidade de prisão dos chefes do Poder Executivo dos entes federativos, antes de decisão final, e repetiam a irresponsabilidade penal relativa por delitos estranhos à função governamental por atentarem contra o princípio republicano e, conforme salientado pelo Ministro CELSO DE MELLO, redator dos diversos Acórdãos, “os Estados-membros não podem reproduzir em suas próprias Constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, par. 3. e 4., da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental - por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado - são apenas extensíveis ao Presidente da República”: Acre (ADI 1017), Amazonas (ADI 1015), Bahia (ADI 1014), Distrito Federal (ADI 1020), Espírito Santo (ADI 1013), Goiás (ADI 1012), Maranhão (ADI 1011), Minas Gerais (ADI 1018), Paraíba (ADI 978), Piauí (ADI 1008), Rio de Janeiro (ADI 1022), Rio Grande do Sul (ADI 1027), Rondônia (ADI 1023), Roraima (ADI 1019), Santa Catarina (ADI 1024), São Paulo (ADI 1021), Tocantins (ADI 1025).

Por outro lado, porém, proclamou a constitucionalidade das normas estaduais que consagraram a prévia exigência de autorização por 2/3 do Poder Legislativo estadual para a instauração de persecução penal em juízo contra Governador do Estado ou Distrito Federal, tendo afirmado o

ADI 5540 / MG

Ministro CELSO DE MELLO, que “a ideia fundamental – que motivou essa orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal – traduz, na realidade, a consagração de um valor constitucional básico que informa e dá consistência à própria teoria da Federação: a autonomia institucional dos Estados-membros. A importância político-jurídica dessa insuprimível prerrogativa institucional dos Estados membros é tão intensa que, sem ela, descaracterizar-se-ia, por completo, a própria noção de Estado Federal, pois – não custa enfatizar – a autonomia das unidades federadas qualifica-se como valor essencial à compreensão do sistema federativo” (ADI 4798/PI).

Em que pese, conforme já exposto, não concordar com esse posicionamento, pedindo novamente vênias aos bem lançados argumentos do Ministro CELSO DE MELLO, que foram adotados pela posição majoritária desta Corte, entendo necessário a Corte dialogar com seus precedentes, apontando as alterações fáticas ou jurídicas que permitam a alteração de interpretação conferida aos julgados anteriores.

A evolução da interpretação constitucional não deve desconhecer a real e efetiva aplicação da norma e seus reflexos em relação aos princípios constitucionais estruturais.

As normas, uma vez editadas, ganham vida própria, e, a partir de sua publicação, seu “corpo normativo” desenvolve sua própria “personalidade”. Mais do que isso, somente com sua efetiva aplicação, torna-se possível a análise efetiva da compatibilidade do verdadeiro “espírito” que norteia a utilização da norma e condiciona a produção real de efeitos e o respeito ou não de sua finalidade constitucional pretendida com a sua edição.

O “corpo” da norma é seu texto final editado pelo legislador; sua “personalidade” é construída e moldada pela constante interpretação dada pela doutrina e jurisprudência, mas o essencial em sua aplicação concreta deverá sempre ser a verificação de seu “espírito”, que acaba por definir o acerto ou o erro de sua edição, pois acarreta reflexos diretos na produção de seus efeitos concretos e no alcance da finalidade pretendida.

Não posso conceber a análise da constitucionalidade de uma

ADI 5540 / MG

determinada norma sem que a interpretação alcance seu corpo, sua personalidade e seu espírito, pois, por melhor que seja o corpo na norma, por mais saudável que tenha sido o desenvolvimento de sua personalidade, por meio de análises doutrinárias e dos Tribunais, seu espírito pode ter sido degenerado com sua concreta aplicação, com a produção de efeitos nefastos e total afastamento de suas finalidades constitucionais, negando a razão de sua própria existência, comprometendo seu texto, deturpando e arruinando sua personalidade e ferindo os princípios que lhe concediam legitimidade constitucional; tornando-se, portanto, inconstitucional durante a evolução prática de sua utilização ou mesmo as novas exigências sociais, culturais e políticas; e, conseqüentemente, permitindo alterações dos precedentes da Corte.

É o que temos na presente hipótese e na análise das diversas normas idênticas repetidas nas constituições estaduais.

A expressa previsão de prévia autorização das assembleias legislativas para que o governador possa ser processado criminalmente é o corpo dessa norma-obstáculo.

A doutrina e, principalmente, os precedentes desta Corte moldaram sua personalidade, fixando que a norma-obstáculo veio ao mundo jurídico e político para proteger a autonomia dos Estados-Membros, para fortalecer a Federação e para impedir ações penais temerárias contra o chefe do Poder Executivo estadual ou distrital.

Mas, na aplicação específica da norma aos casos concretos, na produção de seus efeitos jurídicos e políticos, seu espírito acabou sendo corrompido, atacando os princípios constitucionais que a geraram e, com o devido respeito àqueles que entendem de maneira contrária, fazendo desaparecer totalmente a consistente motivação que moldou sua personalidade pela doutrina e jurisprudência desta Corte.

Durante mais de 28 anos da promulgação da Constituição, a aplicação concreta da norma não ampliou a proteção à Federação, não serviu de alicerce para fortalecer a autonomia dos estados e Distrito Federal, e tampouco foi um obstáculo contra ações penais temerárias.

Muito pelo contrário, a degeneração do espírito da norma, por sua

ADI 5540 / MG

continua aplicação errônea, acentuou o desrespeito ao princípio maior de uma República, a responsabilidade de todos perante a lei, sem qualquer distinção, e a quebra de preceito básico de sobrevivência das Democracias representativas, a confiança entre eleitor e eleitos, com a obrigatoriedade de integral prestação de contas dos agentes políticos, representantes do povo, perante a sociedade, inclusive pela prática de infrações penais.

Não bastasse o desrespeito aos pilares básicos da República e da Democracia representativa, a degeneração do espírito da norma estadual em sua aplicação aos casos concretos, atentou contra uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal, a separação dos Poderes.

Houve total anulação de uma importante competência constitucional do Poder Judiciário, pois a norma-obstáculo prevista nas constituições estaduais acabou por subtrair o exercício da jurisdição penal do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses referentes aos Governadores de Estado e Distrito Federal.

A degeneração do espírito da norma em sua aplicação concreta desvirtuou sua configuração inicial, resultando sua utilização um verdadeiro escárnio aos princípios regentes da República, com a clara, flagrante, e ofensiva finalidade de criação de verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas pelos chefes dos Poderes Executivos estaduais e distrital.

E, ainda pior, em vários casos a existência dessa norma-obstáculo possibilitou o fortalecimento de práticas espúrias na Administração, de conluio entre os poderes executivo e legislativo, do loteamento de secretarias, de empresas estatais, de cargos públicos e do desvio de finalidade na destinação de verbas públicas, para se concretizar a “recusa” ou a “não deliberação” por parte das Assembleias Legislativas, em desrespeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, consagrados no artigo 37 da Carta Maior, em especial, os da legalidade, moralidade e impessoalidade.

A degeneração do espírito da norma-obstáculo estadual vem permitindo a impunidade nesses quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal e institucionalizou a prática de métodos não

ADI 5540 / MG

republicanos entre vários executivos e legislativos estaduais, como a negativa de autorização prévia ou, na maioria das vezes, o simples desprezo ao pedido de análise, com a costumeira ausência de deliberação.

Dessa forma, além de entender ser inconstitucional *ab initio* a extensão das previsões excepcionais que afastaram a aplicação imediata do princípio republicano ao Presidente da República, com a previsão de obstáculos à possibilidade de responsabilização penal integral, prisões processuais e início da persecução penal em juízo, por ofensa ao princípio sensível da “forma republicana” (CF, art. 34, VII), também me parece que os sólidos fundamentos da posição majoritária do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade dessa extensão não mais estão presentes em face da degeneração do espírito dessas normas-obstáculos previstas nas constituições estaduais, corrompidas por sua utilização, desvirtuadas em sua personalidade, pois sua aplicação prática e seus reflexos estão em flagrante antagonismo com diversos princípios da Constituição Federal, devendo, portanto, ser afastadas do ordenamento jurídico.

Diante do exposto, acompanho o voto do eminente Ministro relator EDSON FACHIN, no sentido de ser concedida interpretação conforme à Constituição do Estado de Minas Gerais para afirmar que não há possibilidade de exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento do Governador por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em relação à previsão de afastamento automático do Governador, caso seja recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, necessário relembrar o “conceito orgânico do direito”, que necessita, em sua hermenêutica, como ensinado por VICENTE RAO, da “apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas” (*O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2, p. 542).

Entendo como consequência lógica da ausência de necessidade de autorização legislativa prévia para o início da persecução penal em juízo contra Governadores de Estado ou do Distrito Federal, a inconstitucionalidade da previsão de suspensão automática do exercício do cargo pelo recebimento da denúncia ou queixa pelo Superior Tribunal

ADI 5540 / MG

de Justiça.

Trata-se da impossibilidade integral de extensão de um mecanismo binário, porém, de regras interdependentes – necessidade de prévia autorização política com conseqüente afastamento político automático na hipótese de recebimento de denúncia ou queixa – previsto exclusivamente ao Presidente da República.

Afastada a possibilidade de extensão da norma-obstáculo principal, necessidade de prévia autorização pelo Poder Legislativo, não cabe a permanência no ordenamento jurídico estadual da norma decorrente, que permite o afastamento do Governador do Estado, após o recebimento da acusação pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de acarretar distorções absurdas.

O Superior Tribunal de Justiça, caso receba a denúncia ou queixa oferecidas contra o Governador, deverá analisar a necessidade de afastamento cautelar do Governador.

Alinho-me, nesse ponto, ao voto do eminente Ministro ROBERTO BARROSO, para declarar a inconstitucionalidade da previsão de suspensão do Governador de suas funções de maneira automática em decorrência do recebimento da denúncia ou queixa.