

01/08/2019

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 6.172 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O eminente Senhor Relator, Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em brilhante voto cujos fundamentos encontram suporte nas *primorosas manifestações* da eminente Senhora Ministra ROSA WEBER (ADI 5.709/DF, ADI 5.716/DF e ADI 5.717/DF), **decidiu** que “A MP 886/2019 *reedita a norma rejeitada pelo Congresso Nacional e o faz na mesma sessão legislativa em que ela vigorou e na qual foi rejeitada, o que configura violação ao teor literal do art. 62, § 10, da Constituição, bem como ao princípio da separação dos poderes*” (grifei).

Em consequência desse julgamento monocrático, *ora submetido à consideração e ao referendo* deste E. Plenário do Supremo Tribunal Federal, o eminente Relator **suspendeu**, cautelarmente, a **eficácia e a aplicabilidade** do “art. 1º da MP nº 886/2019, *na parte em que altera os artigos 21, inc. XIV e § 2º, e 37, XXI, da Lei nº 13.844/2019*” (grifei).

Sendo esse o contexto, passo a apreciar, para efeito de referendo, o ato decisório em questão, observando, desde logo, que o presente julgamento tem como aspecto central o exame da alegada ofensa ao postulado básico da divisão funcional do poder, tal como proclamado pelo art. 2º da Constituição da República.

E, ao assim fazê-lo, reconheço que o comportamento do Senhor Presidente da República, **traduzido na reedição** de medida provisória **rejeitada** pelo Congresso Nacional, **no curso da mesma sessão legislativa,**

ADI 6172 MC-REF / DF

revela clara e inaceitável transgressão à autoridade suprema da Constituição Federal e representa perigosa e inadmissível ofensa ao princípio fundamental da separação de poderes.

Não constitui demasia lembrar que o Supremo Tribunal Federal, há mais de 29 anos, mais precisamente na sessão plenária de 06/06/90, ao julgar a ADI 293/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, advertiu que “A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão –, além de desconstituir-lhe ‘ex tunc’ a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase legislativo, de natureza cautelar”, acentuando, ainda, que “Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada”.

Esta Suprema Corte, no precedente em questão (ADI 293/DF), justificou a sua conclusão, apoiando-a no fato de que “O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos”, ênfatizando, ainda, ser necessário, sempre, “respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional”.

Nesse mesmo julgamento, o eminente e saudoso Ministro PAULO BROSSARD, ao destacar a importância de que se reveste a supremacia do ordenamento constitucional no âmbito do Estado democrático de Direito, após formular pergunta de caráter verdadeiramente retórico, expendeu considerações que guardam inquestionável atualidade e que se aplicam ao caso ora em exame:

“(…) a Constituição está acima das medidas [provisórias] ou as medidas [provisórias] estão acima da Constituição? A

ADI 6172 MC-REF / DF

Constituição não passa de ornamento a ser exposto nos dias tranquilos e amenos, ou é um instrumento de governo a ser cumprido e respeitado dia a dia, sejam pacíficos ou tormentosos os tempos, e tanto mais necessário quanto maior a borrasca?

.....
O fato, vulgar em qualquer país, de o Congresso rejeitar uma medida provisória pode ser batizado de crise institucional?

Por tudo isto, tenho como falsa a alternativa que tem sido posta, ora em relação ao Congresso, ora em relação ao Judiciário, ora endereçada a ambos – ou isto ou o caos.” (grifei)

Não se pode desconhecer que o postulado da separação de poderes – além de qualificar-se como um dos núcleos temáticos irreformáveis do ordenamento constitucional positivo brasileiro – reflete, na concreção do seu alcance, um significativo dogma de preservação do equilíbrio de nosso sistema político e de intangibilidade do modelo normativo das liberdades fundamentais, impedindo – a partir da estrita subordinação dos poderes constituídos aos limites constitucionais impostos à sua atuação (mesmo que se trate do Presidente da República, que não pode nem deve comportar-se como se ainda vivêssemos nos tempos do absolutismo monárquico) – que o regime democrático venha a ser conspurcado pelo exercício ilegítimo das prerrogativas estatais.

Torna-se necessário enfatizar que o coeficiente de liberdade dos povos expõe-se a sensível e perigosa redução, quando as instituições do Estado transgridem o postulado da separação de poderes e, com esse comportamento revestido de ilicitude constitucional, culminam por desrespeitar a Constituição e por lesar, de maneira inaceitável, as liberdades civis, as franquias democráticas e os parâmetros cuja estrita observância deve condicionar o exercício do poder estatal.

O fato é que condutas ofensivas ao princípio da divisão funcional do poder acabam por gerar, no âmbito da comunidade estatal, situações instauradoras de concreto desrespeito ao sistema de poderes limitados

ADI 6172 MC-REF / DF

consagrado no texto da Constituição da República, circunstância esta que confere **preocupante atualidade** à advertência feita, **já no final** do século XVIII (1787/1788), por JAMES MADISON, **quando**, *em texto lapidar*, **buscou ressaltar** a necessidade política de estabelecer um modelo institucional **que evitasse** a concentração de poderes **e que se revelasse** apto a “*deter o espírito usurpador do poder*” (“**O Federalista**”, p. 394/399 e 401/405, **401**, arts. ns. 47 e 48, 1984, Editora UnB).

Essa **mesma** preocupação **revela-se evidente** nas reflexões feitas por JOHN LOCKE (“**Segundo Tratado sobre o Governo**”, p. 89/92, itens ns. 141/144, 1963, Ibrasa), **em obra** escrita em pleno século XVII (1690) **e que apresenta** relevantíssima contribuição a propósito da questão **pertinente** aos limites do governo e à imprescindibilidade de “*equilibrar o poder do Governo pela colocação de diversas partes dele em diferentes mãos*”.

A eminente Ministra e Professora CÁRMEN LÚCIA, em precioso trabalho sobre o tema (“**Medidas Provisórias e Princípio da Separação de Poderes**”, “*in*” “**Direito Contemporâneo/Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa**”, p. 44/69, 2001, Forense Universitária), **também expendeu**, *em brilhante estudo*, **essa grave preocupação** a propósito da necessidade de respeitar-se a supremacia jurídica da Constituição e os limites por ela impostos aos poderes constituídos, **em ordem a estabelecer o convívio harmonioso entre as instituições da República**, **especialmente** naqueles casos em que o Chefe do Poder Executivo, **exercendo competência normativa extraordinária**, **edita** medidas provisórias *com força e eficácia de lei*.

É preciso advertir, neste ponto, que o regime de governo e as liberdades das pessoas, muitas vezes, **expõem-se** a um processo **de quase imperceptível** erosão, **destruindo-se**, *lenta e progressivamente*, **pela ação usurpadora** dos poderes estatais, **impulsionados pela busca autoritária de maior** domínio e de controle hegemônico sobre o aparelho de Estado e sobre os direitos e garantias do cidadão.

ADI 6172 MC-REF / DF

Quando os Cursos Jurídicos foram instituídos em São Paulo e em Olinda, pela Lei imperial de 11/08/1827, vigorava, já há quase três (3) anos e meio, a **Carta Política do Império do Brasil**, cujo artigo 9º, refletindo o verdadeiro significado que ainda hoje anima e orienta o princípio da divisão funcional do poder, proclamava que “*A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece*”.

Essa é a razão pela qual JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente (“**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**”, p. 32/33, item ns. 27/28, 1958, reedição do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro), em magistério que se reveste de permanente atualidade, destacou o caráter fundamental e essencialmente limitador do postulado da divisão funcional do poder, tecendo considerações, a propósito desse tema, numa fase de nosso processo histórico, em que nem mesmo o Imperador – que era titular do Poder Executivo e do Poder Moderador – dispunha da prerrogativa excepcional de legislar à revelia da Assembleia Geral do Império, pois a Carta Política de 1824, sob tal aspecto, não transigia em torno do princípio da separação de poderes e, em consequência, sequer previa, em favor do monarca, a possibilidade de legislar mediante instrumentos extraordinários, como a medida provisória, o decreto-lei ou qualquer outro equivalente constitucional.

Cabe relembrar, bem por isso, a precisa advertência, sobre a necessidade de impor limitações ao Poder Político, feita pelo Marquês de São Vicente, que, sem dúvida, como o atesta MIGUEL REALE (“**Figuras da Inteligência Brasileira**”, p. 45/50, 2ª ed., 1994, Siciliano), foi o maior constitucionalista do Império:

“Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e

ADI 6172 MC-REF / DF

classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.

Entretanto, para que a divisão dos poderes ministre seus benéficos resultados, é de mister que seja real, que prevaleça não só de direito como de fato, que seja uma realidade e não somente nominal, que seja efetiva e não uma idealidade apenas escrita. É essencial que seja respeitada, e fielmente observada, que cada poder efetivamente se contenha em sua órbita, que reciprocamente zelem de suas atribuições, não tolerando a invasão e o despojo de sua competência constitucional. Observar praticamente a sábia disposição do art. 9º da lei fundamental é o grande 'desideratum', é a vida real do sistema constitucional. Quanto mais exata for essa observância, mais seguras e amplas serão as liberdades brasileiras, e mais regular e bem ordenada a administração nacional, marcharemos então para prosperidade; haverá crenças, espírito nacional e entusiasmo." (grifei)

Esse magistério notável, lúcido e extremamente atual, ministrado por um dos mais extraordinários constitucionalistas do Império, aluno da primeira Turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, autoriza proclamar a asserção de que a construção da ordem democrática no Brasil ou em qualquer outro País, para ser plena, há de neutralizar os impulsos gerados no interior do próprio aparelho de Estado que incompreensivelmente estimulam a desconsideração do valor e do significado que uma ordem constitucional legítima deve representar para a consciência de pessoas livres e para as formações sociais organizadas de acordo com o princípio da liberdade.

Uma visão do processo político-institucional, que se recuse a compreender a supremacia da Constituição e que hesite em submeter-se à autoridade normativa de seus preceitos, notadamente daqueles

ADI 6172 MC-REF / DF

que consubstanciam as cláusulas pétreas – **que protegem** o núcleo irreformável e a essência mesma do pacto constitucional – **é censurável e é preocupante**, pois torna evidente **que ainda há**, *na intimidade do Poder*, **um resíduo** de indisfarçável autoritarismo, **despojado** de qualquer coeficiente de legitimidade ético-jurídica.

O exercício dessa excepcional prerrogativa presidencial **torna necessário** – em função dos **paradigmas constitucionais**, que, *de um lado*, **consagram** a separação de poderes e o princípio da liberdade e **que**, *de outro*, **repelem** a formação de ordens normativas fundadas em processo legislativo *de caráter autocrático* – **que se imponha respeito** ao uso da **extraordinária** competência *de editar atos com força de lei*, **outorgada**, *ao Chefe do Poder Executivo da União*, **pelo art. 62** da Constituição da República.

Desse modo, e mesmo que o exercício (**sempre excepcional**) da atividade normativa primária pelo Poder Executivo **possa justificar-se** em situações **absolutamente** emergenciais, **abrandando**, em tais hipóteses, “*o monopólio legislativo dos Parlamentos*” (RAUL MACHADO HORTA, “**Medidas Provisórias**”, “*in*” Revista de Informação Legislativa, vol. 107/5), **ainda assim revela-se profundamente inquietante** – *na perspectiva da experiência institucional brasileira* – **o progressivo controle hegemônico** do aparelho de Estado, **decorrente** da superposição da vontade **unipessoal** do Presidente da República, **em função do exercício**, *muitas vezes imoderado*, da competência **extraordinária** que lhe conferiu o art. 62 da Constituição.

Cumprе ter presente, *bem por isso*, **no que se refere** ao poder de editar medidas provisórias, **a advertência** exposta em autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “**Do Processo Legislativo**”, p. 235, item n. 152, 3ª ed., 1995, Saraiva):

“Trata-se de um grave abuso. Ele importa no mesmo mal que se condenava no decreto-lei, isto é, importa em concentração do poder

ADI 6172 MC-REF / DF

de administrar com o poder de legislar, uma violação frontal à separação dos poderes.” (grifei)

Esse comportamento governamental faz instaurar, **no plano** do sistema político-institucional brasileiro, **uma perigosa práxis descaracterizadora** da natureza mesma do regime de governo consagrado na Constituição da República.

Eventuais dificuldades de ordem política – **exceto** quando **verdadeiramente** presentes **razões constitucionais** de urgência, necessidade e relevância material – **não podem justificar** a utilização de medidas provisórias, **sob pena** de o Executivo, **além de apropriar-se** ilegitimamente **da mais relevante** função institucional **que pertence** ao Congresso Nacional, **converter-se em instância hegemônica de poder** no âmbito da comunidade estatal, **afetando**, desse modo, **com grave prejuízo** para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de **“checks and balances”**, a relação de equilíbrio que **necessariamente** deve existir entre os Poderes da República.

Cabe advertir, *por isso mesmo*, **que a utilização** das medidas provisórias, **quando ocorrente ofensa à cláusula vedatória inscrita** no art. 62, § 10, da Constituição, **minimiza**, *perigosamente*, **a importância** político-institucional **do Poder Legislativo**.

Cumprir não desconhecer, *neste ponto*, **que é o Parlamento**, *no regime da separação de poderes*, o órgão estatal investido, *por excelência*, de legitimidade constitucional para elaborar, **democraticamente**, as leis do Estado.

Interpretações regalistas da Constituição – **que visem a produzir** exegeses **servilmente** ajustadas à visão **e** à conveniência exclusivas dos governantes **e** de estamentos dominantes no aparelho social – **representariam** clara subversão da vontade **inscrita** no texto de nossa Lei Fundamental **e ensejariam**, a partir da temerária aceitação da soberania

ADI 6172 MC-REF / DF

interpretativa manifestada pelos dirigentes do Estado, **a deformação** do sistema de discriminação de poderes, **fixado**, *de modo legítimo e incontestável*, pela Assembleia Nacional Constituinte.

Impõe-se lembrar – *e lembrar a todo momento* – que os poderes do Estado, em nosso sistema constitucional, **são essencialmente definidos e precisamente limitados**. “E a Constituição foi feita” – **adverte** a doutrina (HUGO L. BLACK, “Crença na Constituição”, p. 39, 1970, Forense) – “para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos”.

Tenho sempre enfatizado, *bem por isso*, **que uma Constituição escrita não configura** mera peça jurídica subalterna, **que possa sujeitar-se** à vontade discricionária e irresponsável dos governantes, **nem representa** simples estrutura formal de normatividade, **nem pode caracterizar ou ser interpretada** como um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das Nações (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A Constituição – cujo sentido de permanência, estabilidade e transcendência **deve** sobrepor-se à irrupção de crises meramente episódicas **ou** à ocorrência de dificuldades de natureza conjuntural **que eventualmente afetem** o aparelho de Estado **ou, até mesmo, a própria** sociedade civil – **reflete**, *ante a magnitude de seu significado político-jurídico*, **um documento solene** revestido de importância essencial, **sob cujo império protegem-se as liberdades, impede-se a opressão do poder e repudia-se o abuso governamental**.

O exercício das funções estatais **sofre** os rígidos condicionamentos **impostos** pela ordem constitucional. O **extravasamento** dos limites de sua atuação **põe**, *gravemente*, em causa, **a supremacia, formal e material, da Constituição e gera** situações de conflituosidade jurídico-institucional, **na medida em que os atos de usurpação** qualificam-se **como fatores** de ruptura do equilíbrio entre os Poderes do Estado.

ADI 6172 MC-REF / DF

O constituinte brasileiro, **ao elaborar** a Constituição que nos rege, **mostrou-se atento e sensível** à experiência histórica de outros Povos e **fez consagrar**, na Carta Política que promulgou, **fiel** à nossa própria tradição constitucional, **um princípio** cuja essencialidade – *tal como previamente já assinalado* – **é marcante** no plano das relações institucionais entre os órgãos da soberania nacional.

Esse princípio – **o da separação de poderes** –, *a que é insito um sentido de fundamentalidade*, **foi proclamado**, na Constituição brasileira de 1988, **como um dos seus núcleos irreformáveis**, insuscetível, *até mesmo*, de alteração por via de emenda constitucional (**CF art. 60, § 4º, III**).

O sistema de “*checks and balances*”, de freios e contrapesos, **possibilita**, *pelo exercício de controles interorgânicos recíprocos*, **a harmonia e a interdependência** entre os poderes do Estado, **com o que se preserva** o regime das liberdades públicas **e se mantém**, *no plano da sociedade política*, o equilíbrio institucional entre esses mesmos poderes.

O **fato gravíssimo** *consistente na ruptura* do sistema constitucional ocorrerá **sempre que qualquer** dos Poderes exercer, **com expansão desordenada**, atribuições que lhe não são próprias, **ou, então, impedir** por atos **que se desviem** da ortodoxia constitucional, **o normal desempenho**, *pelos demais Poderes do Estado*, de funções que lhes são inerentes.

O Supremo Tribunal Federal **possui** *a exata percepção dessa realidade* **e tem**, *por isso mesmo*, **no desempenho** de suas funções, **um irrenunciável compromisso** na preservação da intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência** de grupos, instituições ou estamentos **prevaleçam e deformem** o significado da própria Lei Fundamental.

ADI 6172 MC-REF / DF

Nesse contexto, incumbe aos Juizes da Corte Suprema do Brasil o desempenho dos deveres que lhes são inerentes, entre os quais avultam, por seu inquestionável relevo, o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal.

Torna-se de vital importância reconhecer, por tal razão, que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição por expressa e soberana delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juizes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental, como adverte KONRAD HESSE (“A Força Normativa da Constituição”, p. 22, 1991, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor).

ADI 6172 MC-REF / DF

É que uma Constituição democrática – muito mais do que um estatuto de organização do poder e de garantia das liberdades públicas – **reveste-se de alta significação emblemática, pois representa a expressão mais intensa** do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, **nela concentrando-se o modelo legitimador** das práticas governamentais e do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

Tenho salientado, bem por isso, em diversas decisões que proferi no Supremo Tribunal Federal, que os desvios inconstitucionais do Estado no exercício do seu poder geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos que deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

Afinal, nunca é demasiado reafirmá-lo, a ideia de Estado democrático de Direito traduz um valor essencial e exprime um dogma fundamental: o da supremacia formal e material da Constituição, a significar que ninguém, absolutamente ninguém, tem legitimidade para transgredir e vilipendiar a Constituição e as leis da República. Em uma palavra: ninguém está acima da autoridade do ordenamento jurídico do Estado.

Estas, Senhor Presidente, são as razões que me levam a acompanhar, integralmente, o voto proferido pelo eminente Relator, motivo pelo qual referendo a decisão por ele proferida na presente ação direta de inconstitucionalidade.

É o meu voto.