

ANO IV – N.º 08



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda



**JAN/MAR
2008**

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 4 • Volume 4 • Número 8
Jan-Mar 2008 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2007/08

Luciana Lois Santos Rodrigues, Presidente
Fábio Zech Sylvestre, Vice-Presidente
Fábio Sampaio Capela, Secretário-Geral
Felipe Teixeira Neto, Diretor Científica
Bibiana Brum Ohira, Diretora Social
Anna Karine Turbay Palodetto, Diretora Financeira

Conselho Editorial:

Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto
Prof. Doutor Fernando Araújo
Prof. Doutor Jorge Miranda
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão
Profa. Doutora Maria Fernanda Palma
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Conselho Deliberativo:

João Hélio Ferreira Pes
Lauren Lautenschlager
Raul de Mello Franco Junior

Conselho Executivo:

Julia Pereira Chaves
Michelle Fontenelle Bezerra Guedes

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



Súmula Vinculante e Constituição Dirigente: Uma Questão da Soberania

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, Alemanha,
Professor da Universidade de Fortaleza, CE, Brasil,
Procurador-Geral do Município de Fortaleza, CE, Brasil.

*"Rompi, cortei, quebrei, e disse, e fiz,
mais do que todo cavaleiro andante;
fui valente, destríssimo, arrogante,
mil agravos vinguei, cem mil desfiz"¹.*

INTRODUÇÃO

Decorridos mais de três anos da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 tem o Conselho Nacional de Justiça – CNJ doravante - obtido da opinião pública e do pensamento de intelectuais a se ocuparem do assunto quase uma unanimidade: no desempenho de suas prerrogativas, o CNJ tem um saldo positivo. Sem dúvida uma das questões de maior polêmica foi a da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, a enfrentar um dos pontos mais importantes da republicanização do estado brasileiro, isto é, a presença do nepotismo no âmbito de todo o Poder Judiciário do País. Anterior, porém, aos embates a respeito da constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, discutiu-se no mesmo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004, novamente no ponto sobre a criação do CNJ. Nos dois casos de arguições de inconstitucionalidade e de constitucionalidade - é interessante notar que a Associação dos Magistrados Brasileiros foi a protagonista a provocar o Supremo Tribunal Federal, desencadeando amplo debate de idéias nos principais meios de comunicação e periódicos científicos brasileiros. Como se constata, a mencionada Emenda e suas conseqüências não passaram despercebidas do cenário político-jurídico nacional.

Para além destas questões, gostaria de enfrentar neste pequeno texto uma digressão sobre tema igualmente trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, notadamente, aquele da súmula vinculante - incorporada pela introdução do art. 103-A e seus parágrafos - a partir de seus nexos com o estado democrático de direito objetivamente definido pela Constituição da República.

I.

Praticamente desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 que se discute no Brasil a necessidade do efeito vinculante nas decisões de controle

¹Cervantes, Miguel de: *Dom Quixote de la Mancha*, vol, 1, Ediouro, SP, 2002, p. 97.

concentrado da constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Mais que discussão, constatava-se mesmo um ressentimento, da parte de intelectuais e juristas, pela inexistência de tal mecanismo a auxiliar e tornar mais eficaz o sistema de controle concentrado da constitucionalidade nacional.

Juntava-se a este vazio a curiosa situação do controle da constitucionalidade brasileiro. Por um lado, a então existente ação direta de inconstitucionalidade possibilitava o controle abstrato o qual convivía com a possibilidade do controle difuso; ambos modelos (abstrato e concreto) julgados perante uma única e última instância (o Supremo Tribunal Federal) que não era corte exclusivamente constitucional. Assim, a Constituição da República incorporou elementos das duas grandes experiências em controle da constitucionalidade: a primeira, aquela dos Estados Unidos da América, com seu controle difuso, exercido por um tribunal que não era formado somente para o controle da constitucionalidade, mas funcionava como instância recursal; a segunda, representado pela formulação europeia após 1945, isto é, com tribunais dedicados somente à guarda da constituição e em controle abstrato da constitucionalidade. Como se não bastassem tais diferenças entre os modelos, a formação dos tribunais em cada uma destas experiências era enorme: na primeira, os nomeados partiam de iniciativa do Presidente da Nação e permaneciam vitaliciamente no cargo; na segunda, as nomeações ou se originam do Poder Legislativo, possuindo os nomeados mandato certo, temporalmente limitado. O Brasil, então, optara pelo que se qualifica como um sistema híbrido: controles abstrato e concreto, corte não exclusivamente constitucional, nomeações pelo Presidente da República, sem a presença do efeito vinculante. Para muitos, portanto, a confusão estava feita, provando-a o período de crise econômica a desafiar a inteligência da economia política pátria praticamente desde o início dos anos 80. Este argumento, aliás, foi utilíssimo para que se defendesse a introdução do efeito vinculante no sistema de controle da constitucionalidade, já que exatamente sua ausência impossibilitava, por parte do governo, o combate à superinflação brasileira e à paralisia do desenvolvimento econômico: o governo fazia publicar um plano econômico, e juízes e tribunais de primeira e segunda instância decidiam por aspectos inconstitucionais do plano econômico elaborado. Como não se tinha efeito vinculante, embora as decisões do Supremo Tribunal federal fossem favoráveis a esse plano, a insegurança esta gerada, já que as sentenças dos juízes e tribunais somente poderiam ser revistas ao chegarem, pela via do recurso extraordinário, no mesmo STF. Assim respondeu o controle da constitucionalidade – e a própria Constituição – pela ingovernabilidade do País, até o redentorismo da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993!

Com a introdução da ação direta de constitucionalidade – ADC – e seu efeito vinculante pela Emenda Constitucional nº 3/93, comprovou-se que a governabilidade estava mais a exigir da Constituição do que a democracia. Uma das características fundamentais da ADC era o seu diminuto rol dos ativamente legitimados para sua propositura: figuravam, na redação original do então introduzido § 4 ao art. 102 da Constituição Federal, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República como as únicas autoridades com legitimidade à propositura de ADC. Como salta aos olhos, somente figuras do Estado, em divergência ao art. 103 da Constituição o qual legitimava figuras representativas do Estado e da sociedade

para a legitimidade ativa de proposta de ação direta de inconstitucionalidade – ADI, esta, até o momento, destituída da possibilidade de efeito vinculante. A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, resolveu, ainda estes problemas: tanto unificou o rol dos legitimados ativamente para propositura de ADI e ADC – em torno de todos os listados no art. 103 – como pacificou um tormento para o Supremo Tribunal Federal ao conferir efeito vinculante a todos os instrumentos de controle concentrado da constitucionalidade brasileiros perante o mesmo STF.

Com a redação inicial da Emenda Constitucional nº 3/93 não restou dúvida de que a situação econômica do País prevaleceu. Evidente que não faltaram sólidas vozes contrárias ao efeito vinculante e sua absoluta incompatibilidade com a garantia fundamental da ampla defesa **com os recursos a ela inerentes** aos litigantes em processo judicial ou administrativo, na conformidade dos parâmetros do art. 5º, LV da Constituição da República.

No julgamento da ADC nº 1 pelo Supremo Tribunal Federal o problema foi resolvido. Em acórdão cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, um astuto e original argumento manteve a constitucionalidade do efeito vinculante. Entendeu o Min. Moreira Alves que a cláusula do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal aplicava-se somente aos processos de interesses pessoais, entre partes privadas e não àqueles de controle da constitucionalidade. Assim, inexistia qualquer violação à cláusula eterna do inciso IV do § 4º do art 60 da Constituição – a impedir a apreciação de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Nas palavras do próprio acórdão:

“A improcedência desses ataques com relação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias fundamentais é evidente **em face dos instrumentos pelos quais se realiza o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos** – e a ação declaratória de constitucionalidade é um deles – **terem natureza de processos objetivos que visam ao interesse genérico de defesa da Constituição em seu sentido mais amplo, e aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processo *inter partes*) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos**”². (Grifei).

Embora esteja claro que o texto constitucional do inciso LV do art. 5º não tenha sequer mencionado qualquer tipo de exceção à aplicação da ampla defesa **com os recursos a ela inerentes** – tampouco o excepcionou qualquer instante do texto da Constituição – restou, com esta idéia, superado o obstáculo constitucional contrário à introdução do efeito vinculante no constitucionalismo brasileiro.

Merece registro, ainda, um desafio não olvidado pelo STF e que decorre necessariamente do entendimento acima demonstrado. Ao afirmar a singularidade dos processos de controle concentrado da constitucionalidade no acórdão da ADC nº 1 a não exigirem estes processos, a aplicação da ampla defesa com os recursos a ela inerentes, ratificou este Tribunal toda a especialidade de tais processos, que não admitem, por exemplo, instrução. Resta a pergunta a respeito dos motivos que

²ADC nº 1, *in*: Mendes, Gilmar Ferreira: Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil, Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 2000, pp. 274/275.

conduziram o mesmo STF a manter, até os dias atuais, a constitucionalidade da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 que, no § 1º do art. 9º, abre (positivamente, ressalte-se) a possibilidade de “instrução processual” – semelhantemente, portanto o que se dá nos processos *inter partes* de “interesse subjetivo” - quando prevê este dispositivo infraconstitucional que:

“§ 1º - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoa experiência e autoridade na matéria”.

Após o acórdão da ADC nº 1, as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 que regulamentam, a primeira, ADI e ADC; e a segunda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – igualmente atribuído o efeito vinculante às decisões proferidas pelo STF em sede de ADPF, por força do § 3º do art. 11 do último diploma normativo – não restaria mais questionamento sobre a constitucionalidade do efeito vinculante e sua aplicação no Brasil.

II.

Não há como negar que o ingresso da súmula vinculante também obedeceu ao parâmetro da governabilidade. Razões de ordem pragmática sempre estiveram presentes nas centenas de entrevistas, eventos, conferências, publicações a enfrentarem o tema do “descalabro no funcionamento dos tribunais superiores” causado pela “irracionalidade” de se ter que aguardar a última palavra de tribunais superiores em matéria já amplamente debatida e consolidada pela jurisprudência. Nesta sintonia, muito do estrangulamento dos tribunais superiores foi creditado à inexistência de um mecanismo processual eficiente que evitasse ocupar estas cortes no reexame daquilo que elas mesmas já haviam firmando convencimentos em julgados anteriores de forma reiterada. Assim é que a súmula vinculante ingressou no âmbito da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida durante sua tramitação no Congresso Nacional pela “Reforma do Poder Judiciário”.

A súmula vinculante foi incorporada pelo art. 103-A, com a seguinte redação (e a transcrição, com os destaques de minha responsabilidade, é importante para a idéia que desenvolverei):

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em reação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei”.

A vinculação, portanto, de um julgado do Supremo Tribunal Federal nas condições acima previstas atinge, como não poderia deixar de ser, a todos, e aqui

começa o maior problema de teoria da democracia que se pode extrair a partir da objetividade da Constituição da República.

O inciso II do 5º da Constituição consolida uma das unânimes conquistas do constitucionalismo liberal democrático, qual seja, o princípio da legalidade que consiste na determinação de que de ninguém será exigida conduta não prevista em lei. Referido princípio é antecedido somente pelo elemento fundante do conteúdo da democracia na modernidade: a igualdade de todos perante a lei, com ênfase à inequívoca condição de igualdade entre homem e mulher. Esta ordem de princípios constitucionais não me parece aleatória, porém como produto da “razão da história”. Os outros princípios constitucionais a precederem àquele da legalidade ratificam-no. É que a objetiva definição constitucional de que o estado brasileiro é uma república democrática não deixa espaço para incertezas: somente se pode pensar uma república democrática numa ambiência de igualdade e legalidade democráticas.

Ora, se **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**, como se exigir que alguém faça ou deixe de fazer uma coisa em virtude de uma decisão vinculante do Supremo tribunal Federal, uma vez que uma decisão do STF não é lei? Eis o problema!

A elaboração das espécies normativas está expressamente previstas na Constituição, acarretando a inobservância destas normas relativas ao processo legislativo a inconstitucionalidade dos atos normativos assim emanados, como é do conhecimento elementar de todos. O que a súmula vinculante – e também o efeito vinculante – provocam não é uma mera questão semântica; é uma concreta pergunta de teoria constitucional democrática cuja resposta poderá comprometer um dos mais vigorosos princípios de todo o constitucionalismo mundial e não somente o brasileiro.

Na medida em que efeito e súmula vinculante se estendem a todos os órgãos do Poder Judiciário a todas as esferas da pública administração brasileira, tem-se que muitos brasileiros farão e deixarão de fazer coisas não em virtude de lei, mas em virtude de decisão judicial.

Este debate carece ainda de outros esclarecimentos. A legalidade não foi eleita como um dos pilares do moderno constitucionalismo democrático mundial em virtude de uma articulação normativista do direito constitucional ou da dogmática jurídica. Também é secundariamente por estas razões! Não há como se romper, entretanto, o encadeamento da idéia de que a supremacia da legalidade, como princípio fundante de uma democracia constitucional, tem sua origem no papel do poder legislativo, representante primeiro da soberania popular; soberania popular igualmente alçada à qualidade de base legitimadora da democracia brasileira atual. E não há novidade alguma na evolução desta idéia. Aqui as palavras de Norberto Bobbio não poderiam ser mais oportunas:

“Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva”³

³Bobbio, Norberto: *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*, Ed. Mandarim, SP, 2000, p. 227.

Neste pensamento, Bobbio é apenas herdeiro do melhor da tradição do conceito de democracia do Iluminismo, corporificada nos pensamentos de Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau. Para o primeiro:

“Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (*trias politica*): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz (...)”⁴.

E, finalmente, para o genebrino:

“O poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessar suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo”⁵.

O que se obriga a concluir que uma relativização do princípio da legalidade – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – traduzirá uma relativização de um outro princípio constitucional: o da soberania popular, o que compromete irremediavelmente a natureza democrática da Constituição da República de 1988.

Pode-se ainda argumentar contrariamente que este obstáculo – de relativização do sentido do termo “lei” - envolve a definição do sentido de lei, passível de se extrair do texto constitucional. E na tarefa desta definição tem sido o Supremo Tribunal Federal controverso.

Nos mandados de segurança que se apreciaram durante o processo e julgamento por crime de responsabilidade do então Presidente Collor de Mello, o sentido do termo lei constante do inciso XXXV do art. 5º - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – restou impreciso.

Mesmo antes do processo e julgamento que recaiu sobre o ex-Presidente Collor de Melo, no mandado de segurança (MS) nº 20.941-DF, o Supremo Tribunal Federal debateu-se com a questão preliminar de sua competência para conhecer ou não do pedido. Preliminar levantada pelo Min. Paulo Brossard, acompanhada nesta ação pelo Min. Sepúlveda Pertence, foi a de que o mandado de segurança analisado era questão política, impossível de conhecimento e julgamento pelo Poder Judiciário. Sustentou sua visão o Min. Paulo Brossard no inciso XXXV do

⁴Kant, Immanuel: *Metaphysik der Sitten*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Sonderausgabe 1983, Bd. 7, Darmstadt, 1983, pp. 431/342. No original: „Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d.i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (*trias politica*): die Herrschende Gewalt (*Souveränität*), in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt, in der des Regiers (zu Folge dem Gesetz), und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz), in der Person des Richters (*potestas legislatoria, rectoria ej iudiciaria*), gleich den drei Sätzen in einem praktischen Vernunftschluß: dem Oberstaz, der das Gesetz jenes Willens, dem Untersatz, der das Gebot des Verfahrens nach dem Gesetze, d.i. das Prinzip der Subsumtion unter deselben, und den Schlußstz, der den Rechtspruch (die Sentenz) enthält, was im vorkommenden Falle Rechtens ist“. A tradução é de minha responsabilidade.

⁵Rousseau, Jean-Jacques: *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*, trad.: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima, Hemus, São Paulo, 1981, p. 96.

art. 5º da Constituição: para ele, a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; a lei não pode fazê-lo. A Constituição pode, e assim fez quando entregou ao Poder Legislativo - Câmara dos Deputados e Senado Federal – o processo e julgamento por crime de responsabilidade do Presidente da República.

Idêntica preliminar esteve presente nos MS nº 21.564-DF e nº 21.689-DF⁶ que se deram durante o processo contra o ex-Presidente Collor de Mello. E foram resolvidas da mesma forma: Min. Paulo Brossard levantava a preliminar, que era rejeitada – rejeição que agora contou com a mudança de orientação jurisprudencial do Min. Sepúlveda Pertence – sem que, porém, o STF fixasse um entendimento sobre o significado do termo “lei” neste dispositivo constitucional.

O que parece lícito é a compreensão de que, para o STF, o termo “lei” do art. 5º, XXXV tenha um significado amplo, a incluir o próprio texto constitucional. Em assim sendo, o problema subsiste. Agora com a jurisprudência conhecida e consolidada do próprio STF sobre o sentido do termo “lei” no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Com o julgamento da ADI nº 3.105⁷, o STF tornou perfeitamente possível a conclusão de que o termo “lei” neste caso tem um significado menos amplo: emenda constitucional – que não é lei – pode vir a alterar situações já consolidadas, como bem definem Gilmar Mendes *et alli*:

“Também aqui considerou-se a não-configuração de direito adquirido a um dado estatuto jurídico. A não-incidência inicial da contribuição sobre os proventos dos inativos não assegurava aos aposentados imunidade em relação à tributação, e o fato de não se ter estabelecido a tributação até então não legitimava, do ponto de vista do direito adquirido, a preservação indefinida desse *status*”⁸.

III.

O desafio permanece: é legítima a consideração do elemento governabilidade, especialmente quando se tem em mente a impossibilidade de se ter, no nível máximo, governabilidade e democracia? Se se trata de uma “escolha de Sofia”, esta haverá de ser encarada com maturidade e realismo, a exigir do direito constitucional todos os recursos que ele pode oferecer ao processo civilizatório compatível com o acúmulo histórico, no caso, da experiência constitucional brasileira.

Parece fora de questão que os instrumentos de controle concentrado da constitucionalidade no Brasil estavam sempre a reclamar instrumentos mais

⁶O inteiro teor dos mandados de segurança aqui indicados, contendo todos os votos de todos os Ministros do STF estão em: Supremo Tribunal Federal: Impeachment, Imprensa Nacional, Brasília, 1996.

⁷Proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – contra a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁸Ferreira Mendes, Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: Curso de Direito Constitucional, Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2007, p. 459.

eficazes para a imediata manutenção da autoridade competente para exercer este controle. Uma vez que a escolha política do constituinte nacional se deu pela existência do Supremo Tribunal Federal, nada mais racional do que lhe garantir a autoridade de suas decisões pelos demais órgãos do Poder Judiciário, no mínimo. Afinal, não seria desejável que se pudesse afirmar sobre o Brasil aquilo que Hegel, de forma tão incisiva, asseverou a respeito da Alemanha no início do século XIX: “A Alemanha não é mais um Estado”⁹. E não era a Alemanha mais um estado pelo fato de inexistir a autoridade do estado sobre poder econômico e político privados e, da mesma forma, por não se constatar eficiência alguma da justiça na garantia do cumprimento da lei.

Como a constituição dirigente brasileira não se fecha ao futuro e é sobretudo resultado do conflito de interesses sempre inerente ao pluralismo cultural, étnico e político do País, os caminhos que podem conduzir a conciliação entre governabilidade- neste pequeno texto centrada na problemática do efeito/súmula vinculante – e a garantia da democracia - representada neste momento pela prevalência da soberania popular – advirão da força concreta da Constituição, e da aplicação realista do direito constitucional. Neste panorama, com certeza a realização de consulta referendárias para emendas constitucionais aprovadas pelo parlamento brasileiro e cuja incompatibilidade com as determinações da própria Constituição fosse discutível, exigiria muito da democracia brasileira. Por outro lado, porém, não faria com que a responsabilidade da aplicação de tais emendas recaísse somente sobre os ombros do Supremo Tribunal: aqui o povo seria seu próprio juiz, senhor de si próprio e de sua constituição, esvaziando muito da crítica que se mantém ainda acesa contra a legitimidade democrática da jurisdição constitucional: “aquele que detém a autoridade absoluta de interpretar qualquer lei escrita ou falada; este é, em todo caso, o verdadeiro legislador, e não aquela pessoa que escreveu ou falou tais leis”¹⁰.

⁹Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Die Verfassung Deutschlands*, in: G. W. F. Hegel: *Frühere Schriften*, Werk I, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt/M., erste Auflage, 1986, p. 461. No original: “Deutschland ist kein Staat mehr”.

¹⁰Bispo Benjamin Hoadly, em sermão perante o Rei George I da Inglaterra. In: Whittington, Keith E.: *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2007, p. VII. No original: “Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken law, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not that person who first wrote or spoke them”.