

Discurso em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, proferido pela Professora Misabel Derzi, no dia 20 de agosto de 2010 no XIV Congresso Internacional de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. No referido congresso foi ministro foi homenageado. A Professora Misabel Derzi proferiu o discurso na qualidade de Presidente da Associação.

EM HOMENAGEM AO MINISTRO **GILMAR FERREIRA MENDES**, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O XIV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO – ABRADT – homenageia o Ministro do Supremo Tribunal Federal, **GILMAR FERREIRA MENDES**.

Se considerarmos a admiração e o reconhecimento de todos, esta homenagem já vem tarde, poderia e deveria ter ocorrido há tempos atrás. Mas o tema deste CONGRESSO (e todos sabem que os nossos CONGRESSOS são SEMPRE temáticos) que é SEPARAÇÃO DE PODERES e EFETIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO torna esta homenagem coerente, adequada e especialmente, muito especialmente, **justa**. Nosso Ministro GILMAR MENDES representa hoje, para todos nós, exatamente isso, um homem que garantiu e garante a efetividade da separação de poderes, o Estado de Direito, enfim, a segurança jurídica e a LIBERDADE.

GILMAR FERREIRA MENDES não é mineiro, mas tem raízes muito parecidas com as de todo mineiro. Nasceu em Mato Grosso, em Diamantino, terra descoberta e povoada pelos bandeirantes, fundada desde 1728. Ali o ouro estava à flor do solo e o diamante brilhava no planalto e cintilava pelas águas naturais que banhavam e banham aquelas terras.

Se é possível definir um Estado por meio de uma única palavra, a palavra certa para nossa MINAS GERAIS é LIBERDADE. Sempre foi, desde suas origens, *Libertas quae sera tamen*. Desbravadas as terras mineiras pelos bandeirantes com a descoberta do ouro e do diamante, após um breve período de isolamento, no início dos anos de 1700, em que os forasteiros eram expulsos, isolamento tão desejado pelos paulistas à cata do monopólio nas concessões, o rei mandou abrir o território mineiro a todo estranho, vindo de outras Capitanias e reinóis, que quisessem obter a concessão, explorar o ouro e pagar-lhe o quinto. A *guerra dos EMBOABAS* é disso um exemplo. Assim formado, de povo proveniente de todas as partes, MINAS GERAIS criou identidade própria, forjada na INTEGRAÇÃO e identidade específica, de índole nacional. Esse o *MOVIMENTO LIBERTÁRIO DA INCONFIDÊNCIA MINEIRA*, ao final do século XVIII, que nos legou o maior herói nacional, TIRADENTES. LIBERDADE mas INTEGRAÇÃO NACIONAL. LIBERDADE só com INTEGRAÇÃO NACIONAL.

Pois bem. A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO, sediada em MINAS GERAIS, homenageia o homem forte, GILMAR MENDES, nascido de terras auríferas.

Simbolicamente, na terra da LIBERDADE, não nos reunimos aqui para louvar a sua competência, a sua cultura, o seu belíssimo currículo, que

qualquer um de nós pode extrair do *site* do Supremo Tribunal Federal. De DIAMANTINO para o mundo, o Ministro **GILMAR MENDES**

- bacharelou-se e se tornou Mestre pela Universidade de Brasília;
- concluiu Mestrado e Doutorado na Universidade de Münster, Alemanha. Em 1990, quando se tornou Doutor na Alemanha foi aprovado com o predicado *Magna cum laudae*, e o tema central de seus trabalhos foi exatamente o controle abstrato de constitucionalidade;

Mas não nos reunimos aqui para lhe elogiarmos a boa formação acadêmica...

- exerceu o cargo de Procurador da República e advogou, especialmente exerceu advocacia pública – foi Consultor Jurídico e Advogado Geral da União;
- tomou posse, como Ministro do Supremo Tribunal Federal em junho de 2002, portanto, há oito anos; nesse período, foi Presidente do Tribunal Superior Eleitoral; depois, desde abril de 2008 a 2010, foi Presidente da Corte Suprema e, evidentemente, do CNJ, Conselho Nacional de Justiça;

Ainda assim não estamos aqui para saudar homem tão especial, que recebeu tão nobres e ilustres atribuições...

- paralelamente, desenvolveu uma vida acadêmica como professor na UNB, orientando várias teses naquela Universidade e em outras do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Sua produção científica é robusta, numerosa, densa e notável. Obras individuais e coletivas tornaram-se clássicas e de consulta obrigatória relativas aos temas do *Controle Abstrato de Constitucionalidade*; *Direitos Fundamentais*; *Procedimento Legislativo*. Esses temas terão reflexos profundos em sua atuação junto ao Supremo Tribunal Federal.

Mas não é interessante prosseguir. Os senhores têm fácil acesso a tais dados biográficos. E não é interessante porque a motivação central de nossa homenagem não está focada nesse ponto, são numerosas as condecorações, menções honrosas e demais premiações ao talento do Ministro **GILMAR MENDES**, reconhecido no Brasil e no exterior.

Nosso Ministro Mineiro, CARLOS MÁRIO VELLOSO, em artigo publicado no Estado de Minas em 23 de abril de 2010, nos aproxima daquilo que, de raro e notável, queremos louvar em **GILMAR MENDES**:

“Intimorato, íntegro, bravo, GILMAR MENDES fez valer a autoridade do Supremo Tribunal toda vez que essa autoridade foi desafiada. Forte na Constituição e na defesa das liberdades públicas, impôs um basta à escalada policialesca que tomava corpo com as prisões espetaculosas de cidadãos, inclusive advogados, diante dos holofotes das televisões, prisões que se faziam muita vez simplesmente para que os presos prestassem declarações à polícia. Advogados tiveram seus escritórios e seus arquivos abertos à fúria policialesca. As interceptações telefônicas, realizadas a rodo, tinham as conversações interceptadas postas na mídia, ao arrepio da lei, que isso tipifica

como crime. Cidadãos pacíficos eram algemados diante das câmeras de televisão, num festival de desrespeito à dignidade da pessoa humana, dado que as algemas, que lembram o crime, desmoralizam e representam condenação antecipada. É como condenar para depois julgar. Algemas só devem ser utilizadas relativamente aos criminosos contumazes, aos indivíduos violentos e em caso de resistência e de fundado receio de fuga. A isso tudo reagiu, corajosamente, GILMAR MENDES, brandindo a Constituição. No que concerne ao uso de algemas, editou o Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante nº 11. E o fez decidindo um habeas corpus que tinha por objeto o julgamento, pelo júri popular, de um operário.

A Nação vai ficar devendo ao presidente GILMAR MENDES o basta que impôs à escalada policiaisca...

Mas, dizemos nós, a Nação não vai ficar devendo. A NAÇÃO e MINAS GERAIS, todos nós cidadãos já devemos, já ficamos devendo a GILMAR MENDES.

Ulisses, narra a Odisséia de Homero, passou pela ilha de Capri, a ilha das sereias, cujo canto, sedutor e irresistível para qualquer homem, levava-o à morte. Ulisses, então, tapou com cera os ouvidos de seus tripulantes. Em seguida, mandou que os homens o amarrassem ao mastro e proibiu-os de soltá-lo, por mais que lhes implorasse. Tornou-se, assim, o primeiro homem a ouvir o “canto das sereias” e a sobreviver.

GILMAR MENDES ouviu o “canto das sereias” e resistiu. Suas fortes amarras não eram visíveis, mas ataram-no à própria consciência. De um lado, a Justiça do espetáculo – como alerta FRANÇOIS OST, em O TEMPO DO DIREITO, a Justiça IMEDIATA, barulhenta, das manchetes e dos linchamentos públicos configuram o “canto das sereias” que seduz pelo elogio fácil, instantâneo, dos meios de comunicação. O preço a pagar, a morte do Direito, da Constituição, do Estado de Direito.

GILMAR MENDES decidiu e toda decisão é uma CISÃO. Para decidir é preciso escolher, cindir entre o lícito e o ilícito, entre o justo e o injusto. GILMAR cindiu e impôs a regra constitucional, da dignidade humana, da LIBERDADE. Não se deixou envolver por nenhuma determinação estranha ao sistema jurídico, de cunho político, econômico ou social; fez como deve ser em um Estado de Direito e como ensina NIKLAS LUHMANN (“La Costituzione come acquisizione evolutiva”. In: Il Futuro della Costituzione. Org. Zagrebelsky, Gustavo. Torino, Einaudi, 1996). Impôs, sobre todas as expectativas midiáticas e policiais, a voz do Poder Judiciário e, com isso, o fortaleceu, restabelecendo a segurança e a confiança nos direitos e garantias fundamentais. O papel de GILMAR MENDES na construção dos direitos da LIBERDADE é assim fundamental.

Com GILMAR MENDES, o Poder Judiciário brasileiro não é apenas uma autoridade, uma autoridade qualquer, mas um verdadeiro PODER, como manda a Constituição.

Identificar se um “poder” é, de fato e de direito, um poder estatal, depende da concepção que se tenha de Estado e de Poder. JEAN-CLAUDE MILNER com razão observa que “*um poder é criador de regras, uma autoridade faz respeitar as regras que ela não cria.*” E, a partir desse conceito, conclui que, no modelo clássico de separação de poderes, o Poder Judiciário não é concebido como um Poder, mas simplesmente como *autoridade*, que

garante a observância das regras criadas por outro Poder, o Legislativo. Aliás, na terra de MONTESQUIEU, em que o juiz é apenas “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”, a expressão *autoridade* é aquela utilizada pelas Constituições, desde 1875, diz MILNER, em lugar de Poder Judiciário. (Ver JEAN CLAUDE MILNER, Les Pouvoirs: d’un Modèle à l’autre. Revue Éclucidation, nº 6/7, 2002, p. 9.)

É necessário reconhecer, sobretudo, que a decisão judicial, embora orientada pelas leis em seu enunciado lingüístico, pela Dogmática/pela Ciência do Direito e pelos precedentes, encontra, ainda assim, alternativas de interpretação deixadas pelo legislador e pela Constituição, ou lacunas que ele mesmo ordena sejam preenchidas. Isso demonstrou tão bem R. DAHL, em seus levantamentos estatísticos, referidos à Corte Constitucional dos EUA¹. A escolha de uma das alternativas de interpretação, a cisão na decisão judicial, a solução de conflitos entre normas e a integração – se compatíveis com os enunciados lingüísticos postos pelo legislador e pela Constituição - não configuram nenhum excesso no exercício das funções judicantes. São a própria natureza da função do Poder Judiciário que, de fato, é um Poder e não singela autoridade. (Autoridade será a Policial, por exemplo).

E mais, a concepção clássica de separação dos poderes, poderes restritos, dentro do modelo clássico, assenta-se na racionalidade derivada da lógica dos conceitos, que opõe a extensão à compreensão. Assim, a teoria dos poderes estatais, como sabiamente observa MILNER, valeu-se da simetria inversa da lógica dos conceitos: em tese, uma lei, forjada sempre para o futuro, o que é de sua natureza, tem uma extensão máxima (pode abranger um número indefinido de sujeitos e objetos) e uma compreensão mínima (seus termos são muito gerais e abstratos); já a sentença, forjada para o passado, para um caso já ocorrido em relação a uma lei anterior, tem extensão mínima, abrangendo apenas as partes do caso, porém tem uma compreensão máxima. Classicamente, a regra da não contradição, do terceiro excluído, do raciocínio binário ou...ou, e da hierarquização dos conceitos, que tem no seu topo a norma fundamental – a Constituição – integram necessariamente a estrutura da sistemática lógico-política de divisão dos Poderes do Estado. E isso não se pode perder.

Na teoria da separação de poderes contemporânea, adequada às sociedades de risco altamente complexas, continua sendo de alta relevância diferenciar entre conceitos mais ou menos abstratos, mais ou menos concretos, a teoria dos conceitos persiste, mas o que é peculiar é que não se esconde mais o fato de que a jurisprudência consolidada cria expectativas normativas que atingem terceiros, que não são parte no processo, ou seja, ganha certa generalidade e abstração. Estamos falando da norma judicial ou regra que funda a decisão - não da parte dispositiva da sentença – regra extraída de muitos casos concretos. A *ratio decidendi*, ou regra judicial, se consolidada, converte-se em jurisprudência com presunção absoluta de repercussão geral, súmula, súmula vinculante. E A INFLUÊNCIA DE GILMAR MENDES É

¹ Não conhecemos pesquisa similar tão completa, em nosso País. Mas, o exemplo norte-americano é de alta relevância porque, demonstrado o “politicismo” inerente às decisões judiciais, a partir da Corte Suprema dos EUA, a chamada *allopoiesis* do sistema jurídico nacional fica bastante atenuada. Ver ROBERT DAHL, Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law* 6:279-95, 1957; republicado em 2001, *Emory Law Journal* 50:536-581.

DECISIVA EM NOSSO PAÍS, EXATAMENTE NESSA DIREÇÃO, na construção da separação de poderes adequada às sociedades de alta complexidade. A norma judicial aproxima-se assim, a partir do momento em que se converte em jurisprudência uniformizada, da norma legal em suas características essenciais, mas não é lei.

O Ministro GILMAR MENDES tem perfeita consciência de que o Poder Judiciário é um PODER, e o sustenta em equilíbrio, isonomia e harmonia com os demais. E disso depende a estrutura básica do Estado de Direito. Ele sabe que o Juiz aplica e cria o Direito, o Direito do caso, algo tão cedoço, e proclamado desde OSCAR BÜLOW. Mais ainda, ele sabe que jurisprudência que se consolida, que serve de base para a confiança legítima, que expressa segurança jurídica não configura o dispositivo de sentença alguma mas a regra que a preside, a *ratio decidendi*. A regra assim posta, apesar de muito mais rica e concreta do que a regra da lei, e de ter com ela certa semelhança – nas súmulas vinculantes, por exemplo - já que se aplica a terceiros que não são parte no processo, não se pode desprender da casuística, dos casos concretos que motivaram a sua criação. Esse o limite que nos assegura que a jurisprudência consolidada obriga, vincula, impõe-se a todos, mas não é lei.

O ponto de equilíbrio entre os PODERES, essa linha fina e sensível, o Ministro GILMAR MENDES a conhece bem.

Não apregoa o ativismo judicial, o pragmatismo, o consequencialismo ou o Estado dos Juizes. Resiste como ULISSES ao “canto das sereias”, a esse “canto” mais forte, mais sedutor ainda do que qualquer outro.

Em suas obras publicadas e em seus julgados, renovando e inovando, traz a idéia de que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade pode ser adquirida ou perder-se em certo espaço de tempo, ela, muitas vezes não é instantaneamente evidente, mas **em processo**. Forte na experiência da Corte Constitucional alemã, GILMAR MENDES enumera os exemplos mais notáveis que instalam um leque de graduação de constitucionalidade, a saber: a) **o apelo ao legislador...** no Brasil, hipótese semelhante ocorreu no caso do HC 70.514, em que se decidiu – 1994 – que o prazo concedido em dobro às Defensorias Públicas seria ainda constitucional, enquanto elas não fossem devidamente aparelhadas ou estruturadas; ou no RE 147.776 em o STF decidiu que o art. 68 do Código de Processo Penal, que legitimava o Ministério Público a propor ação de reparação civil *ex delicto* seria ainda constitucional nos lugares em que a Defensoria pública não estivesse instalada; b) **a declaração de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade;** c) **a interpretação conforme a Constituição...**

Mas jamais se perde nessas variáveis possíveis e estabelece a regra em seus julgados. A inconstitucionalidade, diz GILMAR MENDES, vem seguramente acompanhada de declaração de nulidade. Essa a regra necessária, forte e inadiável quando em jogo está a proteção dos direitos fundamentais. Se o propósito da decisão é proteger os direitos da liberdade (e deve ser lembrado que a cobrança inconstitucional de tributo tem relação direta com o direito de propriedade, a vedação do confisco e a igualdade na livre concorrência) diz o Ministro, impõem-se os efeitos *ex tunc*, a declaração de nulidade dos atos praticados com base em lei inconstitucional. A regra – da declaração de inconstitucionalidade, seguida de nulidade, com efeitos *ex tunc* - somente cederá quando, em situação diversa e excepcional, se mostrar

inadequada, à vista de outros princípios e valores, em especial da segurança jurídica.

Senhores, ilustres CONGRESSISTAS. Em geral somos educados para o brilho e para o politicamente correto e, nas democracias modernas, todos os cidadãos, não importam as habilidades e habilitações que tenham, podem ser convocados a servir na vida pública. O poder autêntico passa a se identificar com o poder político. Instalamos, por isso, o império da mediocridade e se passa a supor que aquele que pode, sabe. Basta que a autoridade - qualquer uma de projeção nacional - diga o banal e o trivial para que o seu pensar se torne relevante. Há quem suponha que o poder sabe, mas ele, na maioria das vezes, esconde uma profunda indigência do pensar.

Quem lê o currículo de GILMAR FERREIRA MENDES se impressiona com os títulos, prêmios e honrarias que contém: professor, juiz, administrador e acadêmico respeitado internacionalmente, dezenas de publicações...

Mas quem lê a obra de GILMAR FERREIRA MENDES e conhece a força e a consistência de seus textos científicos, passa logo a achar, ao contrário, que seus ombros deveriam e poderiam ostentar títulos ainda mais expressivos, que, por si só, dessem notícia da contribuição inestimável que trouxe à doutrina e à jurisprudência. Infelizmente não conhecemos títulos dessa natureza.

É que GILMAR FERREIRA MENDES, ao contrário, pode, mas pode porque sabe. A força de seu pensamento deriva de suas qualidades intrínsecas, não *ex autoritate*, ou não apenas *ex autoritate*. É que a maioria de suas decisões, embora de Poder, impor-se-iam, de qualquer modo e maneira pela racionalidade e pela qualidade.

Como explicar que assim seja? Como explicar que tudo o que faz GILMAR MENDES seja perfeito ou quase isso? Talvez somente a sua esposa aqui presente, a gentil senhora GUIOMAR MENDES possa explicar.

Talvez vocação perfeita para o Direito, respondendo às profundas inclinações de seu espírito. *"I like my choise"*. Podemos dizer com NELSON SALDANHA, que GILMAR MENDES é desses raros homens que respeita a herança cultural recebida, que faz a verdadeira ciência porque vê a permanência das coisas em nossa hora presente, mas sabe distinguir dessa permanência o quanto de específico, de peculiar que essa hora presente tem. É pois um homem talhado, feito para a JUSTIÇA, fiel porque fez a escolha certa. *"I like my choice"* era a divisa de LORD HALIFAX, que o douto jurista do Recife, SOUTO MAIOR BORGES, reclama, deveria figurar no pórtico de nossas faculdades de ensino superior.

Quem lê a obra de GILMAR MENDES será tentado, entretanto, a agradecer a ele por sua atuação na academia e na vida pública. Mas não farei isso. É que, ao escrever sobre a Ciência Feliz, aquela que responde à verdadeira vocação interior do jurista, lembra SOUTO MAIOR BORGES a resposta do naturalista HOCHSTETTER ao deão da Universidade de Viena, que lhe agradecia pelo longo e benéfico exercício de suas funções:

"Vocês me agradecem por uma coisa pela qual eu não mereço nenhum reconhecimento. Agradeçam antes aos meus pais e meus ancestrais que me transmitiram minhas inclinações e não outras. Porque se me perguntarem o que fiz durante toda a minha vida, no domínio da pesquisa e do ensino, devo confessar francamente que tenho em verdade feito sempre o que me divertia mais em cada momento".

Não devemos agradecer a GILMAR FERREIRA MENDES. Devemos antes agradecer a seus pais, a sua esposa que lhe permitiu o desenvolvimento de seus talentos e talvez a Deus, que lhe deu os dons, a vocação que de fato tem.

Ao Ministro GILMAR, toda a nossa honra e alegria.
Belo Horizonte, 20 de agosto de 2010

Misabel de Abreu Machado Derzi

Profa. Dra. Titular de Dir. Tributário e Financeiro da Universidade Federal-MG

Profa. Dra. Titular de Dir. Tributário das Faculdades Milton Campos

Presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário, ABRADT, membro

FONDAFIP – Fondation des Finances Publiques – Paris

Advogada e Consultora