

O NOVO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ARNOLDO WALD*

“A Justiça brasileira realmente tornou-se mais forte com a autonomia administrativa e financeira obtida a partir da Carta de 1988, cujos 20 anos coincidem com os 200 anos da criação do primeiro órgão de cúpula da Justiça nacional, hoje personificado no Supremo Tribunal Federal, corte que vem a ser a própria representação da constitucionalidade, da ordem institucional.

Dia após dia, o Supremo Tribunal Federal vem assumindo a responsabilidade política de aplicar a Carta de modo a tornar concretos os inúmeros direitos e garantias fundamentais constitucionalizados em 1988. E a corte tem respondido – o fará sempre – demonstrando profundo compromisso com o desenvolvimento desses direitos e corroborando, assim, a opção do constituinte pelo renovador princípio da esperança.”

Ministro GILMAR FERREIRA MENDES¹

“Afinal, o Supremo de 1974 é aquele mesmo que CAMPOS SALES modelou no Decreto 848, de 11.10.1890, à imagem da Corte Suprema dos Estados Unidos com as mesmas funções de freio e também de acelerador do Poder Legislativo. E desse augusto Tribunal americano MARTIN SHAPIRO escreveu que, entre as suas tarefas, tem a de cientista político, legislador trabalhista, elaborador de diretrizes políticas (policy-maker) e economista (‘Law and Política in the Supreme Court, New Approaches to Political Jurisprudence’, N.Y., 1964)”.

Ministro ALIOMAR BALEIRO²

* ARNOLDO WALD, advogado, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ e membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

1. GILMAR FERREIRA MENDES, *A Constituição e a estabilidade democrática*, Folha de São Paulo, 19 out. 2008.

2. ALIOMAR BALEIRO, Voto nos ERE nº 75.504 julgados em 21.11.1974.

I. INTRODUÇÃO

1. A função essencial da Suprema Corte consiste em interpretar a Constituição e as leis, garantindo e fiscalizando a boa aplicação das normas jurídicas, pelos tribunais, e assegurando, assim, ao Direito, a necessária unidade, a adequada clareza e a imprescindível certeza, que são as condições essenciais da segurança jurídica que deve imperar no país.

2. No Estado de Direito, cabe também à Suprema Corte o insubstituível papel de modernizar o Direito, ou seja, de adaptá-lo às novas condições sociais e econômicas e às aspirações do nosso tempo. Essa é a conclusão que se impõe em exame comparativo das funções dos tribunais supremos nos vários países, salientando-se que clarificar a norma jurídica consiste sempre em modernizá-la. Funciona, na realidade, o litígio entre as partes como um simples pretexto para que a mais alta Corte do país possa, no interesse do Direito, ou seja no de todos os cidadãos, orientar os demais tribunais, encaminhando e retificando, sempre que necessário, a evolução do Direito.³

3. Desde o fim do século passado, reconheceu-se que estava ultrapassado o princípio da separação rígida de poderes⁴ e tanto os tribunais como a doutrina foram admitindo, progressivamente, que os textos legais deviam sofrer o tratamento construtivo do magistrado, cabendo-lhe a difícil tarefa de adaptar as normas e os princípios às novas condições fáticas não previstas inicialmente pelo legislador. A sobrevivência, por mais de um século de diplomas legislativos como o Código Napoleão e o Código Civil alemão (BGB) e, no Brasil, por prazos análogos, dos nossos Códigos Civil e Comercial, só se explica pelo trabalho paciente e cuidadoso daqueles que permitiram que se chegasse "par le Code, au dela du Code".

4. A rápida evolução da tecnologia, que caracteriza o nosso século, e as grandes transformações que o Brasil sofreu, em pouco tempo, obrigaram os tribunais a reações mais rápidas, numa fase dominada pela aceleração do ritmo da história. Aos poucos, o magistrado foi obrigado a aplicação da sair de sua posição de simples intérprete dos textos legais para examinar, em profundidade, as condições do meio ambiente e reconhecer, com ROSCOE POUND, que a aplicação da lei constitui, no fundo, um "instrumento de engenharia social".

3. ANDRÉ TUNC, *La Cour Suprême Idéale*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 1, p. 437, janv./mars 1978, publicação da Société de Législation Comparée et des Librairies Techniques.

4. MARCEL DE LA BIGNÉ DE VILLENEUVE, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, Sirey, 1934, passim e especialmente p. 65; RAYMOND CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, t. II, p. 109-110, e JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, *Da separação de poderes à guarda da Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

5. Assim sendo, na luta entre a lei e os fatos, as técnicas tradicionais do trabalho jurídico foram sendo complementadas pela análise de outras realidades, que o jurista não mais pode desprezar.⁵

6. Embora não se possa mais falar no governo dos juízes,⁶ é evidente que o desenvolvimento e a sofisticação progressiva da sociedade obrigaram o Poder Judiciário e, em particular, a Suprema Corte, a dirimir determinados conflitos, cujas soluções não foram legalmente previstas e que envolvem conflitos de valores entre as legítimas aspirações de justiça, segurança e progresso econômico e social do país.

7. Por várias vezes, a Suprema Corte norte-americana teve que escolher certos valores em detrimento de outros, tomando posição em questões tão controvertidas como a segregação racial,⁷ a luta contra os trusts,⁸ a proteção do indiciado que depõe sem a presença de advogado⁹ e os privilégios do Executivo.¹⁰ Sob a direção de EARL WARREN, o mais alto Tribunal dos Estados Unidos chegou a assumir um papel de elemento reformador da comunidade norte-americana, inspirando-se no ideal da "egalitarian society" para extrair da Constituição todas as suas lições referentes à igualdade e à liberdade individual numa sociedade liberal e pluralista.¹¹

8. No Brasil sofremos, nos últimos vinte anos, transformações radicais na economia, nas tecnologias de produção, de informação e de comunicação, de tal modo que o direito não podia manter as suas antigas estruturas. O progresso da democracia e o fortalecimento do Poder Judiciário, pela Constituição de 1988, exigiram que a Corte Suprema assumisse um novo papel. Trata-se de uma missão que lhe foi atribuída, e que exercia pontualmente no passado, nos momentos de crise e em algumas decisões exemplares em favor da liberdade individual e do aprimoramento do nosso direito. Mas, até o fim

5. W. FRIEDMANN, *Law in a changing society*, 2. ed., Londres, Stevens & Sons, 1972, p. 46. O Justice Holmes já dizia que "aquele que só sabe o direito nem o direito sabe". Por sua vez, o jornalista JAMES CLAYTON chegou a escrever que: "Para achar apoio, um "justice" deve ser mais do que um juiz e um jurista. Para ser um grande ministro da Suprema Corte, ele deve ter a largueza de interesse e de compreensão dum homem da renascença" (*apud* ALIOMAR BALEEIRO, *O STF, esse outro desconhecido*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 57).

6. EDOUARD LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, Paris, Marcel Giard, 1921, e ROGER PINTO, *La Cour Supreme et New Deal*, Paris, Sirey, 1938.

7. BROWN v. BOARD OF EDUCATION, 347 U.S. / 485 (1954).

8. U.S. v. I.E. du PONT DE NEMOURS & Co. 351 U.S./377 (1956).

9. MIRANDA vs. ARIZONA.

10. Decisão proferida no caso do Presidente Nixon - v. JAMES DOYLE, *Not above the law (The Battles of Watergate Prosecutors Cox and Jaworski)*, Nova York, William Morrom, 1977, p. 332 e ss.

11. W. FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 70, e ARCHIBALD COX, *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, Oxford University Press, 1977, assim como ALIOMAR BALEEIRO, *op. cit.*, p. 54 e ss.

do século passado, só muito eventualmente lhe foi dado funcionar como verdadeiro poder moderador e construtivo. Na maioria das suas decisões, por mais brilhantes que fossem, parecia mais ser uma terceira ou quarta instância do que um tribunal constitucional.

9. É verdade que o Supremo Tribunal Federal procurou, sempre, adaptar a legislação às novas necessidades sociais e econômicas. Seguiu brilhantemente e com independência o exemplo da Suprema Corte norte-americana, como bem salientou o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, há mais de trinta anos, no trecho acima transcrito.

10. Não se pode escrever a história do direito pátrio sem referência à importância que nela desempenharam tanto a instituição – o Supremo Tribunal Federal – como as pessoas e, em particular, os Ministros da Suprema Corte. De PEDRO LESSA e CARLOS MAXIMILIANO até OROZIMBO NONATO e ALIOMAR BALEEIRO, de NELSON HUNGRIA a VITOR NUNES LEAL, criou-se uma tradição judiciária que pode servir de exemplo aos outros povos.

11. Sempre esteve presente, nos tribunais brasileiros, a preocupação em garantir os direitos individuais, criando e utilizando os argumentos adequados para que os textos constitucionais não fossem meramente programáticos. Coube, assim, ao nosso Judiciário consagrar a “doutrina brasileira do *habeas-corpus*”, concebida por RUI BARBOSA para impedir os atos arbitrários do Poder Público.¹²

12. Numa sociedade em desenvolvimento, foi possível manter, em suas linhas gerais, o Estado de Direito nos momentos mais difíceis da vida nacional. Basta lembrar a posição liberal e construtiva da Suprema Corte durante o regime militar. Diante de circunstâncias, que não tinham ocorrido no passado, não hesitou o Supremo Tribunal Federal em conceder a medida liminar em *habeas-corpus* que o direito então vigente desconhecia, mas que a adequada defesa da liberdade individual exigia naquele momento¹³. Também em relação à intervenção do Estado e ao respeito às normas constitucionais, não admitiu que matérias que não fossem urgentes, nem referentes à segurança nacional, pudessem ser decididas por Decreto-lei¹⁴.

13. A construção jurisprudencial deu novas dimensões à responsabilidade civil, entendendo que devia ser sempre ressarcido o prejuízo causado e, para tanto, consagrando, em termos construtivos, a responsabilidade do patrão

12. RUBEM NOGUEIRA, *O advogado Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, Olímpica, 1949, p. 99.

13. ARNOLDO WALD, *As origens da liminar em habeas-corpus no direito brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 803-807, jan. 1998.

14. RE nº 62.739, julgado em 23.8.1967, sendo relator o Ministro Aliomar Baleeiro, cujo acórdão foi publicado na RTJ 44/54.

pelos atos culposos dos seus empregados¹⁵. No mesmo sentido, garantiu a correção monetária das indenizações oriundas de atos ilícitos ou de desapropriações¹⁶.

14. Na defesa dos direitos individuais e sociais, o STF deu aos textos constitucionais a maior amplitude possível. Assim, considerou, em acórdão relatado pelo Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, que a garantia ao devido processo legal e o princípio da legalidade deveriam abranger todas as medidas necessárias para que houvesse, no país, não só a segurança jurídica¹⁷, mas também o respeito à confiança depositada no poder público¹⁸.

15. Por longo tempo, os tribunais se limitaram, todavia, a exercer a função, já muito relevante, de distribuir a justiça, de acordo com a legislação vigente, sem que houvesse uma maior preocupação quanto à rapidez e eficiência das decisões proferidas. Já há meio século, todavia, um primeiro esforço foi realizado por ocasião dos estudos do Supremo Tribunal Federal para a reforma do Poder Judiciário, dos quais foi relator o Ministro RODRIGUES DE ALCKMIN. Na mesma ocasião, o Ministro VITOR NUNES LEAL propôs, pela primeira vez, a implantação do sistema das súmulas para dar maior velocidade e uniformidade aos julgamentos.

16. Mais recentemente, nos dez últimos anos, houve um esforço ainda mais produtivo do Poder Judiciário para acelerar os julgamentos mediante emenda constitucional, reforma processual e modificação da organização da Justiça.

17. Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 45, consolidou-se um movimento para dar às decisões judiciais a necessária eficiência, numa sociedade na qual o tempo dos tribunais não pode ser descasado do ritmo dos negócios e das necessidades coletivas e individuais. O Poder Judiciário aproximou-se, cada vez mais, da Sociedade Civil, para garantir os julgamentos em prazos razoáveis.

18. Compreendeu-se que, sendo o século XXI caracterizado pela velocidade, pela mudança e pela urgência de soluções, os magistrados deveriam conciliar as suas visões tradicionais com os imperativos do mundo no qual passamos a viver.

15. Súmula nº 341.

16. Súmula nº 340.

17. Voto do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES no MS n. 24.268-MG, RTJ 191/922.

18. Ementa do acórdão acima citada na qual foi salientado que era imperativa: "A aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito.

.....
9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público".

19. Indo ainda mais longe, o Supremo Tribunal Federal renovou a interpretação constitucional, dando-lhe uma especificidade e uma abertura, com novas dimensões e maior amplitude, que anteriormente não tinha em nosso país¹⁹. Com base nessa interpretação, lutou para dar eficiência tanto às normas jurídicas quanto à atuação do próprio Poder Judiciário, com a finalidade de garantir a segurança jurídica entendida em sentido lato, como abrangendo os princípios da proporcionalidade e da racionalidade, a compreensão das finalidades econômicas e sociais do direito e a prevalência da ética.

20. O STF procurou, assim, encontrar um justo meio, um equilíbrio adequado entre políticas públicas, princípios básicos do direito, como a garantia do contraditório²⁰, e a proteção do indivíduo cuja confiança no Poder Público não pode ser frustrada.

21. Chega-se, assim, a uma espécie de pragmatismo construtivo e ético, dando soluções justas a situações concretas, ultrapassando preconceitos e até superando determinadas interpretações históricas e lógicas, que o tempo nos obrigou a abandonar por se terem tornado obsoletas. Aceitou-se, assim, a modulação dos efeitos jurídicos das ADINs²¹ e a aplicação imediata dos novos regimes jurídicos da moeda²², temperando-os pela proporcionalidade. E aperfeiçoou-se a concepção tradicional do direito adquirido, complementando-a, em alguns casos, pelo respeito à segurança jurídica²³.

22. A eficiência não se confunde, todavia, com uma espécie de consequencialismo econômico, significando, ao contrário, um equilíbrio dinâmico, que deve presidir tanto a aplicação da lei como as relações jurídicas em geral. Deve, inclusive, inspirar a atuação do Poder Judiciário e, neste sentido, a legislação referente ao controle da constitucionalidade e a recente jurisprudência do STF representam um esforço bem sucedido de

19. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *A interpretação constitucional*, Porto Alegre, Antonio Fabris Editor, 1997 e ementa do acórdão dos Emb. Inf. na ADIn n. 1289 datado de 3.4.2003.

20. No acórdão já citado do MS nº 24.268 foi esclarecido que:

"4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica."

21. Art. 27 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999.

22. GILMAR FERREIRA MENDES, O direito de propriedade na Constituição de 1988 in DIOGO LEITE DE CAMPOS, GILMAR FERREIRA MENDES e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *A evolução do Direito no Direito no século XXI*, Estudos em homenagem a Arnoldo Wald, Coimbra, Almedina, 2007, p. 92.

23. GILMAR FERREIRA MENDES, Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil, In: CESAR ARRUDA ALVIM; JOAQUIM PORTES DE CERQUEIRA; ROBERTO ROSAS (Coord.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 229-250.

descongestionar os tribunais e superar o prazo excessivo da demora das decisões judiciais.

23. Era - e é - evidente que o STF não pode julgar 100.000 processos por ano. Um dos Ministros chegou a contar que, quando fazia palestras no exterior e informava ou ouvintes das atividades do Excelso Pretório, costumava enfrentar uma dificuldade de tradução no momento da referência ao número de casos julgados. O tradutor costumava perguntar: "100.000, o Sr. quer dizer entre cem e mil casos por ano". E o mesmo ilustre integrante da Corte afirmou que, ao turista que visitasse o STF, num fim de sessão, no momento de julgamento dos agravos, poderia parecer, diante dos números dos recursos que eram chamados rapidamente para julgamento, que se assistia a um evento lotérico, o jogo de bicho ou uma sessão de bingo.

24. Um esforço dantesco está sendo ser feito para racionalizar o trabalho do STF. A Súmula Vinculante, a repercussão geral, a ADPF e a Reclamação são meios hábeis que têm sido utilizados para dar eficiência aos julgados.

25. A eficiência não é, todavia, um fim em si, mas o meio de garantir a segurança jurídica, que, como vimos, constitui verdadeiro princípio constitucional decorrente do Estado de Direito e que se equipara ao próprio princípio da reserva da legalidade.

26. As novas políticas públicas não podem abalar a segurança jurídica, como bem ficou esclarecido no voto do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES em relação ao modelo elétrico, numa advertência oportuna ao Poder Executivo. Não se trata de impedir o progresso, mas de estabelecer um equilíbrio entre os interesses em jogo. Essa equação pode até variar no tempo, ensejando a criação de um direito flexível ou "uma interpretação constitucional aberta".

27. Numa sociedade de riscos²⁴, dominada pela incerteza e pela descontinuidade²⁵, que se fazem sentir de modo mais agudo nos países em desenvolvimento, o cidadão, a empresa e o próprio Estado precisam de um direito flexível, no qual se impõem as mudanças constitucionais implícitas, que constituem a base de uma nova dogmática.

28. Se, no passado, era possível acreditar que as normas abstratas podiam resolver todos os problemas, a situação atual, com a globalização e a modernização da economia, exige, muitas vezes, uma aplicação construtiva

24. ULRICH BECK, *Risk Society Towards a New Modernity*, (tradução inglesa) London, SAGE Publications, 1992.

25. JOHN KENNETH GALBRAITH, *The age of Uncertainty*, Londres, British Broadcasting Corporation, 1977 e PETER F. DRUCKER, *The age of discontinuity*, New York, Harper & Row, 1968.

dos princípios gerais. Assim, o STF tem encontrado fórmulas justas e equitativas conseguindo aplicar os princípios ressaltando as exceções.

II. UMA MUDANÇA DA FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO

29. Com a maior velocidade das transformações, que ocorreram no mundo, assistimos, na maioria dos países, a um enorme aumento das ações intentadas perante o Poder Judiciário, que foram abrangendo questões cada vez mais complexas e diversificadas. Simultaneamente, mudou o modo pelo qual o juiz passou a exercer a sua função. Deixou de limitar-se a resolver o litígio de modo abstrato para apreciar o conflito concreto e suas peculiares, as consequências e a efetividade da sua sentença e o contexto econômico e social no qual deverá ser aplicada.

30. No passado, a justiça era formal e lógica, deduzindo-se a solução a ser dada de normas abstratas e de regras gerais, sem atender necessariamente às peculiaridades do caso. Por outro lado, limitava-se a olhar para o passado e não se preocupava com os efeitos produzidos pelo julgado. A Justiça era representada de olhos vendados. A venda nos olhos significava a exigência de uma total objetividade, sem ter em consideração as situações econômico-sociais que podiam ter grande importância no caso concreto. A justiça de olhos abertos, sem venda, já foi retratada por RAFAEL, em quadro que integra as *Stanzas* no Museu do Vaticano antecipando-se a intuição do artista ao conceito que viria a ser o do século XXI.

31. Para o magistrado, cria-se o dever de, tendo os olhos bem abertos, não deixar escapar “nenhum pormenor relevante para a formação da decisão”.

32. Por outro lado, o magistrado do século XXI é um construtor e um pacificador. Aplica uma justiça normativa, que é instrumental, evolutiva e pragmática, e pretende resolver os conflitos, proferindo o julgamento o mais adequado para os objetivos da norma e das partes, considerando inclusive a relação das mesmas, não só no passado e no presente, mas também no futuro, e a eventual relevância da decisão como precedente para outros casos.

33. Com a evolução do direito, especialmente no último meio século, foi ultrapassada a conceituação antiga do juiz considerado como simples árbitro sem compromisso com a sociedade e despreocupado com o futuro. Não mais se admite atualmente a famosa frase: “Fiat justitia, pereat mundus”. (Que seja feita a justiça, mesmo que pereça no mundo.) Tornou-se obsoleta.

34. Um novo valor se fez presente na distribuição da Justiça: a sua eficiência. É um valor que nos veio do campo da economia, mas só recentemente penetrou no direito.

35. Há oitenta anos, escrevia o Professor GEORGE STIGLER da Universidade de Chicago que:

*“Enquanto a eficiência constitui-se no problema fundamental dos economistas, a justiça é a preocupação que norteia os homens do direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, todo o comportamento racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Esta diferença significa, basicamente, que o economista e o jurista vivem em mundos diferentes e falam línguas diferentes”*²⁶

36. No mesmo sentido, o economista ARMANDO CASTELAR se manifestou, em Congresso realizado em junho de 2002, no sentido seguinte:

*“O Dr. Arnoldo Wald mencionou na sua intervenção inicial, por exemplo, que o tempo da economia não é o tempo do direito. Mas a diferença entre os juristas e os economistas vai além da questão do tempo ou da questão que às vezes se menciona que a Justiça olha mais para trás na tentativa de reconstituir um estado anterior das artes, com foi colocado aqui pelo advogado-geral da União, enquanto a economia olha essencialmente para frente, tentando prever e ‘precificar’, para usar um anglicismo hoje parte do economês nacional, o que está por vir”*²⁷

37. Essa diferença entre juristas e economistas desapareceu no momento em que a Constituição de 1988, em virtude da Emenda Constitucional nº 19, determinou, no seu art. 37 *caput* que o Estado devia ser “eficiente”, comando que também se aplica ao Poder Judiciário. Aliás, a Emenda Constitucional nº 45 reitera essa obrigação dos juízes ao exigir, que os processos tenham uma duração razoável, usando meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII da Constituição, introduzido pela mencionada emenda).

38. A eficiência tem um sentido amplo, significando não só a rapidez na tomada da decisão mas também a adequação às circunstâncias, o bom uso do senso de equilíbrio, a ponderação e conciliação dos princípios, integrando-a, também, a própria equidade. Deve ser a melhor justiça possível. Aliás, do mesmo modo que os constitucionalistas admitem que temos atualmente “a democracia do possível”²⁸, também cabe ao magistrado decidir os litígios de acordo com “a justiça do possível” à qual aludiu o Ministro GILMAR FERREIRA MENDES em acórdão que se tornou memorável²⁹.

26. GEORGE STIGLER, *Law or Economics?* *Journal of Law and Economics*, 1992, citado por ARMANDO CASTELAR PINHEIRO, A relação entre o desempenho das instituições jurídicas e o crescimento econômico, In: Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Ney Prado (Coord.), *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003, p. 28.

27. ARMANDO CASTELAR PINHEIRO, citados na nota anterior, p. 28.

28. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *A democracia possível*, São Paulo, Saraiva, 1972.

29. GILMAR FERREIRA GONÇALVES, A Constituição e o pensamento do possível, um estudo de caso, (Embargos Infringentes na ADIn n. 1289-4), (Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 29/5/1998) In *Revista do Advogado*, publicação da AASP n. 73, novembro de 2003, p. 74 e seg.

39. Na sociedade denominada pós-industrial, o direito se torna um catalisador das mudanças econômicas, sociais e políticas e exige uma revolução da dogmática, que se realiza tanto no plano legislativo quanto jurisprudencial. A mudança de paradigmas exige do juiz novas qualidades, além das tradicionais que são o conhecimento do direito e da probidade intelectual. É preciso que o magistrado seja corajoso na construção das novas soluções em matérias não previstas pelo legislador. E, ao mesmo tempo, também deve ser prudente. A prudência, pela sua etimologia, se identifica com a sabedoria, que era o sentido da palavra em latim. Assim, a prudência não é a timidez, mas a ponderação feita pelos sábios, que se coaduna e se concilia com a coragem cívica do construtor do direito. Finalmente, é preciso que faça um esforço para entender a economia nacional e mundial do nosso século.³⁰

40. Convivemos, atualmente, com um sistema em que o legislador não mais tem como prever todos os conflitos que poderiam surgir, como acontecia, no passado, na época do codificador do século XIX e até do início do século XX. Assim, as numerosas lacunas do direito e as omissões do legislador devem, cada vez mais, ser supridas pelo Juiz, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum. (artigos 4 e 5 da Lei de Introdução do Código Civil). Ocorre, também, a superposição de diplomas legislativos contraditórios, elaborados em várias épocas, e de outros que não se conciliam com os novos princípios da Constituição de 1988. Assim, multiplicam-se as ADIns, as ADCs, as ADPFs, e as Reclamações que são da competência do STF³¹.

41. Nas questões mais importantes, é esta a função corretiva e construtiva que é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade das leis e ao interpretar a Constituição. Trata-se, como vimos, de um papel da maior importância política das Cortes Constitucionais que o exercem, com maior ou menor intensidade, desde a decisão, nos Estados Unidos, do caso *MARbury v. MADISON*, em 1803, ou seja há mais de dois séculos. O número e a importância dos problemas constitucionais suscitados e julgados por esses tribunais têm variado nas diversas fases históricas, sendo maiores nos momentos de crise, podendo exigir decisões que radicais e inovadoras. Foi o caso da Suprema Corte norte-americana na presidência de *EARL WARREN*. Ao contrário, nos últimos anos, sob a presidência do Justice *ROBERTS*, a tendência majoritária do tribunal tem sido mais conservadora, não obstante algumas decisões importantes em questões jurídico-políticas como a referente ao regime jurídico dos presos em Guantanamo³².

30. *ARNOLDO WALD, A análise econômica na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 1, jul.-dez. 2007, p. 225.

31. *HELY LOPES MEIRELLES, Mandado de Segurança*, 31ª ed., atualizada por Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 657 e seg.

32. *JAN CRAWFORD GREENBURG, Supreme conflict*, New York, The Pinguim Press, 2008, p. 226 e seg.

42. No Brasil, a Corte Suprema, por muito tempo, somente julgou as questões políticas quando havia lesão de direitos individuais³³. Mais recentemente, nos últimos anos, o STF passou a reconhecer que a sua missão constitucional consiste em aplicar e complementar as normas constitucionais, mesmo independentemente de lesão direta de direitos individuais, preenchendo pois as omissões do Legislativo e utilizando, inclusive, para este fim, a injunção.

43. Como foi lembrado recentemente pelo Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, em palestra que proferiu no Senado a respeito do ativismo judiciário, as decisões a respeito da fidelidade partidária, de cláusula de barreira e da quantidade dos vereadores em cada município só foram tomadas por falta de cumprimento pelo Congresso Nacional da sua missão constitucional. O mesmo se poderá dizer de importantes julgamentos a respeito da célula tronco e do exercício do direito de greve pelos funcionários públicos e a recente súmula vinculante nº 11, restringindo o uso de algemas. Suprir omissão, no caso, não constitui, pois, “usurpação de funções”.

44. Acresce que algumas das decisões políticas foram tomadas por provocação da minoria, que precisa poder defender os seus direitos constitucionais perante a Corte. É aliás essa uma das funções mais importantes do Supremo Tribunal Federal, como já lembrava Kelsen, ao afirmar que:

«... le respect de la Constitution dans la procédure législative constitue un intérêt éminent de la minorité, à laquelle, nous l'avons vu, les règles sur le quorum, la majorité qualifiée, etc., ont pour fonction d'offrir une protection. La minorité doit donc, si on veut garantir son existence et son action politique, l'une et l'autre si importantes pour la démocratie, si on ne veut pas l'exposer à l'arbitraire de la majorité ni que la Constitution ne soit qu'une lex imperfecta, avoir la possibilité de recourir directement ou indirectement à la juridiction constitutionnelle. Le destin de la démocratie moderne dépend dans une large mesure d'une organisation systématique de toutes ces institutions de contrôle. La démocratie sans contrôle ne peut durer.»³⁴ (os grifos são nossos)

45. A melhor doutrina reconhece, pois, que o controle amplo da constitucionalidade das leis é condição necessária da sobrevivência do Estado de Direito e da Democracia. Por outro lado, dando-se a democracia uma conceituação ampla, abrangendo os seus aspectos sociais e econômicos consagrados pela Constituição de 1988, é preciso que o Supremo Tribunal

33. LUIZ GALLOTTI, *Limite da jurisdição dos tribunais em face das questões políticas*, A *Época*, revista do CACO (da Faculdade Nacional de Direito), n. 193, maio 1952, p. 51 e seg.

34. HANS Kelsen, *La démocratie*, (tradução francesa), Paris, Dalloz, 2004, p. 86.

seja o intérprete construtivo e o garantidor da “Constituição viva” à qual se referem os magistrados americanos WILLIAM R. BRENNAN e THURGOOD MARSHALL.

46. Cabe aliás lembrar as considerações do Professor MAURO CAPPELLETTI para quem, em vários países do Ocidente, os parlamentos têm um número excessivo de objetivos e são tributários de “prioridade locais ou de grupos” de modo que certos problemas básicos da sociedade contemporânea acabam devendo ser resolvidos pelo Poder Judiciário. E como, na federação, são objeto de leis nacionais aplicáveis em todo o território nacional, fixando verdadeiras políticas públicas, cabe ao Supremo Tribunal Federal responder ao anseio da sociedade, como aliás tem feito. Entendemos até que essas questões devem ser da sua competência exclusiva.³⁵

47. Cabe acrescentar que essa função do Supremo passa a ter dimensões mais amplas nas fases de grande transformação da sociedade e de crescimento econômico ou de importantes modificações sociais, que exigem uma nova posição do legislador e, na sua omissão, uma atuação do Supremo Tribunal Federal ao qual a Constituição deu essa atribuições e os meios técnicos de cumpri-la adequadamente.

48. É interessante transcrever a este respeito as lições do Professor PETER HÄBERLE em recente entrevista na qual salienta que:

“Visto sob a ótica do direito comparado, há fases do ‘ativismo judicial’. Após o ‘annus mirabilis’ de 1989 (‘ano milagroso’, em que houve a queda do Muro de Berlim, a reunificação da Alemanha e o colapso da União Soviética), os tribunais constitucionais da Hungria e Polônia, por exemplo, se empenharam muito no sentido de pôr em marcha as novas constituições reformistas. Agora, podem retrair-se para deixar mais espaço para os parlamentos. Algo semelhante poderia aplicar-se, hoje, no Brasil, até sua Constituição ganhar plena realidade. O STF deve atuar como órgão constitucional de peso. Não esqueçamos que o STF com certeza está democraticamente legitimado. No geral: todos os cidadãos, todos os partidos e todos os órgãos constitucionais são, em conjunto, ‘guardiões da Constituição’.”³⁶

49. E o eminente constitucionalista alemão faz a seguinte apreciação, que comprova a existência de “um novo Supremo Tribunal Federal”, cujos trabalhos são conhecidos pelos juristas e pela opinião pública, tanto no país como no exterior. Evidencia, finalmente, que não há, no caso, judicialização da política, mas reforço cauteloso do Poder Judiciário constitucional, que deve ser saudado,

35. ARNOLDO WALD, *O Poder Judiciário e as Políticas Públicas*, Valor Econômico, 23.7.2008.

36. PETER HÄBERLE, entrevista ao Jornal Valor Econômico, São Paulo, 21 nov. 2008.

numa sociedade na qual prevalece o Estado de Direito. São as seguintes as suas palavras:

“Para mim, a Suprema Corte brasileira está no melhor caminho de transformar-se num verdadeiro ‘tribunal cidadão’. O STF serve à Constituição de 1988 de modo exemplar e se abre à sociedade.

A instituição dos ‘amici curiae’ é um veículo efetivo para tornar a Constituição um processo público, no sentido de dar publicidade e liberdades públicas aos cidadãos. Graças à sua independência interna e externa e ao seu apartidarismo, os ministros podem informar-se especialmente bem, de modo transparente, em proximidade com o cidadão. Os parlamentares e os partidos mantêm suas competências.

O status dos parlamentares permanece incólume. Não deve haver, nem no plano real nem no psicológico, uma situação de confronto entre a Suprema Corte e o Congresso. Trata-se, pelo contrário, de uma cooperação com tarefas divididas a serviço do poder normativo da Constituição dentro dos limites funcionais do STF.

A pecha da ‘judicialização da política’ e da ‘politização do direito’ é antiga. É também repetidamente levantada contra a Corte Constitucional alemã. A jurisdição constitucional tornou-se universal, hoje, tendo-se transformado num elemento tão bem-sucedido quanto o ‘Estado Constitucional’. Esse reforço cauteloso do poder jurídico-constitucional deve ser saudado”.³⁷

50. Alguns aspectos específicos que caracterizam a evolução recente do Supremo Tribunal Federal foram sistematizados e sedimentados na dogmática jurídica, em virtude dos trabalhos do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES. Entre tantos outros, um deles se refere à aplicação imediata das normas que fixam determinados regimes legais. Trata-se de matéria em relação à qual já anteriormente alguns acórdãos tinham aberto novos caminhos, mas na qual perduravam sérias dúvidas quanto à delimitação do conceito de direito adquirido, que é fundamental em nossa Constituição. É a questão que passaremos a examinar, em seguida, como exemplo de evolução e consolidação da recente jurisprudência do STF.

III. A APLICAÇÃO IMEDIATA DO NOVO REGIME LEGAL AOS CONTRATOS EM CURSO

51. No passado, o Supremo tratou da matéria nos casos de resgate das enfiteuses³⁸, em decisões referentes à aplicação imediata da legislação referente à proteção do patrimônio histórico e artístico³⁹ e na interpretação das normas

37. PETER HÄBERLE, entrevista ao Jornal *Valor Econômico*, São Paulo, 21 nov. 2008.

38. Súmula n. 170.

39. Ap. 7.337, RDA n. 2/100.

que estabeleceram a necessidade de nomeação de procurador no país para fins de representar as empresas perante o Departamento Nacional da Propriedade Industrial⁴⁰. Mas, em todos esses casos, embora definidos alguns rumos da jurisprudência, não houve fixação de uma orientação definitiva do STF na matéria.

52. Ao contrário, havia uma corrente, na jurisprudência brasileira, pretendendo que só devia existir a proteção ao direito adquirido em matéria de legislação de direito privado, não se aplicando em relação às leis de direito público.

53. Especialmente em matéria monetária, surgiram divergências quanto a aplicação imediata das normas dos planos monetários aos contratos firmados anteriormente à nova legislação. Parece-nos que a questão foi discutida, pela primeira vez, por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 3.494 de 1958, tendo os tribunais decidido, naquela ocasião, que a mesma não deveria ser aplicada aos contratos de locação em curso, mas tão-somente aos futuros, posteriores à promulgação do novo diploma legal⁴¹.

54. Posteriormente, quando foram proibidas as cláusulas de correção monetária de acordo com o salário mínimo, o Supremo Tribunal Federal considerou que deviam incidir sobre os contratos em curso⁴². Finalmente, na ADIn nº 493, o Supremo Tribunal Federal fez a distinção entre as normas de caráter institucional e as referentes aos contratos, para considerar que somente em relação às últimas haveria direito adquirido em virtude das convenções anteriores à lei nova. A decisão da ADIn nº 493⁴³ suscitou algumas dúvidas em virtude da discussão no tocante à natureza do novo indexador, que poderia ser considerado como não tendo natureza monetária.

55. Diante dessas evoluções e involuções jurisprudência, coube ao Ministro GILMAR FERREIRA MENDES definir a posição da Corte, e as suas bases doutrinárias. É o que fez em várias ocasiões sucessivas, destacando-se dois artigos e um voto que proferiu, que analisaremos em seguida.

56. No artigo que publicou, na obra em homenagem ao Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, intitulado "Princípio do Direito Adquirido", após ter analisado os diversos precedentes da Corte esclareceu que:

"Todos esses precedentes estão a corroborar a idéia de que o caráter institucional do direito de propriedade e, por conseguinte, o conteúdo normativo de seu

40. RE 94.020, RTJ 104/269.

41. Súmula n. 65.

42. RE n. 105.137 cujo acórdão foi publicado na RTJ 115/385.

43. O respectivo acórdão foi publicado na RTJ 143/724.

âmbito de proteção permitem e legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade, a despeito dos possíveis reflexos sobre as posições jurídicas individuais. Embora essas disposições de conteúdo conformativo-restritivo possam provocar uma diminuição ou redução no patrimônio do titular do direito, não há como deixar de reconhecer que tal redução ou diminuição resulta das próprias limitações impostas pela constituinte à garantia da propriedade".⁴⁴

57. Em seguida, no voto que proferiu no RE nº 141.190, após ter lembrado a evolução jurisprudencial, propôs uma recolocação do problema, procurando uma ponderação entre dois direitos fundamentais: o de propriedade do cidadão e o do Estado de fixar a política monetária. Esclareceu que:

"Diante da inevitável pergunta sobre a forma adequada de proteção dessas pretensões, tem-se como resposta indicativa que a proteção a ser oferecida há de vir do próprio direito destinado a proteger a posição afetada.

Assim, se se trata de direito de propriedade ou de outro direito real, há que se invocar a proteção ao direito de propriedade estabelecida no texto constitucional. Se se tratar de proteção à política monetária ou de outro direito de perfil marcadamente institucional, também há de invocar a própria garantia eventualmente afetada e não o princípio do direito adquirido.

Sob esse prisma, desloca-se a reflexão de uma perspectiva situada puramente no direito privado para uma lógica calcada na perspectiva constitucional de Direitos Fundamentais"⁴⁵. (os grifos são nossos)

58. Lembrou ainda o Ministro GILMAR FERREIRA MENDES que:

"É fácil de ver que esses aspectos – sem dúvida de alta relevância para uma análise do complexo de questões suscitadas – não foram contemplados na doutrina nem pela jurisprudência".

59. E concluiu:

*"A questão passa a ser: a mudança do estatuto legal da moeda afeta as relações contratuais em curso, tendo em vista a premissa de que a legislação monetária não constitui norma de simples conteúdo contratual, mas lei que disciplina o regime jurídico de determinada situação".*⁴⁶

44. GILMAR FERREIRA MENDES, Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil. In: Arruda Alvim; Joaquim Portes de Cerqueira Cesar e Roberto Rosas (Coord.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 249. No mesmo sentido, o seu artigo intitulado "O direito de propriedade na Constituição de 1988", já citado.

45. RTJ 198/364.

46. RTJ 198/365.

60. O entendimento do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES passou a prevalecer nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sem maiores divergências, dando ensejo, assim, a Súmula nº 725⁴⁷, que considerou constitucional o Plano Collor I, e à decisão referente à constitucionalidade do Plano Collor II, que foi tomada pelo Excelso Pretório na ADIn nº 608 da qual foi relatora a Ministra CARMEN LÚCIA.⁴⁸

61. É ainda importante salientar que, no voto do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, há um capítulo referente à aplicação do princípio da proporcionalidade, chegando à conclusão que o mesmo foi respeitado. Verifica-se, assim, que, no entendimento do nosso Supremo Tribunal Federal como da Corte Suprema norte-americana, tanto o Poder Monetário como o tributário não podem ser arbitrários. Ou seja, como ensinou o Professor JEAN CARBONNIER, “o poder monetário não pode ser uma ditadura.”⁴⁹ Na ponderação entre princípios distintos, é preciso dar a devida importância a cada um dos direitos fundamentais e conciliar a sua aplicação para obter as melhores soluções, ou seja as mais justas, tendo em vista a realidade econômica e social.

62. Não se podendo aceitar a institucionalização da inflação, que tivemos no passado, os vários Poderes e, especialmente o Supremo Tribunal Federal devem, pois, colaborar para que se mantenha a estabilidade monetária que é condição do desenvolvimento do país.

IV. CONCLUSÃO

63. Ao intitular o presente artigo “O novo Supremo Tribunal Federal”, quisemos evidenciar que houve uma mudança de função e de espírito da nossa Corte Suprema, que se reflete em todo o Poder Judiciário.

64. Por outro lado, pareceu-nos importante enfatizar que o controle da constitucionalidade, nos seus novos aspectos, não é tão-somente um recurso técnico, mas um meio de consolidar o Estado de Direito e a Democracia na concepção que MIGUEL REALE definiu como sendo a do social-liberalismo.⁵⁰

65. Como foi recentemente afirma pelo Ministro Cezar Peluso, do STF consiste em:

47. A mencionada súmula 725 tem a seguinte redação:

“É constitucional o § 2º do art. 6º da Lei n. 8.024/1990, resultante da conversão da MP n. 168/1990, que fixou o BTN Fiscal como índice de correção monetária aplicável aos depósitos bloqueados pelo Plano Collor I”.

48. RDB 38/219.

49. JEAN CARBONNIER In: *Droit et monnaie, états et espace monétaire transnational*, Paris, Litec, 1988, p. 533.

50. MIGUEL REALE, *Crise do capitalismo e crise do Estado*, São Paulo, Senac, 2000, p. 91.

“atuando as garantias constitucionais, tutelar os direitos individuais e coletivos, que encarnam a concepção normativa dos valores imanentes em que se decompõe a idéia da dignidade humana, vista como fonte, substância e fim último de toda ordem jurídica, e cujo resguardo é já reconhecido como garantia última do desenvolvimento do projeto comum de convivência ética.”

66. E acrescentou:

“Os juízes não somos chamados a interpretar nem a reverenciar sentimentos impulsivos e transitórios de grupos ou segmentos sociais. Nosso juramento, formal e solene, que não constitui liturgia, mas promessa dirigida ao povo, é, adaptando-as, quando possível, ao espírito do tempo, aplicar a Constituição e as leis, tais como legitimamente editadas, sob regime de Estado Democrático de direito, pelos órgãos representativos da soberania popular, aos quais compete a tarefa de, na dialética democrática Judiciário-Parlamento, segundo a precisa expressão de Chaim Perelmann, mudar as leis e a Constituição, quando já não convenha à sociedade o sentido normativo que lhes emprestem os tribunais.”⁵¹

65. Assim sendo, em conclusão o Supremo Tribunal Federal garante as liberdades individuais, abrangendo inclusive a de não ter medo, à qual se referia FRANKLIN DELANO ROOSEVELT⁵² e que foi lembrada por GILMAR FERREIRA MENDES ao dizer, em discurso recente, que o cidadão brasileiro, quando acordado às quatro horas da manhã, deve saber que quem toca a campainha é o leiteiro e não a polícia.⁵³

66. A liberdade, para o STF, passou a ser também o direito ao desenvolvimento⁵⁴, e, finalmente, a concretização dos princípios constitucionais vigentes em nosso país, que deram o mais amplo sentido ao direito assegurado a todos de procurar a felicidade, inspirando-se, no particular, na Constituição norte-americana⁵⁵.

51. Discurso de posse na presidência do STF em 23.4.2010.

52. FRANKLIN DELANO ROOSEVELT, *Four freedom speech* de 6.1.1941.

53. Discurso do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES na FIESP, em 12.12.2008.

54. AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

55. Declaração de Independência de 4.7.1776 que, segundo a doutrina, representou uma nota de idealismo num texto de caráter político e jurídico.