Arnoldo Wald: Direito Constitucional antes e depois de Gilmar

"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 STF, corte que vem a ser a própria representação da constitucionalidade, da ordem institucional.
Dia após dia, o STF 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."
(Gilmar Ferreira Mendes. *A Constituição e a estabilidade democrática*, *Folha de S.Paulo*, 19.out.2008).

"Afinal, o Supremo 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

G, j. 21.11.1974, *RTJ* 74/112).

É muito oportuna a iniciativa de prestar uma justa e merecida homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que renovou o nosso Direito Constitucional, publicando vários livros e estudos a respeito do assunto que mais o tem preocupado nos seus 20 anos de magistratura — *O Controle de Constitucionalidade* e os *Direitos Fundamentais* — e dedicando-se ao assunto há mais de quatro décadas a partir de uma tese de doutorado aprovada em primeiro lugar na Universidade de Heidelberg (ALE). Poderíamos afirmar, sem risco de contestação, que o nosso Direito Constitucional moderno se divide em dois períodos: o anterior e o posterior às obras de Gilmar Mendes.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O assunto que escolhemos para homenagear o Ministro Gilmar Mendes é sobre o Supremo Tribunal Federal, que tem novo perfil no século 21 como instrumento básico, eficaz e construtivo do controle da constitucionalidade utilizado para garantir e ampliar os direitos fundamentais, fortalecendo assim o Estado de Direito.

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.

Spacca

Arnoldo Wald, dos maiores advogados do país
Spacca

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.[1]

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Desde o fim do século 19, reconheceu-se que estava ultrapassado o princípio da separação rígida de Poderes[2] 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 delà du Code"* , além do Código pela interpretação construtiva da lei.

Assim sendo, na apreciação da lei e dos fatos, as técnicas tradicionais do trabalho jurídico foram sendo complementadas pela análise de outras realidades, que o jurista não mais pode desprezar.[3]

Embora não se possa mais falar no governo dos juízes,[4] é evidente que o desenvolvimento e a sofisticação progressiva da sociedade obrigaram o Poder Judiciário e, em particular, a Suprema Corte, a dirimir determinados litígios, 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.

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,[5] a luta contra os trustes,[6] a proteção do indiciado que depôs sem a presença de advogado[7] e os privilégios do Executivo.[8] 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.[9]

No Brasil sofremos, nos últimos 40 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 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.

É verdade que o STF 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 cerca de 50 anos, no trecho acima transcrito.

Não se pode escrever a história do direito pátrio sem referência à importância que nela desempenharam tanto a instituição — o STF — como as pessoas e, em particular, os Ministros da Suprema Corte. De Pedro Lessa e Carlos Maximiliano até Orozimbo Nonato e Aliomar Beleeiro, de Nelson Hungria a Vitor Nunes Leal, criou-se uma tradição judiciária que pode servir de exemplo aos outros povos.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Sempre esteve presente, nos tribunais brasileiros, a preocupação de 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.[10]

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 STF em conceder a medida liminar em *habeas corpus* que o direito então vigente desconhecia, mas que a adequada defesa da liberdade individual exigia naquele momento.[11] 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-lei.[12]

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 pelos atos culposos dos seus empregados.[13] No mesmo sentido, garantiu a correção monetária das indenizações oriundas de atos ilícitos ou de desapropriações.[14]

Na defesa dos direitos individuais e sociais, o STF deu aos textos constitucionais a maior amplitude possível. Assim, considerou, em acórdão relatado pelo Min. 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 jurídica,[15] mas também o respeito à confiança depositada no poder público.[16]

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 STF 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.

Mais recentemente, nos 25 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.

Assim, a partir da EC 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 a realização dos julgamentos em prazos razoáveis.

Compreendeu-se que, sendo o século 21 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.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Indo ainda mais longe, o STF renovou a interpretação constitucional, dando-lhe uma especificidade e uma abertura, com novas dimensões e maior amplitude, que anteriormente não tinha em nosso país.[17] 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.

O STF procurou, assim, encontrar um justo meio, um equilíbrio adequado entre políticas públicas, princípios básicos do Direito, como a garantia do contraditório,[18] e a proteção do indivíduo cuja confiança no Poder Público não pode ser frustrada.

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 ADIns[19] e a aplicação imediata dos novos regimes jurídicos da moeda,[20] temperando-os pela proporcionalidade. E aperfeiçoou-se a concepção tradicional do direito adquirido, complementando-a, pelo respeito à segurança jurídica[21].

A eficiência não se confunde, todavia, com uma espécie de consequencialismo econômico, significando, ao contrário, um equilíbrio dinâmico, que deve presidir tanto à aplicação da lei como às relações jurídicas em geral. Cabe-lhe, 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 descongestionar os tribunais e superar o prazo excessivo da demora das decisões judiciárias.

Era — e é — evidente que o STF não pode julgar 100 mil, nem mesmo 60 mil processos por ano. Um dos Ministros chegou a contar que, quando fazia palestras no exterior e informava os 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, ou a uma sessão de bingo.

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.

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.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

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".

Numa sociedade de riscos,[22] dominada pela incerteza e pela descontinuidade,[23] 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 mutações constitucionais implícitas, que constituem a base de uma nova dogmática.

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 dos princípios gerais. Assim, o STF tem encontrado, muitas vezes sob a liderança do Ministro Gilmar Mendes, fórmulas justas e equitativas, conseguindo aplicar os princípios ressalvando as exceções.

[1] Tunc, André. La Cour Suprême Idéale. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 1, p. 437, janv./mars 1978.

[2] Villeneuve, Marcel de la Bigne de. *La fin du principe de séparation des pouvoirs*. Paris: Sirey, 1934, passim e especialmente p. 65; Malberg, Raymond Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'État* . Paris: Sirey, 1922, t. II, p. 109-110, e Mello, José Luiz de Anhaia. *Da separação de Poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1968.

[3] Friedmann, Wolfgang. *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" (Baleeiro, Aliomar. *O STF, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 57).

[4] Lambert, Edouard. *Le gouvernement des juges*. Paris: Marcel Giard, 1921, e Pinto, Roger. *La Cour Supreme et New Deal*. Paris: Sirey, 1938.

[5] Brown *vs*. Board of Education, 347 U.S./485 (1954).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[6] U.S. *vs*. I.E. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S./377 (1956).

[7] Miranda *vs*. Arizona.

[8] Decisão proferida no caso do Presidente Nixon – v. Doyle, James. *Not above the law* (*The Battles of Watergate Prosecutors Cox and Jaworski*). Nova York: William Morrom, 1977, p. 332 e ss.

[9] Friedmann, Wolfgang, op. cit., p. 70, e COX, Archibald. *The Role of the Supreme Court in American Government*. New York: Oxford University Press, 1977, assim como Baleeiro, Aliomar, op. cit., p. 54 e ss.

[10] Nogueira, Rubem. *O advogado Rui Barbosa.*Rio de Janeiro: Olímpica, 1949, p. 99.

[11] Wald, Arnoldo. As origens da liminar em *habeas corpus* no direito brasileiro, *Revista dos Tribunais* , São Paulo, n. 747, p. 803-807.

[12] RE 62.739, j. 23.08.1967, sendo relator o Min. Aliomar Baleeiro, cujo acórdão foi publicado na *RTJ* 44/54.

[13] Súmula 341 do STF.

[14] Súmula 340 do STF.

[15] Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes no MS 24.268/MG, *RTJ* 191/922.

[16] Ementa do acórdão acima citado no qual foi salientado que era imperativa: “7. 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”.

[17] Coelho, Inocêncio Mártires. *A interpretação constitucional*. Porto Alegre: Safe, 1997 e ementa do acórdão dos EInf na ADIn 1.289, de 03.04.2003.

[18]

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

No acórdão já citado do MS 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”.

[19] Art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999.

[20] Mendes, Gilmar Ferreira. O direito de propriedade na Constituição de 1988. In: Campos, Diogo Leite de; Mendes, Gilmar Ferreira; Martins, Ives Gandra da Silva. *A evolução do direito no direito no século XXI. Estudos em homenagem a Arnoldo Wald*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 92.

[21] Mendes, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil. In: Alvim, Arruda; Cesar; Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil. Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 229-250.

[22] Beck, **Ulrich.** *Risk Society Towards a New Modernity*. London: Sage Publications, 1992.

[23] Galbraith, John Kenneth. *The age of Uncertainty*, Londres: British Broadcasting Corporation, 1977 e Drucker, Peter F. *The age of discontinuity.* New York: Harper & Row, 1968.

Date Created
30/06/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.