Número 18 – abril/maio/junho de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

RETROSPECTIVA 2008 - JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.

Prof. Luís Roberto Barroso
Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Yale Law School. Procurador do estado e advogado no Rio de Janeiro.

Este texto sobre o Supremo Tribunal Federal faz parte da Retrospectiva 2008, série de artigos em que são analisados os principais fatos e eventos nas diferentes áreas do direito e esferas da Justiça ocorridos no ano que termina.

A resenha que se segue é dividida em um ensaio e um anexo. Cada um deles comporta leitura autônoma. No ensaio, que dá título a este texto, procuro apresentar uma análise jurídica, política e filosófica acerca da judicialização da vida no Brasil, do ativismo judicial e das objeções que têm sido levantadas contra essa expansão do Judiciário. No anexo, registro objetivamente alguns fatos e decisões relevantes de 2008.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O ano de 2008 não foi diferente. A centralidade da corte — e, de certa forma, do Judiciário como um todo — na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

De fato, desde o final da 2ª Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da Justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush X Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade com a Constituição e com atos internacionais da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*[1].

Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais — que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa idéia —, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia. Bastante na de polícia. Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir 11 pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.

A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma

tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa[2], desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo[3]. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo,

previsto no artigo 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas — que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) — questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo procurador-geral da República, do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros.

Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (*Caso Elwanger*) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público.

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.

O ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973).

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

Outro exemplo, agora de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição: o caso da verticalização[4]. O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de uma ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência — incomum na maior parte das democracias — de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea. É possível incluir nessa mesma categoria a declaração de inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam cláusula de barreira, isto é, limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral.

Por fim, na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e

determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o estado ou o município — por vezes, os três solidariamente — a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior. Adiante se voltará a esse tema.

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do poder público. O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes. No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo presidente da República, desfruta de inegável popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo — e isso não se passa apenas no Brasil — na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática para o país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país delocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

OBJEÇÕES À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA BRASILEIRA

Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

RISCOS PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Os membros do Poder Judiciário — juízes, desembargadores e ministros — não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do presidente da República — sufragado por mais de 40 milhões de votos — ou do Congresso — cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular — é identificada na teoria constitucional como *dificuldade* contramajoritária***[5]***. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica[6]. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia signfica soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da

maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios[7] não de política — e de razão pública[8] — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição — e do Judiciário como seu intérprete maior — não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua[9]. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios — como ninguém deve, aliás, nessa vida — impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

RISCO DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a

acusação de que é política e não jurídica[10]. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa[11].

A ambigüidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. Direito *é* política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo[12]. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação[13].

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça[14]. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. Naturalmente, as advertências feitas no capítulo anterior hão de ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia[15].

A CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO E SEUS LIMITES

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organiza em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas[16], capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial.

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas idéias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos[17]. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de Direito o árbitro mais qualificado por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça[18]. O juiz nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos[19]. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

CONCLUSÃO

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas — como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental —, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida

votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Os riscos da politização da Justiça, sobretudo da Justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes[20]. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência.

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade[21], segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

ANEXO

ALGUNS FATOS E DEZ DECISÕES RELEVANTES EM 2008

ALGUNS FATOS RELEVANTES

1. MUDANÇA NA PRESIDÊNCIA

Em maio desse ano, chegou ao seu termo o mandato da ministra Ellen Gracie na Presidência do Supremo Tribunal Federal. Nomeada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, foi a primeira a mulher a integrar a corte e a presidi-la. Além da forte carga simbólica abrigada nesses dois fatos, o período foi marcado por avanços na modernização e informatização do tribunal e pela regulamentação de dois relevantes institutos introduzidos pela Emenda Constitucional 45, de 2004: a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral. Seguindo o sistema de rodízio por antigüidade adotado pela corte, tomou posse o ministro Gilmar Ferreira Mendes, que foi igualmente nomeado para a corte pelo presidente Fernando Henrique Cardoso. O novo presidente é professor da Universidade de Brasília (UnB) e, antes de se tornar ministro, foi procurador da República e advogado-Ggral da União.

2. SÚMULAS VINCULANTES

Ao longo de 2008, foram editadas dez Súmulas Vinculantes, que se somaram às três pré-existentes. Os temas foram os mais variados: uso de salário mínimo como indexador (Súmula 4); defesa técnica por advogado em processo disciplinar (Súmula 5); remuneração de praças no serviço militar (Súmula 6); não auto-aplicabilidade do artigo 192, parágrafo 3º da Constituição enquanto vigorou (juros reais de 12%) (Súmula 7); prescrição e decadência do crédito tributário (Súmula 8); recepção do artigo 127 da Lei de Execução Penal (Súmula 9); reserva de Plenário para afastar incidência de lei ou ato normativo (Súmula 10); restrições ao uso de algemas (Súmula 11); taxa de matrícula em universidade pública (Súmula 12) e vedação do nepotismo nos três Poderes (Súmula 13). Algumas súmulas provocaram intenso debate público e polêmica, não apenas por seu conteúdo, mas pela alegação de que o número reduzido de precedentes em relação a algumas delas daria ao STF, com sua edição, um papel quase normativo.

3. REPERCUSSÃO GERAL

A operacionalização do instituto da repercussão geral promete um impacto significativo na qualidade e na quantidade das questões a serem julgadas. As estatísticas de 2008 já deverão exibir essa nova realidade, beneficiada por procedimentos como o plenário virtual, a devolução de recursos múltiplos e o sobrestamento de processos na origem. O controle da própria agenda e a redução contínua da carga de trabalho permitirão que o tribunal progressivamente concentre sua atuação no papel de corte constitucional, julgando não mais do que algumas centenas de casos por ano. O passo seguinte deverá ser a eliminação de uma série de competências originárias e recursais que não se justificam e não têm par em nenhum país do mundo. No modelo que se está desenhando, o Supremo Tribunal Federal poderá se dedicar com mais vagar e visibilidade aos grandes temas que cabem a um tribunal constitucional: proteção e promoção dos direitos fundamentais, preservação das regras do jogo democrático, separação de Poderes, federação e outros seletivamente escolhidos pela maioria da corte, de acordo com as circunstâncias de cada época.

4. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS SOBRE INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANENCEFALIA

Sob a condução do ministro Marco Aurélio, relator do processo, foi realizada uma série de quatro audiências públicas, no âmbito da ADPF 54. Na ação, se pede ao Supremo Tribunal Federal que interprete conforme a Constituição os artigos do Código Penal que trata do aborto para declarar que eles não incidem na hipótese de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Foram ouvidas entidades religiosas, médicas, científicas, professores, parlamentares e ministros de Estado. Também estiveram presentes mulheres que passaram pela experiência de ter uma gestação nessas condições. Apesar do antagonismo das posições, o debate foi rico e cordial. A maioria das entidades religiosas que participaram das audiências se manifestou contrariamente à possibilidade de interrupção da gestação no caso de anencefalia, inclusive a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação Médico-Espírita do Brasil. A totalidade das entidades científicas, acadêmicas e de classe defenderam o direito de a mulher interromper a gestação, se assim desejar, aí incluídos o Conselho Federal de Medicina, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, o Conselho Federal dos Direitos da Mulher, a Escola de Gente e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis). No mesmo sentido, se pronunciaram os ministros da Saúde, José Gomes Temporão, e da Mulher, Nilcéa Freire. O julgamento é esperado para o primeiro semestre de 2009.

5. A POLÊMICA DOS HABEAS CORPUS

Outro fato marcante do ano de 2008 foi a concessão de Habeas Corpus, pelo presidente do STF, em casos de prisão temporária de personalidades conhecidas, cujos processos tiveram grande visibilidade.

Vislumbrando abuso de poder nas medidas, o ministro Gilmar Mendes — cujas decisões foram ratificadas pelo Plenário — deflagrou um debate que polarizou diversos setores da sociedade. Quando pessoas esclarecidas e bem intencionadas divergem com a profundidade verificada nesse episódio, é sinal que há dificuldades sérias na interlocução, pela ausência de premissas comuns. Do episódio é possível extrair uma conclusão: o sistema punitivo no Brasil — esse que começa no inquérito policial, passa pelo Ministério Público, pelo Judiciário, pela execução penal e deságua no sistema penitenciário — está desarrumado. É preciso repensá-lo do ponto de vista filosófico e normativo, rearrumá-lo nos seus valores, propósitos e conceitos. Todos os ramos do Direito vivem, em épocas diferentes, situações de crise. Esse parece ser o caso do direito penal e do direito processual penal no Brasil.

DEZ CASOS JULGADOS EM 2008

1. CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS (ADI 3.510/DF, REL. MIN. CARLOS BRITTO)

Por maioria, a corte julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo procurador-geral da República contra o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05). O referido artigo, em seus diferentes dispositivos, autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. Prevaleceu o voto do relator, ministro Carlos Britto, no sentido de que não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana. A posição do relator, julgando a ação totalmente improcedente, prevaleceu por seis votos a cinco. Dos cinco votos vencidos, dois deles tinham, como traço central, a proibição de destruição do embrião (ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski). Os outros três, sem se oporem à pesquisa que comprometesse o embrião, entendiam dever ficar explicitada na decisão a existência obrigatória de um órgão central de controle dessas pesquisas (ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes).

2. VEDAÇÃO DO NEPOTISMO NOS TRÊS PODERES (ADC 12, REL. MIN. CARLOS BRITTO; E RE 579.951/RN, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI)

Em ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, o Plenário do STF declarou a constitucionalidade da Resolução 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas. Entendeu-se que, independentemente de lei específica, a proibição deveria ser extraída dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Na seqüência, ao julgar recurso extraordinário oriundo do Rio Grande do Norte, no qual se discutia a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito

para cargos públicos, o tribunal estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo, aprovando a Súmula de número 13, com o seguinte teor: *"A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".*

3. PRISÃO POR DÍVIDA. VIRADA NA JURISPRUDÊNCIA (HC'S 87.585/TO, REL. MIN. MARCO AURÉLIO E 92.566, REL. MIN. MARCO AURÉLIO; RE'S 349.703, REL. P/ AC. MIN. GILMAR MENDES E 466.343, REL. MIN. CEZAR PELUSO).

No conjunto de casos identificados acima, o STF reviu sua antiga jurisprudência na matéria, relativamente à possibilidade de prisão do depositário infiel. Diante da circunstância de o Brasil ser signatário do Pacto de São Jose da Costa Rica, que restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, passou a considerar derrogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial. O tribunal se dividiu em relação à posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu nos julgamentos a tese do ministro Gilmar Mendes, que sustentou o *status* supra-legal, mas infraconstitucional de tais atos. Ficaram vencidos, no ponto, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. O ministro Marco Aurélio entendeu não ser indispensável uma definição sobre este ponto para fins daqueles julgamentos e absteve-se de se pronunciar sobre ele.

4. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NA ÁREA CONHECIDA COMO RAPOSA SERRA DO SOL (PET. 3388/RR, REL. MIN. CARLOS BRITTO)

O julgamento ainda não foi concluído, mas oito votos já foram proferidos. Por sua importância, merece referência. Na ação proposta por senador da República pleiteou-se a declaração de nulidade da Portaria 534/05, do ministro da Justiça, e do decreto homologatório do presidente da República, que demarcaram as terras indígenas na área referida. Foram alegados inúmeros fundamentos, que incluíam vícios no procedimento, riscos para a segurança nacional, violação do princípio federativo, falta de proporcionalidade e conseqüências econômicas graves para o estado de Roraima. O relator, ministro Carlos Britto, julgou improcedente o pedido e chancelou a demarcação contínua contida no ato impugnado, rejeitando a demarcação em ilhas, como requerido. Em seu voto, o ministro Menezes Direito propôs procedência parcial, impondo "condições" que, na verdade, resultavam da interpretação de disposições constitucionais aplicáveis. Trata-se de território nacional e de terras pertencentes à União, que pode enviar as Forças Armadas e a Polícia Federal para desempenho de suas funções institucionais, bem como conserva a competência para licenciar atividades de exploração de potenciais hidráulicos e

extração mineral, dentre outras. Esta posição, à qual aderiu o relator, contava com oito votos quando se deu o pedido de vista do ministro Marco Aurélio.

5. INELEGIBILIDADE E VIDA PREGRESSA DE CANDIDATOS A CARGOS ELETIVOS (ADPF 144/DF, REL. MIN. CELSO DE MELLO)

A ação foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e tinha por fundamento a interpretação do artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal, que prevê que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade, levando em conta a vida pregressa dos candidatos. A Justiça Eleitoral de diversos estados havia negado registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado dessas decisões. Essa posição não foi endossada pelo Tribunal Superior Eleitoral e, contra essa linha de entendimento, opôs-se a AMB. O STF julgou improcedente o pedido, sob dois fundamentos principais: a) havendo reserva de lei complementar, violaria a divisão funcional de Poderes decisão judicial que, na falta da lei, instituísse outras hipóteses de inelegibilidade; b) o acolhimento do pedido vulneraria os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Votaram vencidos os ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

6. RESTRIÇÕES AO USO DE ALGEMAS (HC 91.952/SP, REL. MIN. MARCO AURÉLIO).

O tribunal, por unanimidade, anulou decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido desnecessariamente algemado durante toda a sessão. Entendeu-se que, no caso, não havia uma justificativa socialmente aceitável para submeter o acusado a tal humilhação, vulneradora da dignidade da pessoa humana e do princípio da não-culpabilidade, inclusive por induzir nos jurados a percepção de que se estaria diante de acusado de alta periculosidade. Em desdobramento desse julgamento, foi editada a Súmula 11, com o seguinte teor: "Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado". Alguns setores criticaram a edição da súmula, sob o fundamento de que ela se basearia em um único precedente, quando a Constituição exige reiteradas decisões (CF, art. 103-A).

7. PASSE LIVRE PARA DEFICIENTES NO TRANSPORTE COLETIVO (ADI 2.649/DF, REL. MIN. CARMEN LÚCIA)

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 8.899/94, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. A autora da ação sustentou que a lei afrontava os

princípios da isonomia e da livre iniciativa, bem como o direito de propriedade. Em seu voto, a relatora, ministra Cármen Lúcia, fez referência à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, em 2007, e à preponderância do princípio da solidariedade, inscrito no artigo 3º da Constituição. Também foi afastado o argumento de que haveria violação ao artigo 170 da Constituição, uma vez que a livre iniciativa deve ser regulada nos termos da lei, considerando os demais princípios constitucionais da ordem econômica que também merecem amparo, como a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais. Assentou ainda a relatora que eventual desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato poderia ser sanado por ocasião da negociação de tarifa com o poder concedente.

8. SUSPENSÃO DA LEI DE IMPRENSA DO REGIME MILITAR (ADPF 130/DF, REL. MIN. CARLOS BRITTO)

O tribunal suspendeu, em medida cautelar, um conjunto de disposições da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), editada ao tempo do regime militar. De acordo com o relator, ministro Carlos Britto, tais previsões não eram compatíveis com o padrão de democracia e de liberdade de imprensa concebido pelo constituinte de 1987-88, que se apóia em dois pilares: a) informação em plenitude e de máxima qualidade; e b) transparência ou visibilidade do poder, seja ele político, econômico ou religioso. A cautelar foi referendada pelo Plenário, vencidos, em parte, os ministros Menezes Direito, Eros Grau e Celso de Mello, que suspendiam toda a lei, autorizando a aplicação da legislação ordinária, civil e penal; e o ministro Marco Aurélio, que não conhecia da ADPF.

9. SIGILO JUDICIAL E COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO (MS 27.483/DF, REL. MIN. CEZAR PELUSO).

O tribunal, por maioria, referendou decisão liminar concedida pelo relator, ministro Cezar Peluso, em favor de operadoras de telefonia. O ato impugnado consistia em requisição, feita pela CPI instituída para investigar escutas telefônicas clandestinas, no sentido de que lhe fossem remetidos os dados referentes a todas as decisões judiciais e mandados de interceptação telefônica cumpridos no ano de 2007. Por se tratar de informações protegidas por sigilo judicial, as operadoras ficaram no seguinte dilema: se não atendessem à requisição, sujeitavam-se à imputação de crime de desobediência; se fornecessem os dados, estariam violando segredo de justiça, sem autorização judicial, fato igualmente tipificado como crime. A maioria entendeu que CPI não tem o poder de quebrar sigilo imposto a processo sujeito a segredo de justiça, havendo, na matéria, reserva de jurisdição. A decisão explicitou que, se a comissão demonstrasse interesse, as operadoras deveriam encaminhar um conjunto amplo de informações explicitadas no julgado, mas preservando o sigilo das partes. Vencido o ministro Marco Aurélio, que reconhecia o poder da CPI para requisição das informações pretendidas.

10. ISENÇÃO DA COFINS SOBRE SOCIEDADES PROFISSIONAIS E REVOGAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA (RE'S 377457/PR E 381964/MG, MIN. GILMAR MENDES)

O tribunal declarou legítima a revogação, por lei ordinária (artigo 56 da Lei 9.430/96), da isenção do recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) sobre as sociedades civis de prestação de serviços, que havia sido instituída por lei complementar (artigo 6º, II, da LC 70/91). Reiterando orientação fixada no julgamento da ADC 1/DF, sustentou a maioria: a) a inexistência de hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, que apenas se distinguiriam em razão da matéria reservada à primeira pela própria Constituição; b) a inexigibilidade de lei complementar para disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições previstas no texto constitucional. Vencidos os ministros Eros Grau e Marco Aurélio que davam provimento aos recursos, para que fosse mantida a isenção estabelecida no artigo 6º, II, da LC 70/91. Em seguida, na apreciação do pedido de modulação de efeitos temporais, verificou-se um empate, com cinco votos a favor e cinco contrários. O tribunal proclamou o resultado como desfavorável à modulação, por entender que esta somente poderia ser concedida por voto de dois terços dos membors da corte, aplicando, por analogia, o disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil submeteu ao presidente do STF um arrazoado sustentando que, na hipótese, por não ter havido declaração de inconstitucionalidade, a modulação poderia ser feita por maioria absoluta, devendo-se, portanto, colher o voto faltante. O acórdão ainda não foi publicado e, conseqüentemente, ainda não houve oportunidade para novo pronunciamento sobre o ponto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Ran Hirschl, The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, 2008, p. 124-5.

[2] Oscar Vilhena Vieira, Supremocracia, *Revista de Direito do Estado 11*, 2008, no prelo.

[3] Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 2005, p. 146.

[4] Cláudio Pereira de Souza Neto, Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685, *Interesse público 37*, 2006.

[5] Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16 e s.

[6] Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2002, p. 64; Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2005, p. 6-7.

[7] Ronald Dworkin, The forum of principle. In: *A matter of principle*, 1985.

[8] John Rawls, *O liberalismo político*, 2000, p. 261.

[9] Daniel Sarmento, Ubiqüidade constituconal: os dois lados da moeda, *Revista de Direito do Estado 2:*83, 2006. Embora ela se irradie por todo o sistema, e deva sempre estar presente em alguma medida, ela não deve ser invocada para asfixiar a atuação do legislador.

[10] Paul Kahn, Comparative constitutionalism in a new key, *Michigan Law Review 101:*2677, 2002-3, p. 2688-9.

[11] V. Eduardo Mendonça, A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política, mimeografado, 2007.

[12] Paul Kahn, Comparative constitutionalism in a new key, *Michigan Law Review 101:*2677, 2002-2003, p. 2705.

[13] Scott M. Noveck, Is judicial review compatible with democracy?, *Cardozo Public Law, Policy & Ethics 6:*401, 2008, p. 420.

[14] Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, 1998, p. 57.

[15] Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004, p. 246.

[16] A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, *Diário da Justiça da União*, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

[17] V. Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, Intepretation and institutions, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28*, 2002.

[18] Ana Paula de Barcellos, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado 3:*17, 2006, p. 34.

[19] Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009, no prelo.

[20] Um avanço civilizatório que ainda precisamos alcançar é o do respeito amplo aos precedentes, como fator de segurança jurídica, isonomia e eficiência. Sobre o tema, v. Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedente:* o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo brasileiro, 2007.

[21] Ronald Dworkin, *O império do direito*, 1999, p. 271 e s.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BARROSO, Luís Roberto. RETROSPECTIVA 2008 - JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.