

RETROSPECTIVA 2011
Direito Constitucional e Supremo Tribunal Federal

UM ANO PARA NÃO ESQUECER

Luís Roberto Barroso¹

INTRODUÇÃO

A presente retrospectiva sobre o direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal em 2011 está dividida em duas partes. A Parte I contém uma reflexão doutrinária sobre o papel que o STF tem desempenhado na interpretação da Constituição, um breve registro acerca dos dois novos Ministros que chegaram à Corte e o levantamento de dez decisões emblemáticas proferidas ao longo do ano, com um sucinto comentário. Foi escrita em co-autoria com Eduardo Mendonça, mestre e doutorando pela UERJ, que tem sido um grande parceiro acadêmico e profissional nos últimos anos. A Parte II consiste em um depoimento pessoal, na primeira pessoa, sobre minha participação em dois casos judiciais, julgados pelo STF, e em alguns debates acadêmicos relevantes ocorridos em 2011.

Parte I

O DIREITO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2011

Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça²

I. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, REPRESENTATIVO E CONTRAMAJORITÁRIO

Um comentário sobre o ano do Supremo Tribunal Federal precisa dividir sua atenção em, pelo menos, dois aspectos. O primeiro, e mais óbvio, diz respeito ao conteúdo das principais decisões, tema que merecerá um tópico específico. O segundo aspecto, mais sutil, tem a ver com a postura da Corte perante as demais instituições e a sociedade em geral. O Supremo, de forma mais visível do que os demais órgãos constitucionais, molda continuamente o seu próprio desenho institucional, contendo a si mesmo ou expandindo o alcance e a relevância de suas intervenções. Isso acontece, em parte,

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

² Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

pelo fato de ser o próprio Tribunal que delimita concretamente suas competências, ao mesmo tempo em que estabelece os limites em que os demais Poderes exercem as suas. Da mesma forma, o caráter abrangente e a textura aberta da Constituição de 1988 potencializam a judicialização de quase todos os temas centrais da política e das relações sociais, colocando o STF na permanente iminência de ser provocado a dar a última palavra sobre quase tudo.

O cenário descrito acima tem permitido ou mesmo conduzido o STF a assumir um papel de destaque na vida nacional, reproduzindo tendência que se tem verificado na quase generalidade dos Estados democráticos. Tal circunstância gera automaticamente um debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional. Em rigor, a maior visibilidade do STF traz ao grande público a discussão, tradicional na academia, acerca da chamada *dificuldade contramajoritária*, que se origina da competência, atribuída aos juízes, para declarar a nulidade de atos produzidos por agentes eleitos, e até mesmo para determinar a linha de ação que eles deverão adotar em determinadas matérias. A cada vez que o STF decide um tema controverso, renovam-se tanto as críticas quanto os elogios. As primeiras afirmando que a Corte estaria ocupando um espaço tipicamente político. Os segundos defendendo o acerto das decisões individualmente consideradas ou, cada vez com maior frequência, a própria atuação do STF como agente decisório mais equilibrado do que os demais e, por vezes, até mesmo mais afinado com a vontade popular.

A presente retrospectiva não é a sede adequada para investigar em profundidade esse fenômeno, que é verdadeiramente complexo. O próprio conceito de vontade popular pressupõe uma série de idealizações e apresenta nuances diversas, ainda mais quando estejam ausentes mecanismos formais de exteriorização (como são as eleições). De toda forma, o objetivo é lançar duas ideias que poderão fomentar o debate e que deverão ser tomadas em conta quando da análise das decisões³. Em primeiro lugar, a questão contramajoritária deve ser colocada em perspectiva. Nesse ponto, nem sequer é necessário – embora fosse possível – questionar a suposta congruência permanente entre a vontade de

³ As idéias desenvolvidas no presente tópico retomam discussões e assumem premissas desenvolvidas pelos autores nos seguintes artigos: Luis Roberto Barroso, Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, *Revista de Direito do Estado* nº 16, 2009, p. 3 (versão eletrônica disponível em: http://webbib.no-ip.org:81/consulta/revista/revista96_completa_001.pdf); e Eduardo Mendonça, A Constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, nº 18, 2010. Versão eletrônica disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>

representantes e representados. Mais importante do que isso é constatar que juízes e tribunais exercem uma modalidade de poder que, em alguma medida, também é representativo.

Com efeito, o processo judicial permite que os cidadãos e grupos sociais submetam questões e deduzam seus pontos de vista no espaço público. Em alguns casos – sobretudo quando se trate de segmentos não representados ou que sofram rejeição nos ambientes de decisão majoritária –, a judicialização acaba sendo o canal de discussão mais acessível. Adicionalmente, o dever de fundamentar as decisões faz com que o Judiciário estabeleça um diálogo direto e explícito com a sociedade, que deve ser baseado em argumentos colhidos na ordem jurídica e justificados racionalmente. Isso não garante aceitação universal e certamente não afasta o risco de equívocos e distorções, mas facilita o controle. Mais do que isso, a lógica da decisão judicial incorpora plenamente a premissa de que todo destinatário de uma decisão estatal tem o direito a ser informado das razões que lhe servem de fundamento e a questionar sua consistência, racionalidade e legitimidade. Isso não é pouco em um momento histórico marcado pelo triunfo da ideia de democracia e do discurso dos direitos fundamentais, ao menos na condição de dogmas teóricos.

Naturalmente, a transparência e o dever de fundamentar seriam de pouca valia caso houvesse um descompasso exagerado e inconciliável entre a ideologia dominante nos tribunais e o sentimento social. Chega-se, com isso, à segunda ideia que se pretende apresentar. O Judiciário deve ser permeável à opinião pública, o que não significa que deva ser subserviente. O diálogo de que se falou não pode se converter em um monólogo à moda de sermão, em que magistrados iluminados revelam ao povo a verdade do Direito. Por outro lado, tampouco se espera que eles decidam pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior, o que os transformaria em oficiais de justiça das redações de jornal. O que se tem, portanto, é um equilíbrio delicado e dinâmico, em que se alternam momentos de ativismo e contenção, bem como momentos de alinhamento e desalinhamento com a vontade majoritária.

No Brasil, a ascensão institucional do Poder Judiciário, e especialmente do Supremo Tribunal Federal, não podem ser compreendidas adequadamente sem essa perspectiva. Em algumas matérias, notadamente nas questões relacionadas à concretização dos direitos sociais e à modernização das instituições políticas, o STF tem atendido anseios sociais antigos, inclusive alguns que jamais tiveram condição de se articular formalmente.

Nessa linha, seria possível citar a decisão que declarou a inconstitucionalidade do nepotismo, ou ainda a decisão que pôs fim à troca oportunista de partidos políticos por parte dos parlamentares eleitos, logo após as eleições. Em ambos os casos, especialmente no primeiro, a percepção social foi majoritariamente positiva e passou pela ideia de que o Tribunal estaria solucionando questões que se encontravam obstruídas na agenda política.

No campo dos direitos sociais, em particular, é possível dizer que a Corte tem se posicionado à esquerda das instâncias representativas. Após inúmeras decisões relacionadas ao direito de cada indivíduo a exigir tratamentos médicos do Poder Público, o STF começa a sinalizar que está disposto a estender seu controle também a outros tipos de políticas públicas. Um dos julgados de 2011 que serão objeto de comentário assentou o dever estatal de fornecer creche acessível para as crianças com menos de cinco anos de idade, sob pena de multa diária. Outra decisão, também comentada, reconheceu a mora do Congresso Nacional na regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e anunciou que formularia um regime jurídico temporário para permitir a fruição do direito. Antes mesmo da divulgação de tal regime, o legislador, com os representantes das classes empresariais às portas, se mobilizou para editar a lei esperada há mais de vinte anos.

Por outro lado, o STF teve a firmeza necessária para, em diversos momentos, atuar de forma genuinamente contramajoritária, e isso em questões de grande repercussão. Foi o caso da decisão histórica que reconheceu as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, em que a Corte se posicionou de maneira enfática a favor da tese que desagradava cerca de metade da população brasileira, em diferentes graus de intensidade. E mais ainda no julgamento em que se decidiu pela inaplicabilidade da chamada *Lei da Ficha Limpa* às eleições de 2010 por conta da anterioridade eleitoral prevista no art. 16 da Constituição. Mesmo no polêmico caso Cesare Battisti, o Tribunal não cedeu ao apelo do senso comum, que questionava a conveniência política de o Brasil contrariar os interesses da Itália em questão relativa a um nacional daquele país.

No apagar das luzes de 2011, o Min. Marco Aurélio concedeu medida cautelar na ADIn 4.638, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, suspendendo dispositivos da Resolução 135, de 2011, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. O processo aguardava julgamento desde setembro e, não tendo sido chamado até o início do recesso, o relator valeu-se da faculdade do pronunciamento liminar monocrático, a

ser submetido ao plenário quando da volta da Corte, em fevereiro. Em sua parte mais relevante, a medida cautelar sustenta que a competência do CNJ, em âmbito disciplinar, é subsidiária, vale dizer: ela não é autônoma e não deve antepor-se ao exercício do poder correicional pelo Tribunal ao qual o magistrado esteja subordinado. Tal posição encontra precedentes no próprio STF (decisões monocráticas do Min. Celso de Mello, em relação ao CNJ, e do Min. Sepúlveda Pertence, em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP) e tem o apoio de autores que escreveram sobre o tema⁴.

A posição do Ministro Marco Aurélio foi coerente com a visão crítica que alimenta em relação ao CNJ desde a primeira hora, bem como com uma judicatura que não hesita em ser contramajoritária. A questão, todavia, viu-se envolta em um turbilhão político, especialmente após o embate verbal verificado entre o Presidente do STF e do CNJ, de um lado, e a Corregedora Nacional de Justiça, de outro. A partir daí, a opinião pública e inúmeras entidades da sociedade civil passaram a defender a competência ampliada do CNJ. As entidades representativas da magistratura, por sua vez, opuseram-se vigorosamente à atuação do CNJ. Criou-se uma dualidade transparência *versus* corporativismo que não é capaz de contemplar todas as sutilezas envolvidas na questão. De todo modo, como não é incomum acontecer, o debate público trouxe novas luzes e nuances à questão. Por ocasião do início do recesso, especulava-se uma solução intermediária: a regra seria a da subsidiariedade, admitindo-se, por exceção, a atuação direta do CNJ, em hipóteses a serem especificadas.

A despeito das muitas diferenças entre esses casos – e também da opinião que cada leitor formule acerca do mérito de cada decisão –, um ponto que os aproxima é o fato de o STF ter assumido o ônus de frustrar expectativas majoritárias para fazer valer a visão da Corte acerca da Constituição e suas exigências. É justamente para isso que se justifica a existência de um Tribunal Constitucional, que deve satisfações a todos, mas não deferência às maiorias. O ano de 2011 acrescentou novos e significativos capítulos a esse

⁴ V., por exemplo, Flávio Dino, Hugo Melo Filho, Leonardo A. de Andrade Barbosa e Nicolao Dino, *Reforma do Judiciário*: comentários à emenda nº 45/2004, 2005, p. 108-9: “O CNJ não elide a competência disciplinar e correicional dos Tribunais, de modo que estes poderão ser instados pelo próprio CNJ a apurar os fatos – reservando-se este para uma intervenção posterior, caso a seu juízo seja necessária. (...) Ou seja, o CNJ não pode ter a pretensão de transformar-se em um ‘Big Brother’, dando conta do que se passa em milhares de unidades jurisdicionais em todo o território nacional, investigando juízes e serventuários. Deve, ao contrário, reservar-se um papel subsidiário e complementar em relação aos Tribunais, atuando sobretudo quando constatada a ineficácia dos mecanismos ordinários de administração e repressão”.

diálogo permanente entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade brasileira. A crítica faz parte do jogo, mas o saldo atual parece amplamente positivo.

II. AS MUDANÇAS NA COMPOSIÇÃO DA CORTE

Em 2011, dois novos Ministros passaram a integrar o Supremo Tribunal Federal. Em sua primeira nomeação para a Corte, a Presidente Dilma Roussef indicou Luiz Fux para suceder o Ministro Eros Grau, que se aposentara no final do ano anterior. A indicação do Ministro Fux foi amplamente celebrada pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Acadêmico de prestígio e Juiz de carreira – vindo de uma década de excelentes serviços prestados no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luiz Fux chegou à Corte com a missão de desempatar a controvérsia relativa à aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa e permitir que o Tribunal deliberasse com composição completa acerca de temas igualmente polêmicos, como o regime jurídico das uniões homoafetivas e o cumprimento da decisão presidencial acerca da extradição do italiano Cesare Battisti. Em ambos os casos, e nos que se seguiram, o novo Ministro demonstrou ser a pessoa certa no lugar certo.

Com a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie, a Presidente Dilma indicou Rosa Weber para se tornar a terceira Ministra na história do Supremo Tribunal Federal, e a primeira proveniente da Magistratura de carreira. Em 1976, foi aprovada em concurso público para o cargo de juíza do Trabalho, o qual exerceria até 1991, quando foi promovida, por merecimento, ao cargo de Juíza Togada do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, do qual foi Presidente no biênio 2001-2003. Em 2006, foi nomeada Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, cargo que ocupava quando da sua indicação ao STF. Admirada e estimada por seus colegas de Tribunal por sua seriedade e compromisso humanístico, a indicação da Ministra Rosa Weber foi saudada por entidades representativas da magistratura e da sociedade civil como um passo importante para a manutenção do perfil garantista que tem se desenhado na Corte.

III. DEZ DECISÕES MARCANTES DE 2011

O presente tópico não se destina a resumir todas as decisões relevantes do Supremo Tribunal Federal em 2011, o que sequer seria viável. Seria possível citar muitas

outras, como a que tratou da possibilidade de a lei fixar balizas objetivas para a fixação anual do salário mínimo via decreto, tema que envolve tanto o princípio da legalidade quanto o risco de que a medida seja uma forma de o legislador amenizar o seu próprio ônus político na matéria, ao menos em caráter temporário. Ou ainda o acórdão que impediu o aumento imediato do IPI sobre os carros importados, rejeitando a validade de supostas *razões de Estado* como fundamento apto para se superar limites constitucionais expressos ao poder de tributar. Melhor parar com os exemplos enquanto ainda é tempo. A seleção a seguir é ilustrativa e se destina a colocar em evidência o papel de destaque desempenhado pela Corte no ano.

1. Reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, em igualdade de condições em relação às uniões heterossexuais (ADPF 132/RJ e ADIn 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Britto)

Em ambas as ações, ajuizadas respectivamente pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pelo Procurador-Geral da República, o STF atribuiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil, que regulamenta a união estável *entre o homem e a mulher*. Como se sabe, a mesma referência básica é encontrada no art. 226, § 3º da Constituição, que impõe ao Estado o dever de reconhecer a tais uniões informais o *status* de família, sem prejuízo de facilitar sua conversão em casamento. Os opositores do reconhecimento invocavam justamente a literalidade dessas previsões, sobretudo do dispositivo constitucional. Em decisão unânime, o STF afastou o suposto óbice e estendeu expressamente o regime jurídico da união estável às uniões entre duas pessoas do mesmo gênero, atendidos os requisitos da união heterossexual.

O precedente é histórico em todas as direções que se queira contemplar, sobretudo pela altivez com que o STF assumiu o seu papel contramajoritário para proteger os direitos fundamentais de um segmento da população que, a despeito de sua progressiva emancipação social, ainda não conseguiu superar os gargalos do sistema político. Segundo o entendimento adotado enfaticamente pelo STF, a exclusão baseada na orientação sexual seria incompatível com o direito à busca da felicidade, com o princípio da igualdade, com a proibição do preconceito, com a cláusula geral de liberdade – da qual decorre a proteção à autonomia privada – e com a própria dignidade da pessoa humana, que impede o Estado de negar as individualidades e de impor determinada visão do que seja a vida boa. Merece

destaque, igualmente, a afirmação de que a Constituição deve ser interpretada em seu conjunto, com a qual se afastou a leitura reducionista do art. 226, § 3º. Embora trate da forma mais tradicional de união, o dispositivo não contém vedação a que outros tipos de família sejam reconhecidos. Por fim, também é digna de nota a postura interpretativa do STF, que construiu a necessidade de reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo gênero a partir da aplicação direta de princípios constitucionais. O ponto foi destacado por diversos Ministros, sobretudo pelo Ministro Gilmar Mendes, que saudou o precedente como a superação definitiva da teoria do *legislador negativo*.

2. Constitucionalidade das passeatas e manifestações públicas favoráveis à descriminalização do consumo de drogas (ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e ADIn 4.274/DF, Rel. Min. Carlos Britto)

Em dois julgamentos unânimes, o STF resolveu a controvérsia a respeito da constitucionalidade das chamadas “marchas da maconha”. A prática, reproduzida em diversos Estados da Federação, vinha sendo objeto de numerosas decisões judiciais em sentidos opostos, ora liberando, ora proibindo a realização das passeatas. Em termos concretos, o Tribunal deu interpretação conforme a Constituição ao art. 287 do Código Penal, que tipifica o delito de apologia ao crime, bem como ao art. 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei dos Tóxicos), que criminaliza a conduta de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. A Corte entendeu que a discussão a respeito da conveniência de se modificar a legislação sobre o consumo de drogas é protegida pela liberdade de expressão, afastando-se a tese de que esse tipo de discurso poderia ser enquadrado como incitação ou indução ao consumo.

Ambas as decisões – que, em rigor, se complementam – estão alinhadas com a tendência do STF de conceder proteção especialmente ampla à liberdade de expressão e seus consectários, inclusive por se considerar que tais liberdades exercem um papel constitutivo no regime democrático. A despeito da polêmica que envolve a matéria de fundo, a questão jurídica não era especialmente complexa: o discurso que defende a mudança da legislação não deve ser confundido com eventuais manifestações que incitem o respectivo descumprimento. O raciocínio vale para a legislação penal, como valeria para eventual proposta de reduzir ou aumentar a carga tributária, que não equivale a um suposto estímulo à sonegação. Cumpre notar, porém, que alguns Ministros mencionaram, em *obiter dicta*, a

possibilidade de se cogitar, em casos extremos, da proibição do mero discurso em favor da mudança legislativa, *e.g.* na hipótese de se pretender defender a legalização da pedofilia⁵. A ressalva é justificada, inclusive, pela impropriedade e inconveniência de se fixar, *a priori* e em termos absolutos, uma eventual preferência da liberdade de expressão sobre todos os demais direitos fundamentais que possam estar envolvidos em situações como essa.

3. Estipulação, em sede de mandado de injunção, de um regime temporário para o exercício do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (MI 943/DF [e outros], Rel. Min. Gilmar Mendes)

Cuidavam-se de quatro mandados de injunção a respeito da mesma questão: o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, cuja lei de regulamentação, prevista no art. 7º, XXI, da Constituição, ainda não havia sido editada pelo Congresso Nacional. Após reconhecer a existência de omissão inconstitucional do Poder Legislativo, os Ministros decidiram pela necessidade de que a Corte estabelecesse um regime temporário a fim de permitir, desde logo, a fruição do direito. No entanto, dada a inexistência, na ordem jurídica interna, de um parâmetro próximo que pudesse ser tomado como referencial, a Corte optou por suspender o julgamento e estudar a matéria em maior detalhe. Alguns Ministros chegaram a mencionar exemplos do Direito comparado, recomendações da Organização Internacional do Trabalho ou ainda outros parâmetros que poderiam ser adotados. Antes mesmo de o julgamento ser retomado, porém, o Congresso Nacional aprovou uma lei acerca da matéria, de modo que provavelmente será reconhecida a perda de objeto nas quatro ações.

O precedente chama a atenção por duas questões teóricas de enorme relevância. Em primeiro lugar, confirma e aprofunda a jurisprudência do STF em matéria de mandado de injunção, na medida em que a Corte havia se comprometido a instituir um regime normativo temporário a partir de aportes doutrinários, de atos internacionais e do direito comparado. Nesse sentido, estar-se-ia diante de um caso ainda mais ostensivo de criação judicial do Direito, superando, nesse aspecto, os precedentes anteriores, nos quais se mostrara

⁵ Outro exemplo possível seria a defesa dos discursos de ódio, que inclusive já foi objeto de importante precedente do STF, no caso *Ellwanger* (HC 82.424, DJ 19 mar. 2004, Rel. originário Min. Moreira Alves, Rel. p/ o acórdão Min. Mauricio Corrêa).

possível buscar algum parâmetro mais ou menos próximo na própria ordem jurídica interna. O comentário é feito a título de constatação, e não de crítica, uma vez que a intervenção judicial estaria sendo feita para superar os efeitos de uma omissão inconstitucional de muitos anos, que tornava inviável o exercício pleno de um direito constitucional. Em segundo lugar, o diálogo institucional que se instaurou por conta da decisão não poderia ser mais explícito (e acelerado). Menos de quatro meses após a decisão – e antes que o STF tivesse a chance de concluir o julgamento e explicitar o regime aplicável – viria a ser editada a Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o dispositivo constitucional e estabeleceu o tempo máximo de noventa dias para o aviso prévio.

4. Aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, de novo e ainda (RE 633.711, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa)

O tema da *ficha limpa* foi objeto da retrospectiva de 2010, entra na de 2011 e provavelmente estará na de 2012. O ano passado terminou com a decisão provisória de se manter a decisão do TSE, no sentido de se considerar aplicável a Lei Complementar 135, de 2010, já nas eleições realizadas naquele ano. No começo de 2011, em seu primeiro momento decisivo na Corte, o Ministro Luiz Fux votou pela impossibilidade de aplicação imediata, dada a incidência da regra de anterioridade eleitoral prevista no art. 16 da Constituição. Ao fim e ao cabo, parece ter prevalecido a solução que resguarda em maior medida a estabilidade do sistema eleitoral, o que não retira o inquestionável mérito da Lei, aplicável às eleições futuras. Iniciou-se, então, uma complexa dança de cadeiras, a fim de assegurar a posse dos candidatos eleitos que haviam sido tidos por inelegíveis por conta da aplicação imediata da Lei. Adicionalmente, a Corte iniciou o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade e de duas ações declaratórias de constitucionalidade em que se discute a validade das hipóteses de inelegibilidade introduzidas pelo diploma. Após dois votos pela constitucionalidade da lei, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

A *Lei da Ficha Limpa* fornece um exemplo expressivo do protagonismo político assumido pelo Supremo Tribunal Federal, por vezes de forma involuntária ou inevitável. Dado o surgimento de uma controvérsia objetiva a respeito da aplicação da anterioridade eleitoral à hipótese, não havia como o Tribunal deixar de prover uma resposta. E, qualquer que fosse ela, um dos lados da disputa acusaria a Corte de politização. Um

comentário final: entre os pleitos que se iniciaram com a decisão final do STF – de candidatos eleitos que haviam sido preteridos –, um deles ganhou destaque e repercussão adicional. Trata-se do caso de Jader Barbalho, cujo pedido já havia sido julgado em definitivo antes do voto de desempate proferido pelo Ministro Luiz Fux. Diante da mudança no provimento final, o candidato pediu a retificação do seu caso, o que levou a um novo empate na Corte. Cinco Ministros votaram contra – alegando que o julgamento já estaria concluído –, ao passo que outros cinco votaram pela necessidade de se afastar a contradição, de efeitos tão drásticos. Essa segunda linha acabou prevalecendo por voto qualificado do Presidente da Corte, baseado em previsão expressa do Regimento Interno, introduzida pela Emenda Regimental nº 35/2009⁶.

5. Abrangência dos plebiscitos realizados como etapa prévia à modificação do quadro de Estados e Municípios da Federação (ADIn 2.659/DF, Rel. Min. Dias Toffoli)

Em mais uma mudança de jurisprudência, tomada por decisão unânime, o STF adotou o entendimento de que os plebiscitos prévios à modificação do quadro de Estados e Municípios da Federação deverão consultar todos os eleitores das áreas afetadas, sejam aquelas que irão se desmembrar, sejam aquelas que irão sofrer redução em seu território original. Segundo o Tribunal, esse é o sentido adequado do termo *população diretamente interessada*, referido no art. 18, § 3º, da Constituição, que trata da modificação no conjunto de Estados. No caso dos Municípios, a Emenda Constitucional nº 15 /1996 já havia explicitado a necessidade de consulta aos habitantes de ambas as partes, modificando § 4º do mesmo artigo para se referir às *populações dos Municípios envolvidos*. Embora essa alteração tenha sido comentada e se tenha destacado a necessidade de uniformizar o procedimento aplicável a ambas as situações, a Corte frisou que o entendimento adotado corresponde à interpretação constitucionalmente adequada do sistema constitucional em seu conjunto, e não o resultado de mero preciosismo linguístico.

⁶ Ainda que se concorde com o desfecho desse caso concreto, vale uma ressalva acerca da constitucionalidade da inovação regimental. Sem prejuízo da necessidade de haver um mecanismo de superação de impasses, o voto de qualidade – que constitui verdadeiro voto duplo – não parece ser a melhor solução, uma vez que enfraquece a própria lógica da decisão colegiada, dando origem a uma maioria ficta. O *deficit* de legitimidade do voto de qualidade já havia sido reconhecido, de certa forma, pelo próprio Ministro Cezar Peluso, na ocasião em que se recusou a desempatar o julgamento de 2010, no qual se manteve, provisoriamente, a aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa. Por suas implicações sobre a concretização do devido processo legal, a matéria parece justificar uma reflexão mais cuidadosa por parte da comunidade jurídica e, sobretudo, do próprio Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da possibilidade de o modelo vir a ser copiado em diversos tribunais.

Em essência, o STF destacou que os fundamentos subjacentes à exigência de consulta determinariam a sua abrangência, sendo necessário ouvir os eleitores de todas as áreas afetadas, de forma direta, pela alteração territorial. Como é natural, isso inclui também os habitantes de Estados ou Municípios que venham a perder determinada fração de seus territórios, sobretudo em razão dos impactos econômicos desse tipo de alteração. Nesse ponto, a Corte rejeitou o argumento de que haveria um suposto direito fundamental à emancipação – um similar doméstico do direito à autodeterminação dos povos –, o qual seria decorrente do princípio democrático e da soberania popular. Com efeito, no âmbito do Estado único organizado sob a forma federativa, é apenas natural que a consulta seja mais abrangente e leve em consideração também os habitantes das áreas remanescentes. Nessa linha, aliás, vale registro a posição do Ministro Marco Aurélio, que – incorporando argumentação do Professor Dalmo Dallari –, sustentou a necessidade de consulta a toda população nacional, dados os impactos financeiros da eventual criação de novos Estados, sobretudo no que concerne à repartição de receitas. A par de envolver questão teórica de especial importância, a decisão acabou ganhando um colorido adicional em razão dos plebiscitos que seriam realizados a respeito da proposta de desmembramento do Estado do Pará, os quais, ao que tudo indica, teriam tido um desfecho diferente caso tivesse sido mantida a jurisprudência anterior.

6. Direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Nesse precedente, o STF confirmou a orientação adotada pelo STJ no sentido de se considerar que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação, desde que hajam obtido classificação dentro do número de vagas previsto em edital e que exista a previsão orçamentária correspondente. A decisão – que se alinha com votos vencidos e manifestações anteriores do Ministro Marco Aurélio e da Ministra Cármen Lúcia – modificou a jurisprudência tradicional do próprio STF, que qualificava a pretensão dos candidatos aprovados como mera expectativa de direito, exercendo controle tão-somente nos casos de preterição na ordem de nomeações. O Tribunal ressaltou, porém, a possibilidade de situações excepcionais em que um fato superveniente ao edital, grave e imprevisível, justifique a não-nomeação.

A decisão merece destaque pela releitura da discricionariedade administrativa e da própria ideia de supremacia do interesse público, que não se confunde com a prevalência indiscriminada de eventuais razões de Estado. Em rigor, a avaliação da conveniência das contratações deve ser realizada no momento em que se decide pela abertura do concurso público e especificação das vagas disponíveis. A partir daí, o normal é que se proteja a confiança legítima que os candidatos terão depositado na Administração Pública. Nessa mesma linha, o Tribunal destacou que mesmo as hipóteses excepcionais, que poderão impedir a nomeação, deverão ser devidamente motivadas.

7. Caso Cesare Battisti (Reclamação 11.243/Itália, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux)

O último capítulo do caso Cesare Battisti foi decidido na Reclamação nº 11.243, em que a República Italiana questionou a decisão do Presidente da República de não conceder a extradição do ex-ativista. Segundo a Itália, a decisão do Poder Executivo teria extrapolado os limites fixados pelo acórdão do STF, que havia autorizado a extradição e determinado que o Presidente observasse os termos do tratado firmado entre os dois países. A partir dessa premissa, o Estado requerente pedia ao STF para declarar a nulidade do ato do Presidente. Ao final, prevaleceu a tese contrária, sustentada pela defesa do extraditando e endossada pelo Procurador-Geral da República, no sentido de se considerar que o mérito da decisão presidencial seria insuscetível de reavaliação por parte do STF. Destacou-se, igualmente, o fato de que a concessão ou negativa de extradição constitui ato de soberania, que não poderia ser questionado por Estado estrangeiro perante as instâncias judiciais internas.

Colocado em perspectiva, o precedente merece destaque ao menos por duas razões interligadas. Em primeiro lugar, confirmou-se o entendimento de que a decisão do STF em matéria de extradição é de natureza autorizativa, tendo por objetivo impedir a entrega do indivíduo nos casos em que a providência seja incompatível com a Constituição ou com as leis brasileiras, notadamente quando haja risco aos direitos fundamentais do extraditando. Autorizada a extradição, a decisão final caberá ao Presidente da República, que poderá levar em conta as circunstâncias concretas do caso e eventuais obrigações decorrentes do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que recomenda a denegação dos pedidos extradicionais sempre que haja qualquer risco de agravamento indevido da situação pessoal

do extraditando. Em segundo lugar, a decisão final do STF representa um marco – consciente e declarado – de autocontenção, na medida em que a Corte se absteve de exercer controle sobre um ato de elevada densidade política, que buscava fundamento em dispositivos de textura especialmente aberta contidos na Constituição e em diversos tratados de que o Brasil é signatário.

8. Relativização da coisa julgada para se permitir o prosseguimento de nova ação de investigação de paternidade (RE 363.8889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli)

Tratava-se de recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, confirmando decisão do juiz singular, determinara a extinção de ação de investigação de paternidade em razão da existência de coisa julgada. Inicialmente, a questão havia sido discutida em ação proposta em 1989, que terminara com uma decisão de improcedência do pedido de reconhecimento fundamentado na falta de provas da paternidade. À época, a defesa do então menor de idade havia requisitado a realização do exame de DNA, que não foi realizado por falta de recursos da parte – beneficiária da justiça gratuita – e pela recusa do Estado em custear o procedimento. Posteriormente, a jurisprudência se encaminhou no sentido de ser obrigatório o custeio do exame por parte do Poder Público, orientação que viria a ser cristalizada em lei do Distrito Federal. Todas essas circunstâncias foram sopesadas pelo STF, que determinou, por maioria de 7 votos a 2, que a ação tivesse seguimento.

O debate acerca da chamada relativização da coisa julgada está cada vez mais maduro e mais próximo do Supremo Tribunal Federal. Dada a complexidade da matéria, a Corte tem evitado pronunciamentos categóricos, cuidado que foi observado também no precedente de que se trata por meio da delimitação rigorosa da situação fática sob análise. A despeito disso, uma premissa central foi estabelecida claramente: o STF admitiu a possibilidade de se relativizar a coisa julgada por meio da aplicação da técnica da ponderação de normas constitucionais. No caso concreto, entendeu-se que o *direito à identidade* assumiria precedência sobre a regra da coisa julgada. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que destacaram o *status* constitucional da coisa julgada e o fato de que a ação rescisória – respeitado o prazo legal – já seria uma forma de conciliação razoável entre os valores em jogo. Por fim, merece destaque um interessante debate teórico que se instaurou acerca da pertinência de se invocar o princípio da dignidade da pessoa humana na hipótese,

linha que foi seguida por boa parte dos Ministros, especialmente no voto-vista do Ministro Luiz Fux. O Ministro Dias Toffoli, porém, chamou a atenção para a banalização do referido princípio, cujo uso deveria ser reservado para os casos em que não seja possível o emprego de fundamento mais próximo e específico. Ainda que se possa discutir a sua aplicação ao caso de que se tratava – dada a conexão íntima entre a dignidade humana e os direitos da personalidade – a advertência é certamente válida no plano teórico.

9. Dever do Poder Público de fornecer atendimento em creche e pré-escola localizada próximo ao domicílio da criança ou do trabalho de seus pais (AgRg no AI em Recurso Extraordinário 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Tratava-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, confirmando a sentença de primeiro grau, assentara o dever estatal – sobretudo dos Municípios – de fornecer atendimento a crianças menores de cinco anos em creche ou pré-escola, em local acessível aos pais, sob pena de multa diária. Invocando outros precedentes da Corte em sentido semelhante, a Segunda Turma do STF confirmou decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, em que se negava seguimento ao recurso e se afirmava, de forma enfática, o dever do Poder Público na matéria, bem como a legitimidade da intervenção judicial em caso de descumprimento.

O destaque especial desse precedente fica por conta do denso voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, que discorre de forma analítica acerca do controle judicial de políticas públicas. O entendimento por ele manifestado, e acolhido de forma unânime pela Segunda Turma, é no sentido de ser plenamente legítima a determinação judicial nos casos em que seja possível identificar um dever estatal específico decorrente da Constituição ou das leis, sobretudo quando esteja em causa o chamado mínimo existencial. Nessas condições, seria imprópria a invocação de argumentos como o da reserva do possível ou ainda o relacionado à suposta intromissão indevida do Poder Judiciário em questões políticas. Com efeito, embora o princípio da separação dos Poderes confira aos agentes políticos a competência para formatar as políticas públicas – o que envolve ampla margem de discricionariedade legítima –, não se pode cogitar de uma suposta liberdade de conformação para descumprir decisões já estabelecidas na própria Constituição ou que dela decorram de forma direta.

10. Constitucionalidade do exame de ordem aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil (RE 603.583/RS, Rel. Min. Marco Aurélio)

O recurso extraordinário em questão foi interposto por um bacharel que pleiteava o direito de se inscrever na OAB e exercer a advocacia sem ter de se submeter ao exame de ordem. A impugnação tinha como argumento central a alegação de ofensa ao princípio da liberdade de profissão, previsto no art. 5º, XIII. Segundo esse raciocínio, a exigência de aprovação em uma prova não poderia ser considerada uma forma de *qualificação*, termo utilizado pelo dispositivo constitucional na parte em que se refere à imposição de condições ao exercício profissional. Inicialmente distribuído para julgamento pela Primeira Turma, a matéria foi objeto de parecer do Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, que opinou pela inconstitucionalidade do exame de ordem, incorporando e desenvolvendo o argumento de violação à liberdade de profissão. No entanto, a matéria acabou deslocada para julgamento em Plenário, ocasião em que o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Gurgel, manifestou-se pela validade da exigência, entendimento que acabou prevalecendo por decisão unânime.

O caso se destaca pela relevância da questão prática em discussão e também pela sistematização que foi dada ao princípio da liberdade de profissão. Com efeito, o STF reiterou o entendimento, já delineado em outros precedentes, de que a liberdade de escolha profissional somente é passível de restrição nos casos em que isso seja necessário para proteger ou promover relevante interesse público. Nesses termos, eventuais medidas restritivas devem passar no teste da razoabilidade ou proporcionalidade, considerados os seus três elementos. No caso concreto, entendeu-se que o exame de ordem passa no teste da *adequação*, uma vez que a Constituição admite a imposição de restrições relacionadas à qualificação profissional, que deve poder ser aferida. Além disso, o exame atenderia igualmente ao requisito da *necessidade*, na medida em que não se cogita de outra medida, destinada ao mesmo fim, que seja manifestamente menos restritiva. Por fim, a Corte entendeu que o exame de ordem não violaria a *proporcionalidade em sentido estrito*, já que a restrição – temporária – que dele decorre seria amplamente justificada pela necessidade de se tutelar o acesso à justiça e os demais direitos, inclusive de natureza fundamental, que são afetados pelo exercício deficiente da advocacia.

Parte II

UM DEPOIMENTO NA PRIMEIRA PESSOA

Luís Roberto Barroso

I. TRINTA ANOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Comecei a me dedicar ao direito constitucional, de maneira sistemática, em 1981, logo após haver me formado na UERJ, em 1980. Não havia futuro à vista, nem para o direito constitucional nem para mim. Assim me advertiram, logo na primeira hora, pessoas próximas e queridas. Era o Governo do General João Baptista de Oliveira Figueiredo, sucessor do General Geisel. Os anos de chumbo haviam ficado para trás, os atos institucionais haviam sido revogados e a lei de anistia fora aprovada. Ainda assim, o ambiente era inóspito e pouco promissor. Meses antes, em 27 de agosto de 1980, o terror de extrema-direita e contrário à abertura política explodira uma bomba na OAB. E meses depois, em 30 de abril de 1981, viria o atentado do Riocentro. Constitucionalismo e democracia não eram ideais promissores. A derrota da campanha pelas *Diretas Já*, em 1984, parecia confirmar o destino inglório de um arranjo institucional que pretendesse implantar um Estado democrático de direito.

Ainda assim, faço parte de uma geração que escolheu o direito constitucional como opção preferencial de vida, naqueles dias incertos da década de 80. Jamais me arrependi da escolha que fiz. E estou certo de que tampouco se arrependeram diversos outros companheiros de jornada, que incluem os Professores Clèmerson Merlin Clève, hoje titular da Universidade Federal do Paraná, Marcelo Neves, hoje titular da Universidade de Brasília, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia, hoje Ministros do Supremo Tribunal Federal⁷. Não percorremos os mesmos caminhos, mas tínhamos o constitucionalismo democrático como ideal comum. Em 2011, completam-se trinta anos desde que tudo começou. Poderia ser uma boa ocasião para olhar para trás e ver o que a vida fez das nossas vidas. Mas há tantos caminhos pela frente, que achei fora de hora reviver o passado. Porém, ao celebrar esses trinta anos, fui olhar para onde o direito constitucional havia me levado em

⁷ Um pouco mais adiantado no tempo, mas igualmente companheiro querido, era o hoje Ministro Carlos Ayres Britto. Exemplos modelares, que mantiveram acesa a chama de um direito público democrático e centrado no cidadão, foram e continuam sendo nomes como Paulo Bonavides, José Afonso da Silva e Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros.

2011. E este foi um ano tão especial e diferente na minha prática profissional e acadêmica que me pareceu bem prestar um depoimento na primeira pessoa, em apenso a esta resenha. Algumas histórias que gostaria de compartilhar. Dois casos judiciais, três debates acadêmicos e uma participação institucional.

II. DUAS QUESTÕES PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. O reconhecimento das uniões homoafetivas

Neste ano de 2011, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais. Uma vitória sobre o preconceito e a discriminação. Fui parar nessa questão a pedido de um grupo de Procuradores da República, um deles antigo aluno e hoje professor conceituado, que é Daniel Sarmento. O grupo pedia a minha participação na estruturação de uma ação que seria proposta pelo Procurador-Geral da República da época, Dr. Antonio Fernando de Souza. Suponho que as circunstâncias institucionais não favoreceram e a ação não veio a ser proposta. Publiquei meu estudo como artigo doutrinário⁸.

Algum tempo depois, a Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Léa Guimarães, perguntou-me se eu poderia adaptar a ação para ser proposta pelo Governador do Estado do Rio, Sérgio Cabral. Fiz de bom grado. Como o Governador não é um legitimado universal, dele se exige pertinência temática para propor ações constitucionais como ADIn e ADPF. Diante disso, foi preciso encontrar, na legislação estadual que disciplinava os servidores públicos, dispositivos que justificassem o interesse do Governador. E, de fato, a legislação falava em licença para acompanhar cônjuge por motivo de doença ou viagem, o que serviu de bom gancho, por ser preciso determinar se a referência a cônjuge incluía ou não parceiros do mesmo sexo. Pouco mais à frente, durante sua interinidade como Procuradora-Geral da República, a Dra. Débora Duprat propôs também uma ação com o mesmo propósito, retomando o projeto original do grupo de Procuradores da República que me procurara. A partir daí, a questão se tornou nacional e não mais afeta apenas ao Rio.

⁸ Luís Roberto Barroso, *Diferentes mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Uniões Homoafetivas no Brasil*. In: TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, t. II, 2009. Acessível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>.

O julgamento no STF foi surpreendente: dez a zero. Mesmo quem, eventualmente, não alimentasse simpatia pela tese curvou-se ao processo social. Como na frase inspirada de Victor Hugo: “Nada é mais poderoso do que uma ideia que chegou no tempo certo”. Ao lado da defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias, este foi um dos casos que me trouxe mais alegria pessoal. O vídeo com a sustentação oral do julgamento tinha, na virada do ano, mais de 33 mil acessos (acessível em <http://www.youtube.com/watch?v=ECIWP1c9-Vg>).

2. A não extradição de Cesare Battisti

Aceitei a defesa do antigo militante da extrema-esquerda italiana Cesare Battisti depois de o Governo brasileiro haver-lhe concedido refúgio político. Antes de assumir o caso, após procurado pela escritora francesa Fred Vargas, pedi um tempo para estudar o processo, assim como a anuência do advogado que até então conduzia a causa sozinho, Luiz Eduardo Greenhalgh. Ao final da leitura do processo, não tive qualquer dúvida acerca do lado do qual gostaria de estar. Cesare Battisti fora transformado em um bode expiatório e em um troféu político pelo Governo desmoralizado de Sylvio Berlusconi. Devo dizer, a bem da verdade, que entendo e respeito o ponto de vista de quem defendia o argumento de que, tendo Battisti sido julgado e condenado na Itália, não deveria o Brasil se envolver em um *imbroglio* diplomático com a Itália por esta razão. Porém, depois que o Estado brasileiro, por seus representantes legítimos, tomou a decisão política de dar-lhe refúgio, a divergência somente poderia e deveria ser de natureza política. Transformar a questão em uma disputa judicial, com o respeito devido e merecido, envolveu uma má mistura entre direito e política.

Não vou tomar o tempo de ninguém repetindo argumentos de defesa. Faço apenas um registro doutrinário. A moderna teoria jurídica divide os casos judiciais, de acordo com sua complexidade, em casos fáceis e casos difíceis. Casos fáceis são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Por exemplo: aos 70 anos o servidor público se aposenta compulsoriamente; chefes do executivo não podem concorrer a um terceiro mandato sucessivo. Casos difíceis, por sua vez, são aqueles em que o intérprete tem de construir argumentativamente a solução constitucionalmente adequada. Uniões homoafetivas, por exemplo, era um caso difícil, por inexistir norma expressa sobre a matéria. Pesquisas com células-tronco embrionárias também era um caso difícil, por envolver um

desacordo moral sobre o *status* do embrião congelado. Pois bem: a despeito de a Itália tê-lo transformado em uma questão politicamente difícil, do ponto de vista jurídico o caso Battisti era fácil. As duas teses em discussão nos dois julgamentos eram pacificadas na doutrina e na jurisprudência do próprio STF, a saber: (i) refúgio político é um ato político – não um ato vinculado – e, conseqüentemente, insuscetível de ser revisto no seu mérito pelo Judiciário; e (ii) a decisão do STF em matéria de extradição é meramente autorizativa, cabendo ao Presidente da República a decisão final sobre sua concretização ou não. Após chuvas, trovoadas e muitos raios, prevaleceu o direito.

III. TRÊS DEBATES ACADÊMICOS

O Brasil vive uma mudança histórica de patamar e já passa a ser objeto de interesse e de debates pelo mundo afora.

1. Uma democracia desequilibrada

Em fevereiro deste ano, participei de um debate na Universidade de Yale com o Professor Bruce Ackerman, tendo como objeto a reconstrução democrática do Brasil. A discussão baseou-se em um *paper* que eu havia escrito, intitulado, em tradução livre, *A democracia desequilibrada: Hegemonia do Executivo, Fragilidade do Executivo e a Ascensão do Judiciário no Brasil*⁹. Ackerman é autor, dentre muitos outros, de um trabalho clássico sobre separação de Poderes. Minhas teses centrais no debate foram três. A primeira, de que o Brasil perserverou em sua tradição de hegemonia presidencial, ainda que atenuada sob a vigência da Constituição de 1988. Tal hegemonia se manifesta de diversas maneiras, inclusive no controle da agenda legislativa, do orçamento e da Administração Pública. Segunda: a ascensão do Poder Judiciário foi uma importante novidade na paisagem política do país, que teve um efeito redistributivo de poder e apresenta feições que tornam a experiência brasileira peculiar em relação a processos análogos de judicialização ocorridos em outros países. A constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade criaram um ambiente favorável à judicialização e a algum grau de

⁹ Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Barroso_Brazils-unbalanced-democracy.pdf.

ativismo judicial; e (iii) a fragilidade do Poder Legislativo envolve riscos políticos e democráticos e sua superação deve ser colocada no topo da agenda política do país.

2. A dignidade da pessoa humana

Em agosto, concluí a elaboração de um trabalho sobre a dignidade da pessoa humana, uma tentativa de produzir um conceito jurídico uniforme e universalizável para um princípio de grande apelo ao espírito. A dignidade humana, por constituir uma ideia extremamente abstrata, é frequentemente invocada pelos dois lados em disputa nas questões eticamente divisivas. Evidentemente, um princípio que possa ser invocado por ambos os lados de um conflito serve para muito pouco. Por essa razão, escrevi ao longo do semestre que passei como *Visiting Scholar* em Harvard um trabalho contendo levantamento do uso da ideia de dignidade por tribunais de todo o mundo. A partir daí, propus a sua caracterização jurídica, dividindo o seu conteúdo em valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário. Cada um desses conteúdos está associado a uma série de direitos fundamentais e a limitações legítimas impostas pelo Estado e pela sociedade. O trabalho está disponível no site da *Social Sciences Research Network* em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945741, tendo sido um dos dez mais acessados, com 1.400 visitas. Estou trabalhando em uma versão em português.

3. O Judiciário como poder representativo

Em outubro, voltei a Harvard para um debate com o Professor Mark Tushnet sobre *Direito e Política no Mundo Contemporâneo*. Constitucionalista de primeira linha, Tushnet é, no geral, um opositor da ascensão do Judiciário e da judicialização das questões políticas e sociais em geral. Algumas de suas ideias só têm aplicabilidade no debate americano. Sua posição, de certa forma, se alinha com a do cientista político canadense Ran Hirschl, que fez sucesso com um livro criticando a judicialização, sustentando que o Judiciário é o último reduto do conservadorismo¹⁰. Para ele, as elites hegemônicas refugiaram-se nos tribunais para reagir à participação popular e à política majoritária que ocuparam o Executivo e, sobretudo, o Legislativo.

¹⁰ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, 2004.

Tenho dúvidas sobre a validade da tese em geral. Mas certamente ela não se aplica ao Brasil. Aqui entre nós, o sistema eleitoral e o custo das campanhas impõem inevitáveis aproximações entre o poder econômico e o poder político, fazendo com que grandes interesses sejam bem representados no parlamento. Já o Judiciário, ambiente no qual o recrutamento se dá por concurso público, sem injunções econômicas diretas, tornou-se menos dependente das elites e, em alguma medida, mais representativo da sociedade¹¹. A tese é complexa, com nuances e sutilezas que não cabe aprofundar aqui. Meu argumento de que o Judiciário está à esquerda do Legislativo é ilustrado pelo episódio da regulamentação do aviso prévio em caso de dispensa imotivada, destacado como um dos casos do ano na presente retrospectiva. Quando o STF deliberou que iria regulamentar o tema, diante da prolongada omissão do Congresso, as classes empresariais acorreram ao Legislativo, obtendo legislação a respeito. Isso porque estavam convencidas de que do STF viria regulamentação mais protetiva aos trabalhadores.

IV. DEZ PROPOSTAS PARA O BRASIL

Em novembro, realizou-se a XXI Conferência Nacional dos Advogados, um mega evento ocorrido em Curitiba, com a participação de mais de sete mil advogados. Recebi a distinção de fazer a conferência magna de encerramento, à qual dei o título de “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez anos”. Na minha apresentação, procurei fugir das enunciações retóricas e fazer propostas objetivas para o Brasil. A seguir, em enunciação sumária, os dez tópicos que abordei: (i) *uma nova narrativa para o Brasil*: convocação a um exercício de pensamento original capaz de definir o papel que o Brasil deseja desempenhar no mundo; (ii) *Reforma Política*: para solucionar o impasse que impede o andamento da necessária e urgente reforma, uma solução é a realização de plebiscito capaz de resolver as três questões centrais para mudança do sistema eleitoral; (iii) *Saneamento*: para equacionar a disputa que tem atrasado os avanços nessa área, uma alternativa é a gestão compartilhada entre estados e municípios nas regiões metropolitanas; (iv) *Sistema punitivo*: o sistema penal, processual penal e de execução

¹¹ O STF, é certo, não tem suas vagas preenchidas por concurso público. Mas a grande maioria de seus integrantes vieram de carreiras jurídicas que utilizam essa forma de recrutamento.

penal no Brasil vive uma crise normativa e filosófica, que tem como pontos a exigir urgente reflexão a polícia e o sistema penitenciário.

O elenco de ideias apresentadas incluiu, ainda: (v) *Educação*: propostas relativas ao aprimoramento do ensino fundamental, à universalização do ensino médio e a um modelo alternativo de universidade; (vi) *Trânsito*: algumas sugestões para enfrentar o genocídio de jovens representado pelos acidentes nas ruas e estradas brasileiras; (vii) *Direitos humanos*: em meio aos diferentes direitos sociais de difícil implementação, merece destaque o direito de moradia, a exigir financiamento habitacional para famílias de baixa renda e ambiciosos projetos de urbanização; (viii) *Proteção das minorias*: medidas como a descriminalização do aborto, as ações afirmativas e o reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo são importantes para enfrentar a discriminação de gênero, de raça e relativa à orientação sexual; (ix) *Transparência*: propostas concretas para enfrentar práticas condenáveis na Administração Pública em temas como orçamento público, contratos administrativos e cargos em comissão; (x) *Transformações no mundo jurídico*: algumas sugestões de mudanças na atuação de advogados, magistrados e do Supremo Tribunal Federal. Todas as propostas estão disponíveis em <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-6684.pdf>.

Feliz 2012 para todos.