

12 marzo 2010

La responsabilità politica dell'attivismo giudiziario. Aspetti teorico-pratici dell'esperienza brasiliana

di Rogério Gesta Leal

Con questo breve scritto intendo proporre una riflessione sul tema dell'attivismo giudiziario quale fenomeno politico e istituzionale che concernente l'impatto sociale delle decisioni giudiziali, a partire dall'analisi dell'esperienza brasiliana.

Il tema dell'attivismo giudiziario non è nuovo nello scenario occidentale, poiché, già da tempo, viene trattato con approcci e accenti diversi. Si è raggiunto, infatti, un certo consenso, in termini più generali, circa l'attivismo giudiziario associato all'idea della mutazione normativa e sociale attraverso la soluzione di casi concreti da parte del potere giudiziario, soprattutto quando *the reformation of the law is designed to give effect to social policies rather than legal principles and to have regard to what are said to be contemporary social conditions and values*.^[2] (cioè, quando “la riforma della legge sia rivolta ad attuare politiche sociali piuttosto che principi giuridici e riguardi condizioni sociali e valori contemporanei”).

L'espressione “attivismo giudiziario”, conformemente ai registri dello storico Arthur Schlesinger, è emersa sulla scena nordamericana negli anni 40 del secolo scorso, più specificamente nel 1947, in un saggio pubblicato nella rivista *Fortune*, nel quale l'autore analizzava l'operato di nove membri della Corte Suprema nordamericana, “classificando” questi giudici nelle seguenti categorie: *Judicial Activists* (come Black, Douglas, Murphy and Rutledge); *Judicial Self-Restrained* (come Frankfurter, Jackson and Burton); and those falling in the middle (ossia, con una posizione intermedia) (il giudice Reed ed il Chief Justice Vinson).^[3] In questo stesso lavoro, Arthur Schlesinger segnalava inoltre che l'espressione “attivismo giudiziale” era stata ripetutamente utilizzata per identificare posizioni delle Corti e dei magistrati quando: (1) *invalidated an arguably constitutional action by another branch* (hanno invalidato una discutibile azione costituzionale di un altro ramo della giurisdizione); (2) *failed to adhere to precedent (vertical)* (hanno fallito nel aderire ad un precedente); (3) *legislated from the bench* (il seggio dei giudici ha esercitato la funzione legislativa); (4) *departed from accepted interpretive mythology* (abbia abbandonato un filone interpretativa precedentemente accettato); or (5) *engaged in result-oriented judging* (o quando impegnati in giudizi orientati ai fini).

Si tratta, pertanto, della tendenza del potere giudiziario ad assumere le vesti del potere legislativo e del

potere esecutivo in situazioni speciali, anche e soprattutto nei casi di omissioni irresponsabili da parte di queste istituzioni in situazioni ed ambiti materiali di loro competenza.

Nel contesto brasiliano si è rivelato curioso il risultato di una ricerca scientifica sul tema, realizzata negli anni '90. Secondo i dati riportati nell'indagine (a campione) realizzata dalla Professoressa Sadek – indagine che ha coinvolto 570 giudici dei tribunali regionali e federali negli stati-regionali di São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás e Pernambuco, e focalizzata sull'opinione dei giudici sulla c.d. “crisi del Giudiziario” – risultava che il 73,7% dei magistrati intervistati “concordava interamente” o “era molto d'accordo” con l'opinione secpomdp oà quale “Il giudice non può essere un *mero applicatore delle leggi e deve essere sensibile ai problemi sociali*”. Ciononostante, soltanto 37,7% degli intervistati condivideva l'opinione secondo cui “*l'impegno per la giustizia sociale deve prevalere sulla stretta applicazione della legge*”. Anche tenendo conto del fatto che si trattasse di una ricerca a campione, l'esito dimostra l'attitudine di tradizionale riserbo dell'ordine giudiziario sulle più complesse questioni di natura politica. Un comportamento tradizionale che, però, in Brasile iniziò a cambiare radicalmente a partire della fine degli anni '90.[\[4\]](#)

Un'altra ricerca realizzata successivamente – coinvolgendo magistrati di tutte le regioni brasiliane e comprendendo la giustizia militare, la giustizia federale, la giustizia regionale e la giustizia del lavoro, per totale di 3.927 intervistati su quesiti attinenti al tema della neutralità dei giudice – ha evidenziato che 83% dei magistrati condividevano l'asserzione secondo cui “*il potere giudiziario non è neutrale e che nelle sue decisioni il magistrato deve interpretare la legge nel senso di avvicinarla ai processi sociali effettivi, influenzando così l'evoluzione sociale*”.[\[5\]](#)

Nella tabella che segue, partendo dai risultati della ricerca citata, si cerca altresì di classificare i tipi di “non-neutralità” del potere giudiziario professati dagli intervistati:

Indichi la proposizione con la quale più si identifica	Giudici di Primo Grado in Attività	Giudici di 2° Grado In Attività	Ministri Attivi e innativi	TOTALE
1. Il Potere Giudiziario in una società arretrata che favorisce politiche clientelari e di tutela patrimoniale costituisce un'elite che esercita un' azione pedagogica finalizzata ad elevare degli standard di cittadinanza	4.0	4.4	14.9	4.2
2. Le pressioni sociali a favore dell'uguaglianza che caratterizzano l'attuale processo di democratizzazione, possono tendere a una soluzione autoritaria. La magistratura, come custode delle libertà, effettivamente preserva gli ideali egualitari in contesti democratici.	7.7	8.2	2.1	7.7
3. La conquista dello Stato di Diritto democratico ha restituito alla società la capacità di decidere sul suo destino, specialmente sulla base della rappresentanza politica dei partiti e della vita associativa. Il magistrato partecipa al consolidamento della democrazia nella misura in cui opera come un fedele interprete della legge, producendo	61.7	62.2	70.2	61.9

sentenze in un contesto di indipendenza dalle pressioni sociali.				
4. La società brasiliana è caratterizzata da profonde disfunzioni strutturali. La magistratura che, per definizione, non è compromessa con la rappresentanza degli interessi, deve esercitare un ruolo attivo nel senso di ridurre le disparità tra regioni, individui e gruppi sociali	26.6	25.2	12.8	26.2

FONTE: VIANNA, Luis Wernek, CARVALHO, M. A.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *O Perfil do Magistrado Brasileiro. Projeto Diagnóstico da Justiça*. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1997.

Quando si focalizza l’attenzione su alcuni dati concernenti i livelli di influenza delle decisioni giudiziali sulle relazioni economiche e sociali, si verifica quanto sia importante il dialogo tra questi campi della conoscenza.

In una ricerca pubblicata dalla rivista *Análise Justiça* (Analisi Giustizia), si è verificato che, nel periodo che va dal 1998 al 2006, tra le altre cose: (a) del totale di decisioni in materia tributaria, il Supremo Tribunal Federal – STF (ossia la Corte Suprema brasiliana) ha adottato una posizione che ha aumentato le imposte nel 60% dei casi, mentre nel Superior Tribunal de Justiça – STJ (le cui competenze abbracciano un complesso di materie che in Italia sono affidate alla Corte di Cassazione e alle Corti d’Appello) le decisioni hanno ridotto le imposte in circa il 70% dei casi; (b) nelle liti contro il fisco, il STJ si è schierato dalla parte del cittadino nell’ 82% dei casi; (c) nelle situazioni in cui il Governo aveva interessi da difendere, il STF ha appoggiato la tesi del Governo in circa il 62% dei casi, mentre nel STJ le tesi governative hanno prevalso soltanto nel 32% dei casi; (d) nelle cause riguardanti diritti e garanzie individuali, in circa il 68% dei casi questi sono stati ampliati dal STF.

Potremmo forse affermare che ci troviamo di fronte a ciò che Bork chiama sostituzione dello Stato di diritto con lo Stato dei giudici? E’ possibile in considerazione del fatto che, in funzione della loro natura, portata e impatto politico e economico le decisioni giudiziarie stanno influenzando le politiche pubbliche e la gestione degli interessi collettivi, in competizione con gli altri poteri istituiti?[\[6\]](#)

Attualmente temi di grande rilevanza per la vita sociale ed economica nazionale brasiliana nel suo complesso dipendono dalla decisione dei giudici. Ad esempio: il problema della legalità delle restrizioni imposte alla pubblicità dei prodotti derivati dal tabacco – nello specifico mi riferisco alla legge n°9.294/1996, che tratta delle restrizione all’uso e alla pubblicità di “prodotti fumogeni”, alcolici, medicinali, terapie e di prodotti chimici usati in agricoltura con riferimentoal paragrafo 4°, dell’ art. 220 della Costituzione Federale brasiliana. Un’altra questione di rilevante interesse in attesa di decisioni giudiziarie è quella della responsabilità personale dei soci delle aziende inadempienti in materia di contributi sociali. Ancora, si pensi al problema del monopolio dei servizi postali dell’Unione Federale, oggi gestiti attraverso la *Empresa de Correios e Telégrafos*; o ancora, alla questione dell’incidenza dell’*Imposta sui Prodotti Industriali* sulle materie prime acquisite con aliquota zero o non sottoposte a tributo – in questo ultimo caso, se il giudice deciderà nel senso di riconoscere per l’Unione il dovere di risarcimento alle aziende in causa, ciò comporterebbe per l’Unione federale un esborso di più di venti miliardi di reais.

D’altra parte si può percepire un certa tendenza del Tribunale Supremo Federale all’ammorbidimento delle sanzioni penali, nella misura in cui sia prevalso l’intendimento per la progressione del regime carcerario nell’ambito dei crimini “hediondos” (delitti che in ragione della loro gravità hanno un regime particolare) e nello stesso senso è andata la decisione relativamente al porto d’arma senza munizioni, che ormai non è più considerato un reato. Questa opzione per un ammorbidimento tende a proseguire, anche

in considerazione della grave crisi del sistema carcerario nel Paese.^[7]

A proposito di questo dato della precarietà del sistema carcerario brasiliano, è opportuno segnalare che la questione assume valore rilevante già nell'ambito del potere giudiziario, nel senso che si discute se il giudice quale rappresentante dello Stato può o no imporre all'Esecutivo opere di miglioramento delle carceri. Questa discussione è nata da quando il *Supremo Tribunal Federal* ha considerato la questione come passibile di *aferição* (accertamento) nel livello di *Repercussão Geral*.^[8]

Su questa questione la polemica si è accesa per via di un ricorso straordinario contro la decisione che ha dichiarato che non spetta al potere giudiziario imporre al potere esecutivo compiti di riforma o miglioramenti negli stabilimenti di detenzione. Abbracciando questa tesi la decisione della magistratura ha cercato di evitare che una tale imposizione comportasse una ingerenza indebita in un settore di competenza riservato all'Amministrazione. La questione sottesa a questo ricorso straordinario è fondata sulla necessità di una riforma generale nel *Albergue Estadual de Uruguaiana*, nello Stato-regionale di *Rio Grande do Sul*.^[9] Il caso fu considerato come di Ripercurssione Generale all'unanimità da parte dei giudici del tribunale, poiché venivano minacciati i diritti fondamentali degli individui in custodia dello Stato. “*Dalla presa di posizione di questa Corte, potrà dipendere un consistente miglioramento della situazione di migliaia di individui sotto tutela dello Stato*”, ha sostenuto il relatore, giudice Ricardo Lewandowski.^[10]

Per quanto concerne le questioni istituzionali sono vari e seri i problemi che la Corte Suprema dovrà affrontare. In questa prospettiva, ad esempio, si pone l'interrogativo circa il merito dell' *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* (Azione declaratoria di incostituzionalità) circa la legittimità della competenza del *Ministério Público Federal e Estadual* ad instaurare indagini penali e svolgere investigazioni per conto proprio. In questo caso si tratta di un'azione interposta dalla *Associação dos Delegados de Polícia* (ADEPOL) (Associazione dei Commissari di Polizia) laddove la parte proponente afferma la sua esclusiva competenza in materia, determinando un'esplicita questione di conflitto di potere tra le corporazioni.

Nella stessa direzione procede la recente approvazione (avvenuta il 28/10/2009), avallata dal Presidente della Repubblica Luis Inácio Lula da Silva, della legge che regola l' *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*.

L' *Azione Diretta di Incostituzionalità in caso di Omissione* permette l'esercizio dei diritti costituzionali nonostante l'inerzia del potere pubblico, sia nei casi in cui si verifichi l'assenza di leggi o di disposizioni amministrative che regolino la materia specifica; che nei casi di mancata azione da parte dell'autorità amministrativa competente. L' *Azione Diretta di Incostituzionalità per Omissione* è simile al *Mandado de Injunção*, ma si differenzia da questo per il suo effetto *erga omnes*, poiché si applica a tutti i consociati, mentre il *mandado* esplica i propri effetti soltanto *inter partes*.

Nella versione approvata dal Senato, il potere competente di cui sia stata accertata l'ommissione avrà 30 giorni di tempo per adottare le misure correttive necessarie. Nelle occasioni in cui sarà verificata la necessità dell'adozione di provvedimenti da parte del potere legislativo, e cioè nei casi di assenza di una legge di garanzia del diritto costituzionale, il termine sarà di 180 giorni.

Ancora, rispetto alle regole processuali applicabili all' *Azione Diretta di Incostituzionalità per Omissione*, il testo della legge prevede che l'istanza dovrà indicare l'ommissione, totale o parziale, e dovrà essere accompagnata dai documenti necessari a comprovarne l'esistenza. Il giudice relatore respingerà l'istanza che non presenti fondamenti adeguati o che sia chiaramente infondata, fatta salva la possibilità di ricorso contro la sua decisione. In questi casi, gli attori non potranno desistere dell'azione avviata innanzi alla Corte Suprema.

Coloro che non abbiano partecipato all'azione, ma che siano parte interessata, sono autorizzati ad esprimersi per iscritto sull'oggetto dell'azione, allegando documenti e presentando memorie. Il giudice relatore potrà sollecitare l'intervento dell'avvocato-generale dell'Unione entro 15 giorni. Il procuratore-generale della Repubblica, nelle azioni in cui non figuri come proponente, avrà 15 giorni di tempo per prendere visione gli atti del processo.

Secondo il testo approvato dalla Camera dei Deputati, ad avere il diritto di proporre questo tipo di azione presso il Supremo Tribunale Federale sono gli stessi soggetti legittimati *all'Azione Diretta di Incostituzionalità e all'Azione Dichiaratoria di Costituzionalità*, ossia: il Presidente della Repubblica; le commissioni direttive del Senato, della Camera dei Deputati e dell'Assemblea Legislativa (e della Camera Legislativa del *Distrito Federal*); i governatori degli Stati-regionali; il *Procurador-geral da República* (procuratore generale della Repubblica); il Consiglio Federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile (OAB); qualsiasi partito politico rappresentato nel Congresso Nazionale e le confederazioni sindacali o "entità di classe" di livello nazionale^[11].

Con tale strumento normativo, quindi, si trasferisce ancora più potere all'ordine giudiziario allo scopo di supplire alle insufficienze degli altri poteri costituiti, dato che, persistendo l'omissione, i giudici potranno rimediare con effetti di portata federale, e cioè di grande impatto sulla vita sociale, economica e politica nazionale.

D'altro canto, temi come la possibilità di incidenza *dell'Imposta Regionale di Circolazione delle Merce* sul trasporto stradale di viaggiatori interessano l'intera società, poiché il costo del trasporto pubblico subirà un forte incremento nel caso in cui il Supremo Tribunale Federale decida a favore della pretesa fiscale degli Stati-Regionali. Nella stessa direzione procede la discussione sulla pretesa della Regione del *Paraná*, che potrà aprire un precedente federale circa la possibilità o meno dell'applicazione di una tassa per coprire i costi dei servizi di sicurezza pubblica, cosa che produrrebbe ulteriori oneri a carico dei cittadini.

In questa prospettiva, ulteriore esempio, al quale pure si è già accennato, consiste nella ripresa – da parte del *Supremo Tribunal Federal*, nel secondo semestre del 2009 – della fase di giudizio relativamente all'azione che riguarda la costituzionalità della legge che regola i servizi postali in Brasile, laddove è in discussione il monopolio dei *Correios*, a fronte della pretesa dell'*Associação Brasileira de Empresas de Distribuição* (l'Associazione Brasiliana delle Imprese di Distribuzione) di restringere il monopolio alle sole "lettere"^[12]. Rispetto a questa azione, soltanto quattro giudici della Corte Suprema non hanno ancora pronunciato il loro voto. I ministri Gilmar Mendes e Carlos Ayres Britto già si sono pronunciati per il mantenimento di parte dei servizi in mano pubblica e per la privatizzazione degli altri.

Il relatore dell'azione, giudice Marco Aurélio, si è pronunciato in favore della privatizzazione dei servizi postali, mentre i ministri Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ellen Gracie si sono espressi in senso contrario, ritenendo che il servizio debba restare di competenza esclusiva dell'Unione Federale.

Nel campo dell'educazione, un tema all'attenzione del Supremo Tribunale Federale è quello relativo alla costituzionalità delle "quote razziali" destinate agli studenti "afro-discendenti" previste nel Programma ProUni – "Universidade para todos" (Università Per Tutti). Nell'area della sanità, invece, la principale azione in discussione concerne la possibilità di interruzione della gravidanza nei casi di gestazione di *fetos anencéfalos* (feti con deformazione cerebrale); si tratta di un tema delicato nel contesto della società brasiliana, perché l'aborto è decisamente proibito dalla legge, con alcune rarissimi eccezioni, come appunto nei casi di gestazione di feti con deformazione cerebrale.

Un'altra tematica direttamente connessa ai diritti umani e alle libertà civili, oggi all'attenzione della Corte Suprema, è quella relativa al riconoscimento dell'unione civile "homofetivas" (e cioè tra omosessuali). Inoltre, dovrà essere ripresa l'analisi della demarcazione della riserva indigena Caramuru

Paraguaçu, in Bahia, che coinvolge l'etnia Pataxó Hã-hã-hãe[13].

Nella Regione del Rio Grande do Sul ha avuto luogo un'interessante discussione sulla possibilità del Governo dello Stato di procrastinare (di alcuni giorni) la data del pagamento dei salari e proventi di certe categorie di dipendenti pubblici, in ragione dell'emergenza finanziaria nel bilancio regionale. Questa discussione è giunta al Supremo Tribunale Federale, nell'ambito del SS 3154-6/RS, giudizio richiesto dal governo dello Stato del Rio Grande do Sul per la sospensione della misura cautelare che determinava che il governo dovesse pagare i salari dei Commissari di Polizia della Regione entro l'ultimo giorno lavorativo del mese, come previsto dalla *Lei Complementar Estadual* 10.098/94 (Legge complementare Regionale).

Nell'analizzare la domanda (*pedido de liminar em Suspensão de Segurança*), il giudice Gilmar Ferreira Mendes ha riconosciuto che il Supremo Tribunal Federal ha già dichiarato conforme a Costituzione la riferita legge (Lei Complementar Estadual n°. 10.098/94), che fissa la data limite per i pagamenti dei salari dei servitori pubblici. Lo stesso Ministro ha però osservato che è necessario interpretare la legge tenendo anche conto della realtà e che, in questo caso specifico è *notorio che l'amministrazione pubblica regionale non dispone, in questo momento, di risorse finanziarie sufficienti all'adempimento di tutti i suoi obblighi*. Per il Ministro Mendes, pertanto, la situazione eccezionale, se riferita soltanto al mese di marzo, giustifica, in questo caso, la non osservanza della legge, perché non si intravede *violazione delle garanzie costituzionali neanche con riferimento al principio della moralità pubblica*. Si è tenuto a sottolineare che il governo *gaúcho* (dello Stato-regionale di Rio Grande do Sul) non rifiutava il pagamento della integrale remunerazione dei dipendenti pubblici, ma *stava soltanto prorogando parte di questo pagamento fino al successivo 10 aprile, a causa dell'assoluta impossibilità finanziaria*.

In sintesi, il Relatore ha sostenuto che in tali situazioni il c.d. imperativo teorico della non contraddizione *non deve ostacolare l'attività, propria della giurisprudenza, di realizzare positivamente, mediante prudenti soluzioni (combinatorie e/o compensatorie), la concordanza pratica delle diversità e perfino delle situazioni che, anche qualora teoricamente appaiono in contraddizione, sono tuttavia auspicabili nella pratica*.

Il problema sarà sempre quello di stabilire criteri controllabili dei limiti del compito giurisdizionale, in modo che questo non usurpi competenze istituzionali costituzionalmente legittime. Qui trovo conferente l'avvertimento di Habermas nel senso che *certi contenuti teleologici entrano nel diritto; però, il diritto, definito attraverso il sistema dei diritti, è in grado di addomesticare gli orientamenti assiologici e gli obbiettivi imposti dal legislatore attraverso la primazia conferita ai punti di vista normativi*. [14] Allora, se la legislazione *gaúcha* (della regione del rio grande do sul) determina la data certa per il pagamento delle remunerazioni ai suoi funzionari, l'inadempimento di questa previsione non verrebbe a violare tutte le aspettative del diritto "personale" e "interpersonale" (famiglia, creditori, impegni finanziari già presi) di questi soggetti? Quali sono gli argomenti di ponderazione che caratterizzano queste scelte giurisprudenziali? Tali scelte non dovrebbero considerare gli interessi complessivamente, per evitare di deliberare autoritativamente in maniera così generica a favore del Governo?

In questa stessa direzione trovo emblematico il caso *Estado de São Paulo vs. Fernando Sarney*. Fernando Sarney ha adito la via giudiziale contro il giornale *Estado de São Paulo*, pretendendo di impedire la diffusione di informazioni che lo riguardavano. Informazioni, queste, provenienti da un'indagine realizzata dalla Polizia federale, che è risultata inoltre essere in violazione del suo segreto telefonico e che ha coinvolto eventi che, in tesi, avrebbero configurato comportamenti illeciti.

Il Tribunale di Giustizia del Distrito Federal ha imposto all'impresa giornalistica di esimersi dall'utilizzare, in qualsiasi forma, diretta o indiretta, o di pubblicare dati relativi all'autore, poiché si trattava di dati ottenuti in sede di investigazione criminale sotto segreto giudiziale, imponendo, inoltre, una multa di R\$ 150 mil (centocinquantamila reais) per ogni eventuale inosservanza della decisione.

L'impresa giornalistica ha interposto appello presso il Supremo Tribunal Federal (*Reclamação* n°9428, relatore Ministro Cezar Peluso), in cui la difesa sosteneva, in sintesi, che impedendo al giornale di divulgare le informazioni e gli elementi ricevuti – e ostacolando pertanto il diritto-dovere giornalistico di informare – si è operata una violazione della decisione presa anteriormente dallo stesso Supremo Tribunale Federale nell'azione di *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamengal* (Argomentazione di Inosservanza di Precetto Fondamentale) n° 130, che aveva revocato la Legge sulla Stampa, ritenendola non compatibile con la Costituzione del 1988[15].

In estrema sintesi ciò su cui ci si interroga è quale sia il limite della libertà di stampa e informazione nel Paese. Può il potere giudiziario stabilire i parametri generali di questa questione di incisivo rilievo sociale, o non deve piuttosto circoscrivere il suo intervento limitandosi alla sola valutazione dei casi particolari di violazione dei diritti, esimendosi dall'indirizzare direttive per la disciplina della materia (facendo quindi uso della già richiamata "modestia giudiziale aggressiva")?

Alla base di questa discussione si trovano quelli che Habermas chiama *concetti-chiave del diritto costituzionale*, tra cui: *il principio della proporzionalità, la riserva del possibile, la limitazione dei diritti fondamentali immediatamente validi, la protezione dei diritti fondamentali attraverso l'organizzazione e le procedure, etc.*[16] Lo stesso Habermas però avverte che questi concetti-chiave generati dalla pratica della decisione giudiziale, debbono essere assunti come *principi procedimentali*, in cui le operazioni di interpretazione costruttiva del caso singolare si possano determinare tenendo come riferimento la totalità dell'ordinamento giuridico ricostruito razionalmente; totalità nel senso di universo generale degli interessi, garanzie e prerogative (individuali e sociali), che non possono essere assunti invece (o essere presi in considerazione) gli uni a detrimento assoluto degli altri.

E' fondamentale, quindi, che si diffonda la consapevolezza che questa situazione di apparente tensione fra legittimità giurisdizionale e legittimità legislativa non si presenta come un fenomeno patologico o passibile d'essere estirpato o evitato; poiché, oltre ad essere una tendenza ciclica contemporanea, si presenta altresì come un fatto inesorabile, attinente alla complessità delle relazioni sociali odierne, il cui equilibrio – permanentemente minacciato dalle contingenze e circostanze incontrollabili – richiede di essere costantemente perseguito.[17]

[1] Rogério Gesta Leal é Giudice della Corte d'Appello dello Stato di Rio Grande do Sul, Brasile, Dottore in Diritto, Professore Catedrático dell'Università di Santa Cruz do Sul.

[2] BERGER, Raoul. *Government by Judiciary: the transformation of the Fourteenth Amendment*. Indianapolis: Liberty Foundation, 2007, p.47.

[3] DEAN, John W. *What Exactly Is Judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees*. In <http://www.nybooks.com/articles>, il 29/10/2009, p.03.

[4] SADEK, Maria Tereza. *A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa*. In SADEK, Maria Tereza (a cura di), *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: Sumaré, 1995. Nella stessa prospettiva v. VIANNA, Luis Werneck, CARVALHO, M. A.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *Corpo e Alma da Magistratura*. São Paulo: Revan, 1997; VIANNA, Luis Werneck et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. São Paulo: Revan, 1999.

[5] VIANNA, Luis Werneck, CARVALHO, M. A.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *O Perfil do Magistrado Brasileiro. Projeto Diagnóstico da Justiça*. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1997. In questa

stessa ricerca, il 62% dei magistrati si è identificato con la prospettiva per cui *il magistrato partecipa alla consolidazione democratica nella misura in cui opera come fedele interprete della legge e produce sentenze con indipendenza rispetto alle pressioni sociali*. D'altra parte, il 26% degli intervistati si è identificato più fortemente con la proposizione secondo cui *la magistratura che, per definizione, non ha compromessi con la rappresentazione di interessi, deve esercitare un ruolo attivo nel senso di ridurre le disparità tra regioni, individui e gruppi sociali*.

[6] BORK, Robert. H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*. Washington: AEI Press, 2006.

[7] In questa stessa direzione, l'STF ha concesso la conversione della pena al regime semiaperto a un condannato per due crimini di *atentado violento ao pudor* (attentato alla morale pubblica). In carcere da 9 anni, I. A., scontava la pena di 15 anni in regime carcerario. La decisione fu unanime. Nell'intendimento della 2^a Turma poiché l'incarcerato avrebbe compiuto la pena dal 2000, "fa jus al beneficio previsto nella legge allora vigente". Una decisione simile prese la *Vara de Execução Penal de Presidente Prudente* (SP) per concedere la conversione della pena al regime semiaperto. Il giudice si è basato sulla Legge delle Esecuzioni Penali anteriore alla Legge 11.464/07, che prevedeva una maggior rigidità delle regole sulle pene attribuite agli autori di crimini "*hediondos*". La norma anteriore ammetteva la conversione del regime carcerario, dopo aver scontato un sesto della pena, mentre la nuova legge ha aumentato questo periodo a due quinti e, nel caso di recidivi, a tre quinti. Il caso arrivò al Tribunale Supremo su ricorso del pubblico ministero al Tribunale di Giustizia dello Stato di São Paulo, allegando che I.A. non aveva compiuto in regime chiuso i tre quinti della pena previsti dalla Legge 11.464 per i recidivi. La 11^a Câmara de Direito Criminal del TJ-SP (Tribunale Regionale di Sao Paulo) ha deciso, allora, di cassare la decisione di primo grado. Anche la difesa ha visto la domanda respinta dal Superiore Tribunale di Giustizia e così ha interposto ricorso per *habeas corpus* presso il Tribunale Supremo, ric. n°100.328, che in ultima istanza è stato deferito.

[8] La "ripercussione generale" é applicata ai ricorsi/appelli che vano oltre gli interessi delle parti coinvolte, dimostrando rilevanza dal punto di vista, economico, politico, sociale e giuridico. Tutte le questioni con *Repercussão Geral* riconosciuta sono analizzate dal Plenário della Corte Suprema.

[9] Atti del *Recurso Extraordinário* n°592581.

[10] Conforme alla notizia diffusa nel sito internet <http://www.conjur.com.br/2009-out-28/stf-justica-decidir-executivo-faca-obras-presidios>, alla data del 28/10/2009.

[11] Conformemente alla notizia diffusa nel sito internet www.conjur.com.br, alla data del 28/10/2009.

[12] nel senso di carta scritta, in una busta, con rispettivo francobollo, inviata da una parte ad altra, con informazioni di carattere personale, prodotto intellettuale e non meccanico.

[13] *Idem*, edizione del 02/08/2009.

[14] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, Op.cit.318. In altre parole, l'autore afferma che la *trasformazione concettuale di diritti e valori fondamentali significa un mascheramento teleologico dei diritti che copre la circostanza per cui norme e valori assumono ruoli differenti nella logica dell'argomentazione*.

[15] *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, n° 130, relatore ministro Carlos Ayres Britto. Per la difesa del giornale, si tratta di un flagrante caso di "*censura giudiziale*", paragonabile a quella attuata nei tempi dell'autoritarismo militare e dell' *Ato Institucional* n° 5, nel periodo di eccezione e usurpazione dei diritti e garanzie fondamentali della cittadinanza brasiliana.

[16] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, Op.cit.308.

[17] E' ciò cui allude Habermas quando afferma che: *Mentre Denninger constata una tendenza, basandosi sulle decisioni singolari del tribunale, la quale potrebbe rivelare il passaggio pericoloso dal potere legale di delineazione liberale a un "potere fondato su di una legittimità sanzionata giudizialmente", Böckenförde vede in ciò un dilemma inevitabile. Böckenförde è convinto che i principi dello Stato di diritto possono essere combinati con una comprensione liberale dei diritti fondamentali. In caso contrario, la separazione funzionale della giustizia in rapporto alla legislazione e, con ciò, la sostanza democratica dello Stato di diritto, non potrà essere mantenuta. Ibidem, p.310.*