

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Instituto de Ciências Humanas

Jamile Luiza dos Santos Oliveira

DEMOCRACIA “POLITICAMENTE DESVIADA”:

O Supremo Tribunal Federal como ator político

Juiz de Fora

2009

Jamile Luiza dos Santos Oliveira

DEMOCRACIA “POLITICAMENTE DESVIADA”:

O Supremo Tribunal Federal como ator político

Monografia de Conclusão de Curso submetida ao curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Diogo Tourino de Sousa

Juiz de Fora
2009

Jamile Luiza dos Santos Oliveira

DEMOCRACIA “POLITICAMENTE DESVIADA”:

O Supremo Tribunal Federal como ator político

Monografia de Conclusão de Curso submetida ao curso de Ciências Sociais, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Sociais e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Prof. Ms. Diogo Tourino de Sousa (Orientador)

Prof. Dr. Raul Francisco Magalhães

Juiz de Fora

2009

"Não há ciência isolada e integral; nenhuma pode ser manejada com maestria pelo que ignora todas as outras. Quando falham os elementos filológicos e os jurídicos, é força recorrer aos filosóficos e aos históricos, às ciências morais e políticas."

Carlos Maximiliano

RESUMO

Periodicamente é sustentado ou questionado o ativismo político da instância máxima da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal, que consistiria num julgamento de conveniência e oportunidade a influenciar suas decisões, em caráter supletivo às conclusões propriamente jurídicas.

Nas democracias assentadas na tripartição de poderes, a adequada compreensão da função do Poder Judiciário, bem como da supremacia da Constituição sobre todos os três poderes, é essencial ao desenvolvimento de suas instituições. A preservação da vontade política da Constituição é a única forma de legítima manifestação política da Suprema Corte, e, conseqüentemente do Judiciário.

Nas Ciências Sociais, uma das abordagens dessa dimensão política da atuação das cortes judiciais procura avaliar especificamente como o processo judicial interage com o sistema político democrático, especialmente os poderes executivo e legislativo, e quais os seus efeitos para a consagração democrática.

Através da análise de um caso concreto, pretende-se desenvolver melhor o tema e apresentar questões que façam o leitor repensar o seu próprio papel na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Judicialização da política, STF, ator político.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO-----	06
I - REPÚBLICA E DEMOCRACIA: CONCEITOS QUE NÃO DEVEM SER CONFUNDIDOS-----	08
II - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA/1988 COMO CONSTITUIÇÃO ABERTA-13	
II.I – TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: O QUE É E COMO AFETA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA-----	15
III – ORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO BRASIL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
III.I - FUNÇÃO E COMPOSIÇÃO DO STF-----	18
III.II – AS FORMAS DE ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO-----	22
III.III – CORRENTES TEÓRICAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA -----	24
IV – ESTUDO DE CASO CESARE BATTISTI: DEMOCRÁTICO, TENDENDO AO “GOVERNO DE JUÍZES” OU MONOPOLISTA, COMO É A ATUAÇÃO DO STF FACE ÀS QUESTÕES POLÍTICAS? -----	27
IV.I- DESCRIÇÃO DO CASO-----	27
IV.II- ANÁLISE-----	29
IV.III – GILMAR MENDES: O REGENTE DO DEBATE POLÍTICO -----	36
CONCLUSÃO-----	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	42

INTRODUÇÃO

O ativismo político exercido por atores do Poder Judiciário é tema recente no âmbito da Ciência Política e do Direito, discussão presente em diferentes setores da sociedade civil a partir da promulgação da Constituição da República de 1988.

Dentre os diversos operadores do direito existentes, esse trabalho está direcionado ao Supremo Tribunal Federal, sua organização, especificidades e interferência em relevantes questões políticas, de forma a avaliar sua legitimidade ou não para influenciar na esfera política como instrumento de democratização do país, além da relação desse ativismo com os princípios republicanos da tripartição dos poderes e do sistema de freios e contrapesos.

Alguns trabalhos já foram realizados sobre o tema, os quais estão predominantemente distribuídos em três correntes, quais sejam: a substancialista, a procedimentalista e a minoritária. As duas primeiras, embora com argumentos diferentes, são favoráveis à interferência judicial como forma de garantir a efetividade da democracia no país; já a última se posiciona radicalmente contra, sob a alegação de que o Judiciário ao invés de zelar, está usurpando competências dos outros poderes constitucionalmente definidas.

Todavia, a maior parte das pesquisas não se focou exclusivamente nas decisões da instância máxima da Justiça brasileira, pelo contrário, trata dessa confusão de competências entre os poderes, ponto indispensável para a compreensão do sistema político brasileiro e de seu futuro, de forma ampla e genérica, sem observar as nuances do processo no país e, principalmente, sem avaliar como a sociedade civil e os políticos percebem essa corriqueira atuação do STF na política.

O presente estudo se propõe a realizar uma abordagem diversa das existentes até o momento de forma a expor um olhar crítico sobre o tema, retratando uma nova leitura sobre a prática jurídica brasileira, em especial quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal exercendo atribuições que, em princípio, seriam cabíveis às instâncias políticas representativas do Executivo e do Legislativo.

Nesse ínterim, a pesquisa visa preencher um vácuo na literatura, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento do pensamento jurídico e político

brasileiro, tomando como lastro empírico o recente caso Battisti, na tentativa de elucidar o papel que cada ator social, político e jurídico tem dentro desse processo.

O tema judicialização da política e politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *checks and balances*.

Por isso, o tema em questão é de clara relevância tanto para o Direito Constitucional, como para a Ciência Política como um todo, vez que atinge diretamente as diretrizes republicanas, a Tripartição dos Poderes e suas respectivas competências, além de princípios constitucionalmente protegidos, sob o argumento de garantir o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

1 - REPÚBLICA E DEMOCRACIA: CONCEITOS QUE NÃO DEVEM SER CONFUNDIDOS

Uma imersão na tradição republicana e em conceitos peculiares a ela, como os de liberdade, participação, igualdade, interesse público e interesses privados, que permeiam a política e a vida cotidiana, permite um novo olhar sobre a realidade política nacional.

Em linhas gerais, a possibilidade de identificarmos a tradição republicana no Brasil associada à defesa do público pelo Estado, tradição que depois de 1988 encontrou-se com a democracia, apresenta reflexos até o atual momento na história política nacional, com a permanência dos temas da tradição: o STF como moderador do debate político evidencia que, conforme sustenta Werneck Vianna, talvez o moderno brasileiro não seja a negação do seu contrário.

República é, tomando Montesquieu com uma boa definição, o governo das virtudes, no qual os homens negam seus interesses e paixões imediatos em nome do bem comum. Pode ser democrática ou não, aristocrática, por exemplo.

A atual teoria política normativa é alimentada pela tradição histórica da República e nesse patamar está inserido o conceito de liberdade, o qual é a chave para interpretar o que é o republicanismo e como a retomada de seus conceitos influenciam na tentativa de evitar o domínio liberal na teoria política.

Ricardo Silva¹, citando Berlin, aduz que:

“No mundo antigo o que prevalecia era a liberdade positiva em detrimento da negativa. A positiva tem a liberdade como participação dos agentes na esfera pública, ao contrário da negativa, que reflete a ausência de participação, sendo esta compatível com o mundo moderno”.

Silva² continua seu argumento afirmando que o neorepublicanismo aceita a dicotomia entre as liberdades, mas com uma inversão valorativa dos conceitos; deve-se buscar uma valorização positiva da liberdade negativa.

¹ Ricardo Silva, em palestra realizada na Semana de Ciências Sociais da UFJF, em 2009.

² Op. Cit acima

A tradição republicana tenta atualizar a liberdade negativa de duas formas: a) tendo a participação como valor intrínseco (Atenas); b) participação como valor instrumental de assegurar a liberdade, mas não o único valor (Romanos).

Uma terceira concepção, proposta por Philip Pettit (apud Ricardo Silva, 2008) surgiu para escapar da dicotomia. A liberdade republicana é um tipo de liberdade negativa, mas não do mesmo tipo da liberal. Ela é negativa pois o que está em questão é a ausência de interferência.

Na concepção de liberdade negativa, para os liberais qualquer interferência deve ser afastada quanto que, para os republicanos, somente as interferências tidas como arbitrárias devem ser abolidas, ou seja, pode ter a interferência mas sem dominação.

Nesse patamar, a liberdade liberal negativa não é compatível com as normas, mesmo que justas, ao contrário da liberdade republicana negativa, que é compatível com as leis, sendo que a interferência é mera possibilidade, só ocorrendo quando necessário.

Insta esclarecer que a liberdade não é um atributo do indivíduo, mas um status jurídico, portanto não pode ser esta pensada em separado da ordem política e jurídica em que está inserida.

Democracia é um sistema de governo onde o poder de tomar decisões políticas emana do povo. Democracia é um processo contínuo de conquistas de garantias e direitos fundamentais; mais ainda, é um instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, dentre eles a liberdade, a igualdade e a vontade da maioria.

No Brasil pode ser dito que a democracia evoluiu de seu conceito formal orientada pelos princípios do liberalismo (mero discurso de sustentação e de justificação do governo) para o conceito material (efetividade prática) apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988³, tida como a primeira realmente democrática e cidadã do Estado Nacional.

A CR/88 leciona que o país apresenta um Estado Democrático de Direito, onde o conteúdo da legalidade ainda lhe é peculiar e tem nele sua principal vinculação. Porém, assume uma idéia e forma de busca da efetiva concretização da igualdade, não pelo simples normativismo, mas sim pelas intervenções que evidenciem e impliquem diretamente no conteúdo transformador da realidade, através dos elementos de

³ Entre as constituições brasileiras, a exceção é a de 1937, de diretriz antiliberal e elaborada por Francisco Campos. Em que pese não assegurar direitos políticos, pode ser entendida como substantiva já que intensificou os direitos sociais.

valoração da democracia sobre os próprios elementos constitutivos e, principalmente, sobre a ordem jurídica, voltada para questão da solução do problema das condições materiais de existência. Assim, o Estado Democrático de Direito teria como característica de ultrapassar ambas as formulações de Estado tanto Liberal de Direito quanto a Social de Direito.

O Estado democrático é um ideal possível de ser alcançado, desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente: com a eliminação da rigidez formal, com a supremacia da vontade do povo (soberania popular), com o sufrágio universal, observância das diretrizes constitucionais em especial a da separação dos poderes e com preservação da liberdade e da igualdade.

A democracia adotada no Brasil é predominantemente representativa, mas com traços de participativa, na qual são escolhidas pessoas que serão as tomadoras de decisões, as quais retratam o povo que as elegeram. Nesse tipo de democracia, as decisões irradiam de um centro de poder para as periferias, onde é encontrado o povo nação. O poder é do povo, mas o governo é dos representantes em nome do povo.

No entendimento de Bonavides (2002, p. 74),

“o povo é a fonte constitucional do poder e em caso de exclusão desta palavra em algum texto este padeceria pelo empobrecimento”, firma o autor: “que *povo* tornou-se palavra símbolo”, ainda: “que a constituição do Estado Novo, em seu primeiro artigo afirmava que o poder político emana do povo e em nome dele exerce no interesse de seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”.

A percepção de Bonavides (2002, p 76) da idéia de Estado de Direito, manifesta-se não como forma de governo, mas sim, propriamente, como “*status quo*” institucional, o qual se reflete nos cidadãos a partir da confiança que eles depositaram sobre os governantes, cabendo a estes últimos a tarefa de serem fiadores e executores das garantias constitucionais, principalmente aquelas vinculadas com seus direitos fundamentais.

A democracia participativa pressupõe a existência de uma sociedade civil, politicamente preparada, ativa, disposta a lutar pelas causa da coletividade, cobrando dos dirigentes uma postura ética, e que o aparelho estatal não seja utilizado em proveito próprio.

Na democracia semidireta, o povo não é mero colaborador político, mas tem a possibilidade de ser efetivo colaborador jurídico: o povo não apenas elege, como tem em suas mãos o direito de legislar. (Bonavides, 2002. p 275).

Democracia participativa, ou semidireta, é aquela que, partindo de uma democracia representativa, utiliza-se de mecanismos que proporcionam ao povo um engajamento nas questões políticas, legitimando questões de relevância para a comunidade como um todo, através de uma participação direta, seja pelo plebiscito, referendo, iniciativa popular, audiência pública, consultas ou qualquer outra forma de manifestação popular.

Diante da inércia do sistema institucional de Governo quanto à garantia e consolidação dos direitos fundamentais, o Judiciário está sendo visto pela sociedade civil com certo ar de contemplação, como Poder capaz de ser o porta-voz do processo de reformulação e discussão da vida social, política e econômica brasileira, mesmo sem ter representatividade política para tanto. Ou seja, um Poder, no qual os atores não foram escolhidos por votação aberta, sem mandato social, é que hoje está zelando e interferindo de forma decisiva pela efetividade dos direitos humanos no país.

“O Poder Judiciário sempre foi mantido em verdadeira “situação de estufa” das questões sociais, manietado que estava pelo patrulhamento totalitarista, e acostumado a resolver, na forma da lei, as demandas individuais, diante do imbricamento das tradições da *civil law e common law*, operada de CF/88, por novas demandas. Diante da exigência de implementação dos Direitos Fundamentais e, especialmente depois dos insucessos dos planos econômicos, as contingências fizeram que o Judiciário se constituísse no lugar de defesa do cidadão”.⁴

Segundo lição de Werneck Vianna *et alli*:

“Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Trecho de sentença, autos n 038.04.003.149-4 do TJSC. Comarca de Joinville.

aditem o controle abstrato de normas – e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e os membros do Ministério Público. “Guardiães das promessas”, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito.⁵

Nesse patamar, o Judiciário se viu diante de uma nova função social para a qual ele não era o poder competente e originalmente legitimado⁶, porém que de sua tomada de decisão depende todo o sucesso da agenda de reconstrução da cidadania e da democracia no Brasil.

O Judiciário, por sua iniciativa de transformar o presente opressor em uma comunidade onde o bem comum e a dignidade humana preponderem, se tornou o elo entre dirigentes e dirigidos, difundindo ideologias e assegurando às classes politicamente minoritárias o direito e a consciência de que pertencem a uma sociedade.

Para suprir a extensa teoria e pouca prática, cabe ao Judiciário se valer de sua criatividade para fazer prevalecer um governo do povo e para o povo. Resta, todavia, verificar até que ponto a nova função que o Judiciário se atribuiu é legítima sob o argumento de zelar pelos conceitos aqui discutidos.

⁵ VIANNA, Luiz Werneck, et all. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.

⁶ A Constituição Federal o legitima como garantidor dos direitos, porém ele está atuando de forma a suprir a omissão dos outros poderes, ou seja, não é uma competência originária, mas derivada.

2 - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA/1988 COMO CONSTITUIÇÃO ABERTA

Roberta Jucá (2007), citando Habermas, em seu texto “A Constituição brasileira de 1988 como constituição aberta” afirma que a democracia deve ser uma gramática de organização social e da relação entre estado e sociedade. Dessa forma, o regime democrático deixa de ser uma mera construção teórica utilizada pelos governantes para legitimar o poder e passa a ser concebido como real possibilidade de inovação social.

Segundo a teoria da constituição aberta de Peter Haberle (apud Jucá, 2007), o povo também é intérprete da Constituição Federal e sua participação política se daria com a institucionalização dos segmentos sociais, sendo este um dos fatores consolidadores da democracia participativa.

Haberle defende que a Constituição de qualquer Estado Democrático é aberta, tendo em vista que sua sociedade apresenta pluralismo econômico, político, cultural e científico, a qual tem por base, por um lado múltiplas idéias e interesses, e por outro, as diferenças de seus elementos formadores. Ou seja, que volta as suas atenções também para as minorias.

“No processo de interpretação constitucional estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível se estabelecer um elenco fechado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. (Haberle, apud Cittadino, 2002 p 24)

O povo está inserido como intérprete da Constituição pois ele é o titular do poder constituinte originário e por isso, é detentor da soberania de poder participar da construção e interpretação das normas constitucionais. Trata-se de um direito fundamental co-relacionado à cidadania, o qual não pode ser desrespeitado.

A questão do Estado Democrático de Direito ser recepcionado na Constituição Federal, em seu Art.1º., dá a verdadeira concepção da grandiosidade e preciosismo que os Constituintes pátrios tiveram ao vislumbrar a condição da representatividade que lhes foi outorgada via mandato emanado do voto direto dado pelo cidadão, e que a participação do povo estaria garantida a partir do Brasil optar em ser e ter um Estado Democrático de Direito como modelo.

Para se ter uma ordem democrática e plural não basta apenas a atividade jurisdicional, sua interpretação cabe à todos os cidadãos. Somente com a participação ampliada dos atores é que se pode alcançar uma democracia aos moldes realmente democráticos.

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal, além de normativa, também é política. Ela é a lei primeira do Estado Nacional e se ocupa com o poder político que conduz o governo de uma sociedade, orientando suas competências e limitando-o no que for preciso, ou seja, ela é o “estatuto jurídico do fenômeno político.”(Celso Ribeiro Bastos, 1999).

A teoria de Haberle possui três pontos basilares: a inserção do povo como intérprete da constituição; a interpretação constitucional como um processo aberto; e a referência desse conceito à Constituição, como uma realidade constituída.

Com isso, é válido dizer que Haberle visa promover a democratização do processo de interpretação constitucional, já que, segundo ele, o processo hermenêutico não deve ser restrito a determinadas classes ou a intérpretes jurídicos, os critérios de interpretação devem ser tão abertos quanto a sociedade pluralista em que atua, pois o consenso surge depois de um conflito, de uma discussão de idéias e valores.

A teoria supracitada é perfeitamente adaptável á Constituição Federal Brasileira: a mesma apresenta dispositivos preconizadores do pluralismo e da democracia participativa, além de considerar o povo como a totalidade das pessoas da sociedade.

Com efeito, o pluralismo está consagrado em diversas partes do seu texto, a saber:

I - no preâmbulo;

II – art 1º, V. Pluralismo político como fundamento da federação;

III – art. 170. Pluralismo econômico, dentre outros.

Assim, conclui-se que o pluralismo permeia toda a CF/88 e, tendo em consideração que trata-se de uma sociedade multicultural e dinâmica, pode ser dito que é uma sociedade aberta.

Quanto à responsabilidade e participação popular, não são menos os dispositivos constitucionais que os garantem:

I – Art. 5º, XXXIV. Direito de petição contra ilegalidade e abuso de poder;

II – Art.5º, LXXIII. Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular;

III – Art. 61. Possibilidade de iniciativa de lei por qualquer cidadão, dentre outros.

Dessa forma, tem-se reiteradamente na CF/88 a previsão da participação popular ativa do povo na esfera pública, seja por meio de direitos de fiscalizar, de iniciativa de leis ou por deveres sociais, o que implica é que resta consagrada a democracia participativa.

A teoria da Constituição de 1988 como aberta é aceita e elogiada por muitos constitucionalistas pátrios, dentre eles Celso Bastos, Alexandre de Moraes, Carlos Ayres Britto e Paulo Bonavides.

Também adepto à referida teoria está o Ministro do STF, Eros Roberto Grau, segundo o qual: *“o direito é um instrumento de mudança social e sua interpretação é um processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”*⁷.

José Afonso da Silva (2007) concorda com tal posicionamento afirmando que a CF/88 abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que nela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

A interpretação constitucional realizada no ordenamento jurídico brasileiro pode se utilizar desta teoria para, efetivamente, incluir o povo no rol de intérpretes constitucionais, tornando-se, dessa maneira, cada vez mais legítima e democrática.

2.1 -TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: O QUE É E COMO AFETA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Na sua formulação clássica, a separação dos poderes corresponde à forma tripartite, que vem a ser o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. A presente discussão tem como pano de fundo a expansão do poder judicial enquanto uma fórmula utilizada à suposta solução da crise contemporânea do direito. Os fatos indicam

⁷ Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito – São Paulo: Malheiros, 2002

que o Poder Judiciário de destaca dos demais poderes com significativos impactos na compreensão do regime democrático e dos direitos fundamentais no Brasil.

O princípio republicano da separação dos poderes não é tido como um sistema fechado e incomunicável entre os poderes, por exemplo o Executivo edita medidas provisórias e cria agências reguladoras da ordem financeira.

Democracias constitucionais são caracterizadas pela existência de mecanismos de limitação ao exercício do poder. O principal deles é o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), o qual limita o exercício do poder pelos diversos agentes institucionais do Estado. Assim, os três poderes da federação são autônomos entre si, mas retratam limitações mútuas.

No que tange à competência normativa do Poder Judiciário, há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes se apresenta de uma nova maneira com a existência da Jurisdição Constitucional, a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e competência para dirimir conflitos entre órgãos, além de resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais.

A judicialização da política retrata a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do *checks and balances*.

A judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo ou Executivo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes, mas sim um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.

É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador ou do Executivo.

Se o atual ativismo judicial pode ser visto de forma favorável, é imprescindível ter em mente que essa expansão deva ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de forma compatível com as bases da democracia constitucional:

garantir os direitos dos cidadãos e, assim, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular.

3- ORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO BRASIL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 - FUNÇÃO E COMPOSIÇÃO DO STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do Poder Judiciário e sua função é proteger a Constituição da República Federativa do Brasil, que é a norma mais importante do país. Assim, analisa os recursos que tratam de alguma ofensa à CR/88 e também é responsável por apreciar alguns assuntos, que, pela natureza, devem ser julgados exclusivamente pelo STF. Toda a matéria de competência do STF está disposta no art. 102 da CF/88.

O STF é composto por 11 ministros, que são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovação dessa escolha, por maioria absoluta, pelo Senado Federal. Eles se dividem em turmas, com cinco membros em cada, e o presidente do STF participa das sessões plenárias.

Na democracia semi-direta existente no país, em que a participação no processo legislativo é destinada apenas aos representantes escolhidos através do voto, e em raras exceções exercida pelo próprio povo, através do plebiscito, referendo ou iniciativa de lei, é a Câmara de Deputados que representa os brasileiros. O Senado Federal existe para representar os diversos Estados-membros. Percebe-se que momento algum a Câmara de Deputados interfere na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Os membros da Corte Excelsa podem ser livremente escolhidos pelo Presidente da República, desde que os indicados reúnam os requisitos: idade entre 35 e 65 anos; nacionalidade brasileira; cidadania plena, ou seja, exercício dos direitos políticos; notável saber jurídico⁸ e reputação ilibada, dispostos no art. 101 da CF/88.

Atualmente o Supremo é composto pelos seguintes ministros: Gilmar Mendes (presidente) e Ellen Gracie indicados por Fernando Henrique Cardoso; Marco Aurélio de Mello indicado por Collor; Celso de Mello indicado por José Sarney; e Antonio Cezar Peluso (vice presidente), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Enrique Ricardo Lewandowski, Eros Roberto Grau, Joaquim Barbosa e José

⁸ Ser bacharel em Direito não é um requisito para pertencer ao Supremo, basta ter notório saber jurídico.

Antônio Dias Toffoli indicados por Lula. Isso demonstra que dos 11 ministros, apenas quatro não pertencem à base governista nomeada diretamente pelo Presidente da República.

A principal função do Supremo é defender o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, evitando abusos e excessos dos demais poderes nacionais. Há três aspectos dessa função que merecem destaque: a chamada função política, a atuação como legislador negativo e a atuação nos momentos de crise.

Reconhece-se à Suprema Corte, nos sistemas que adotam a divisão de poderes, uma função política. No entanto, o que venha a ser precisamente essa função é o que interessa ressaltar.

Aliomar Baleeiro(1977) em obra sobre o Supremo, assim tratou do tema, com forte fundamento na doutrina norte-americana:

“... o Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios em que o Congresso e o presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem, quer por leis sancionadas ou promulgadas, quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, a ambos aqueles Poderes.”

“Dentre outros aspectos de sua pregação (de RUI BARBOSA), não se deve esquecer uma que guarda inteira atualidade e que se pode resumir na afirmação de que só um Tribunal independente e politicamente poderoso conseguirá atenuar as distorções de nosso presidencialismo hipertrofiado por um Congresso débil e que, por isso, em país que quase inexistente opinião pública, tende a degenerar em ditadura ou, no mínimo, em governo pessoal puro e simples.”

O que se verifica é que a idéia de “função política da Suprema Corte” nunca correspondeu a uma proposta de decisão autônoma do Judiciário, escolhendo caminhos políticos. Nem mesmo retrata alinhamento político com os outros Poderes da República. Pelo contrário, historicamente o que se conhece como “função política da Suprema Corte” é a afirmação dos valores políticos consagrados na Constituição, em oposição

aos escolhidos pelo Legislativo ou pelo Executivo e não o que vem ocorrendo atualmente.

O Supremo Tribunal Federal se diz adepto dessa concepção em sintonia com a tripartição dos poderes, segundo a qual o Judiciário não pode usurpar as funções dos outros poderes, não lhe cabe inovar na legislação, mas apenas atuar como legislador negativo e nunca como um agente político positivo.

Por fim, no tocante às épocas de crises em que uma nação pode ultrapassar, poder-se-ia considerar a justificativa de não aplicação do texto constitucional. Também nestes casos o Supremo Tribunal Federal vem sinalizando frequentemente que sua finalidade não é ser conivente com as mazelas dos demais poderes. Pelo contrário, sua função é evitá-las através da fiel aplicação dos princípios constitucionalmente estabelecidos.

Porém, nessas trajetórias, diversas atuações vêm sendo distorcidas. O papel da Corte Excelsa precisa ser urgentemente revisto, bem como a maneira de escolha de seus ministros. Em sua extensa maioria, o STF julga ações privadas, ou seja, praticamente abandonou as ações voltadas para a implementação de políticas públicas.

De acordo com a lição de Dalmo Dallari (2003), o Supremo deveria ficar só como Tribunal Constitucional e os juízes deveriam ter mandato com prazo fixo, de no máximo dez anos, e não vitalícios. Quanto a maneira de escolha, eles deveriam ser escolhidos por votação nacional, e não pelo presidente da República, ou seja, mesmo que indiretamente e em face do princípio da independência funcional, os ministros são escolhidos pelo poder executivo, através de meandros políticos⁹. É necessário repensar totalmente o Supremo.

Porém, tal reforma está bem distante de ocorrer, pois dependeria do Congresso Nacional, que atualmente, está extremamente desacreditado. Diante dessa conjuntura, o STF está se sentindo tão fortalecido que começa a querer aparecer na mídia, promovendo um exibicionismo exacerbado e inútil, como no episódio de discussão entre o seu presidente Gilmar Mendes e o ministro Joaquim Barbosa, colocando em segundo plano os fins precípuos do Supremo.

Os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa protagonizaram na sessão plenária do dia 22 de abril do corrente ano, um bate-boca. Barbosa criticou Mendes por

⁹ Por exemplo, o ministro Dias Toffoli, o último a ser nomeado, foi advogado do Partido dos Trabalhadores, cujo Presidente da República pertence.

"destruir a imagem do Judiciário no País". Mendes pediu respeito, e Barbosa exigiu o mesmo, dizendo não ser um de seus "capangas no Mato Grosso".

Por um lado, o debate de idéias é sempre bom para a concretização dos direitos. O que não pode ocorrer é qualquer discussão acalorada no Supremo, o que é corriqueiro na seara jurídica, ir parar na mídia como exibicionismo de seus ministros.

Gilmar Mendes tem mitigado a imagem que a população tem do Judiciário, usando indiscriminadamente da imprensa para fazer declarações inconvenientes e não inseridas em sua competência como presidente do STF, órgão máximo da Justiça nacional. Além disso, tem permitido que este tribunal seja usado por grupos de interesses políticos e de oposição, como saídas políticas para freiar, obstacularizar e até mesmo impedir alterações que não lhes sejam satisfatórias.

Episódios como esse desmoralizam o Judiciário, principalmente o Supremo. É indispensável que a instituição seja vista pelo povo como respeitável e confiável, fato que os ministros estão esquecendo, bem como que possuem uma responsabilidade pública perante a população.

Diante desses acontecimentos, os cidadãos se vêem completamente desamparados. A invasão da política e da sociedade pelo direito com o conseqüente crescimento do Judiciário coincidiu com o desestímulo e com a desqualificação da política. Assim, o Judiciário tinha se tornado o guardião da efetividade da igualdade e dos demais direitos fundamentais, já que o Estado e o Legislativo não estão fazendo seu trabalho como deveriam.

O Judiciário poderia ser o espaço de concretização das demandas populares as quais, em tese, teriam como caminho tradicional para a solução de sua conflitividade a democracia representativa, mas que, pela controvérsia mesma, acaba por não encontrar respaldo nas câmaras legislativas e no executivo.

Assim, a judicialização da política apresenta duas faces: a da representatividade do Judiciário como defensor de um tipo de soberania popular das minorias; e ela lança decisões essencialmente discricionárias e políticas nas mãos de um grupo de agentes que não conta com o escrutínio popular para tanto. Problemática essa crescente em todos os países que apresentam a democracia representativa junto á inatividade estatal. De qualquer forma, a justiça ganhou um inédito protagonismo para a consolidação da democracia do Brasil, mas se tal posição é legítima ou não, é outra história.

3.2 - AS FORMAS DE ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Atualmente, ocorre no país um processo de mudança no que diz respeito às questões de definição do significado cultural e de determinação do papel institucional do Judiciário.

O Judiciário, deixando de ser um poder “periférico”, se mostra central à democracia brasileira. Essa mudança fez dele um personagem institucional da mídia, sendo seus magistrados trazidos para o primeiro plano da vida pública.

A atuação dos tribunais, em sua interação com o sistema político, têm se dado de duas maneiras: (a) das ações políticas (não jurisdicionais), caracterizadas pelo exercício informal do poder; e (b) a das ações jurisdicionais, definidas pelo exercício formal da autoridade judicial. No primeiro caso, se enquadram os pronunciamentos de juízes (discursos de posse, declarações à imprensa) distintos dos que decorrem do exercício da autoridade judicial, mas que são, muitas vezes, complementares a ela, do ponto de vista político. Já no segundo caso, as ações jurisdicionais compõem-se de pronunciamentos oficiais dos juízes, no exercício de sua função jurisdicional (sentenças, despachos, acórdãos, liminares).

Principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro passou a interagir constantemente com o sistema político, num processo complexo, do qual participam: os tribunais judiciais, especialmente o STF; governo e partidos políticos; associações profissionais relevantes, dentre elas a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação Juízes para a Democracia, que têm orientações, valores e concepções distintas acerca do papel institucional do Poder Judiciário; e a opinião pública.

Mesmo os pronunciamentos não-jurisdicionais, feito por juízes, detêm efeito político relevante se considerada a interação entre o sistema judicial e o sistema político. Assim freqüentemente, ministros do STF têm se pronunciado contrariamente à instituição do controle externo do Judiciário ou sobre políticas governamentais implementadas ou em processo de tramitação no Legislativo. Também relevantes do ponto de vista político têm sido os pronunciamentos das associações de magistrados sobre as relações entre os poderes, tal como a "Carta de Fortaleza" (Associação dos

Magistrados da Justiça do Trabalho, 1995) e a "Carta de Macapá" (Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil, 1997).

Por outro lado, as ações jurisdicionais dos tribunais judiciais, especialmente do Supremo, têm sido constantemente marcadas por confrontações institucionais nas quais não raro se envolvem partidos políticos, que procuram saídas jurídicas para problemas políticos.

Em tais episódios de confrontação institucional, promovem uma complexa mistura entre ações jurisdicional e não-jurisdicional. Como exemplo são os diversos processos em trâmite ou já concluídos perante o STF de cassação de governadores, dentre eles o de Jackson Lago do Maranhão. Em todos esses casos, houve decisões judiciais contrárias ao interesse dos políticos ou do governo, reações de políticos e de membros do Executivo e "réplicas" e "tréplicas" através de pronunciamentos informais de juízes e outros atores envolvidos.

A relação do Judiciário com o sistema político agrega portanto também a influência da opinião pública. Políticos e juízes publicam suas opiniões e avaliações mútuas na imprensa e concedem entrevistas, firmando posições frequentemente antagônicas sobre gastos excessivos atribuídos ao Judiciário e "privilégios" de parlamentares, políticas governamentais, decisões judiciais, princípios como o das "cláusulas pétreas", "separação e independência dos poderes" ou sobre possibilidades de reforma institucional. Além disso, os tribunais passam a se preocupar objetivamente com a sua imagem perante a opinião pública, promovendo um exibicionismo nada característico de suas funções precípuas.

Sem sombra de dúvidas que isso implica que o Poder Judiciário, especialmente através de sua instância mais alta, têm gerado forte impacto sobre os demais poderes da federação, seja através de concessão de liminares ou de ações não jurisdicionais.

Em outro patamar, a atuação do STF mediante a produção jurisprudencial oriunda do uso de garantias constitucionais, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), não se coaduna com uma clara disposição para a interação institucional estável. Pelo contrário, com seu desempenho institucional (decisões liminares com impacto político, ações não-jurisdicionais e uso indiscriminado das garantias constitucionais como a ADIn), só faz aumentar a distância do equilíbrio democrático e do respeito ao princípio da separação dos poderes.

3.3 - CORRENTES TEÓRICAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Diante da possibilidade de inovação social, a qual corresponde a uma participação ampliada dos diversos atores do direito, poderia ser cogitado se o papel que o Judiciário vem assumindo na seara política brasileira, em especial no STF, é de “inovador” do direito, utilizando-se de sua criatividade para adequar à legislação aos novos desafios da sociedade moderna ou se vem cometendo certos exageros e exacerbações maléficas e/ou benéficas.

Em relação ao tema, os doutrinadores dividem-se em duas fortes correntes e em uma minoritária.

A primeira, denominada de eixo substancialista, entende que o Poder Judiciário está agindo dentro da legalidade e da hierarquia, de forma a respeitar o sistema de freios e contrapesos e garantir a aplicação das normas constitucionais na esfera da política, conforme defende Werneck Vianna (1999), Capelletti (1993) e Dworkin (2006). Seus seguidores aduzem que as novas relações oriundas entre direito e política devem ser encaradas como inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da igualdade e sem qualquer prejuízo à liberdade. Defendem um Judiciário mais participativo nas questões políticas do Estado.

Tal questão não é recente. Capelletti, em sua obra “Juízes legisladores?” já indagava sobre o tema. Este autor centrava-se na criatividade inerente aos atores judiciais, em especial quanto à questão das jurisprudências. Para ele, o foco estava em analisar se o juiz é um simples aplicador do direito ou se ele pode ter a capacidade de criar o direito, de forma a intervir na competência dos outros poderes, demonstrando um alargamento dos braços do estado, sendo o Judiciário o ator mais significativo do sistema de freios e contrapesos.

O problema que Capelletti vê não é outro se não o que vem ocorrendo com a atuação do STF: é fato que qualquer interpretação do direito possui algum grau de criatividade de seu intérprete, no caso, os juízes, porém, essa criatividade deve ter limites e não pode ser confundida com completa independência dos magistrados em suas decisões. Ressalte-se que a independência é um dos princípios basilares da magistratura brasileira, entretanto o que aqui se quer dizer é que possíveis arbitrariedades e excessos devem ser podados.

O autor italiano afirma que a criatividade interpretativa, e não criadora, dos juristas é um processo natural, inevitável e até mesmo, constitutivo da função jurisdicional. Assim, conclui que o juiz, mesmo cometendo excessos em sua criatividade, nunca poderá ser comparado a um legislador, pois o juiz apenas as aplica, não as edita. Todavia, entende que os limites deste grau de criatividade dos juízes é um problema crescente e longe de ser solucionado.

No direito brasileiro, há de ser destacada a contribuição de Gisele Cittadino (apud Werneck Vianna, 2002), para quem a ampliação à atuação do Poder Judiciário não pode representar qualquer incompatibilidade com o regime político democrático. Para Cittadino, ainda, a expansão do ativismo judicial deve ser vista positivamente, desde que ocorra sem violar o equilíbrio político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular.

Continua sua explanação argumentando que o Poder Judiciário não deve permanecer com postura passiva diante da sociedade. Antes, tem que assumir a postura de inserção dos poderes do Estado, ao transcender as funções tradicionais e enfrentar a missão de concretizar os valores constitucionais, com prejuízo, inclusive, dos textos legislados.

A segunda corrente, denominada de eixo procedimentalista, dá ênfase aos processos democráticos de formação da vontade política. Adaptando-a ao contexto brasileiro, leciona que o Judiciário tem legitimidade até certo ponto, porém, na atualidade, vem ultrapassando os limites de sua competência, sendo decisivo em assuntos que deveriam ser atributos exclusivos do Legislativo e do Executivo.

A invasão excessiva da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, leva à deterioração da liberdade. Assim, o Judiciário peca pelo excesso, o país estaria tendendo a um “governo de juízes”, tomando para si o dever de zelar pelo Brasil face ao enfraquecimento do Estado Nacional e da ordem democrática. Dentre seus defensores estão Antoine Garapon (1999) e Habermas (2002).

Criticando a concepção republicana, Habermas apresenta o caráter procedimental da soberania popular, destacando que a influência da sociedade civil se concretiza de forma anônima e difusa por meio da existência de uma esfera pública transparente e permeável às questões cotidianas. É no âmbito dessa esfera pública que os membros e grupos de uma sociedade plural conseguem expor e partilhar seus argumentos, formulando problemas e construindo respostas.

Insta ressaltar que embora aparentemente diversas, a primeira e a segunda correntes tem muitos pontos em comum.

Por fim, existe ainda um entendimento minoritário, pouco citado pelos doutrinadores, orquestrado por André Luis Alves de Melo (2001), o qual sustenta que o Poder Judiciário não está legitimado a decidir questões políticas nem sob o argumento da democracia, pois, dessa forma, está ferindo de morte algo que ele mesmo diz preservar, a Constituição Federal, atuando como órgão antidemocrático e monopolista.

4 - ESTUDO DE CASO CESARE BATTISTI: DEMOCRÁTICO, TENDENDO AO “GOVERNO DE JUÍZES” OU MONOPOLISTA, COMO É A ATUAÇÃO DO STF FACE ÀS QUESTÕES POLÍTICAS?

É mais que evidente que o caso de Cesare Battisti representa algo inédito e de extensas proporções para o STF e a judicialização da política nacional. Todavia, mais que analisar se está de acordo com as normas brasileiras e internacionais, deve-se ter em mente as implicações advindas da interferência do Judiciário nas questões de política externa do país, tradicionalmente de competência do Executivo.

Com esse novo ativismo não só na política interna, mas agora na externa também, o Judiciário passa a impor constringências sobre o poder administrativo na condução das suas relações exteriores, na medida em que o STF passa a exigir a conformidade da ação externa do Estado com os princípios constitucionais e interferir na questão da soberania.

O caso Battisti é ímpar nessa seara tendo em vista que, pela primeira vez em sua história, o Supremo se julgou competente para avaliar a concessão do refúgio já concedido pelo Executivo.

Insta esclarecer que a discussão a seguir se direciona a competência e a legalidade da atuação do Tribunal Excelso, não pretendendo realizar qualquer juízo de mérito e valor quanto ao caso Battisti propriamente dito inserido no fascismo e neofascismo italiano, verificando se ele é culpado ou mesmo se os delitos foram praticados por ele e se são de natureza política.

4.1- DESCRIÇÃO

O italiano e ex-ativista Cesare Battisti, membro do Proletários Armados pelo Comunismo (PAC), é condenado à prisão perpétua pela Justiça de Milão em 1988 por quatro homicídios, contra um guarda carcereiro, um agente de polícia, um açougueiro militante neofascista e um joalheiro de extrema direita. Os crimes teriam sido cometidos

entre 1977 e 1979. Battisti nega a autoria dos delitos, mas em 1979 é preso. Fugiu para a França e depois para o México em 1982.

Do México, ela volta para a França em 1990 e é beneficiado pela política do presidente François Mitterrand, segundo o qual os ativistas não serão extraditados desde que abandonem a luta armada. Com o fim do governo Mitterrand, a Justiça da França decide pela extradição. Foge para o Brasil em 2004 e é preso em 2007 no Rio de Janeiro. O governo italiano ingressa no Supremo com o pedido de extradição de nº 1085, sob o argumento de que os crimes cometidos por Battisti não foram políticos, ou seja, ele não faria jus à refúgio político.

Os advogados de Battisti ingressam com o pedido de refúgio político no CONARE¹⁰, o qual foi indeferido. Recorreram da decisão ao Ministro da Justiça e, em 13 de janeiro de 2009, o ministro Tarso Genro concede o status de refugiado político, o que causou fortes reações favoráveis e contrárias.

Mesmo com o título de refugiado político, Battisti continuou preso em Brasília, aguardando julgamento final do STF sobre a extradição. Pela lei, a concessão do refúgio impede a extradição de Cesare.

Visando pressionar pela extradição, a Itália intensificou os protestos contra a concessão do refúgio político quando convocou, em janeiro, seu embaixador em Brasília de volta à Roma, ou seja, tal gesto significa a insatisfação com a conduta de autoridades brasileiras e a deterioração da relação entre os dois países.

O Supremo Tribunal Federal autorizou, em 18 de novembro do corrente ano, a extradição do ex-ativista Cesare Battisti para a Itália. Em plenário, por 5 votos a 4, os ministros entenderam que o refúgio concedido pelo governo brasileiro a Battisti foi irregular. O voto de desempate foi dado pelo presidente do STF, Gilmar Mendes.

Após meses de análises, os ministros da Corte Excelsa consideraram que os crimes cometidos por Battisti não eram de cunho político, que a decisão da justiça italiana foi democrática e que o mesmo não sofreria represálias ao ser extraditado e muito menos risco de vida ao voltar para o seu país de origem.

Os ministros tiveram, ainda, que decidir se a palavra final sobre a extradição seria ou não do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A dúvida era se a decisão do Supremo autoriza ou determina a entrega do ex-ativista para a Itália. Em efeitos

¹⁰ Comitê Nacional para Refugiados. Trata-se de um órgão interministerial formado por conselheiros de diversas áreas do governo e da sociedade civil (Ministérios da Justiça, Relações Exteriores, Trabalho e Emprego, Saúde, Educação, além de Polícia Federal, Cáritas e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados –Acnur)

práticos, o STF precisava decidir se o presidente Lula, a quem cabe assinar o decreto de extradição, estaria ou não vinculado a isso em face da decisão do Plenário. Por outra votação apertada, 5X4, o entendimento foi de que a medida é meramente autorizativa, ficando a cargo de Lula a decisão final, ou seja, trata-se de um ato discricionário do Presidente.

No lado de fora do julgamento, alguns militantes pró-Battisti, tiraram as roupas exibindo órgãos genitais, numa atitude de insulto ao STF.

Com esse episódio o Brasil, em especial a atuação da Justiça, está sob o olhar de ativistas de todo o mundo, aguardando a decisão do Presidente da República.

4.2 ANÁLISE

Na forma republicana de governo, nenhum órgão possui soberania plena, já que se trata de um regime no qual atua o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Sem dúvidas de que cabe ao Supremo a decisão final no controle de constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes, mas não é de sua competência entrar na esfera de decisões políticas destes.

Compete ao STF assegurar os limites constitucionais, de forma a não violar preceitos fundamentais. Todavia, ultimamente vê-se que a instância máxima da justiça nacional vem confundindo o controle de constitucionalidade dos atos políticos com o controle efetivo da política.

Nesse contexto, para extraditar Battisti o STF foi obrigado a alterar radicalmente pelo menos cinco linhas jurisprudenciais consolidadas para:

- a) Refúgio político não extingue o procedimento de extradição, desrespeitando o disposto no artigo 33 da lei 9474/97;
- b) Não constitui ato de natureza política;
- c) Atos relativos às relações internacionais não são de competência privativa do Executivo, em direção oposta ao artigo 84 da CF;
- d) Prisão preventiva não suspende a prescrição;

- e) Admitir a “reformatio in pejus” e a afronta ao devido processo legal pela justiça italiana.

Em que pesem todas essas alegações, as quais mereceriam descrições e análises pormenorizadas, no presente estudo o foco está unicamente no item c, ou seja, na questão da competência.

Em princípio, cumpre citar que a decisão do Ministro da Justiça, Tarso Genro, em reconhecer a condição de refugiado a Cesare Battisti não é inconstitucional, anulável ou mesmo poderia ter sido revista, no âmbito legal, como quer fazer crer o Supremo.

Todos os procedimentos legais foram devidamente cumpridos: primeiro Cesare solicitou refúgio ao CONARE, que negou sob a alegação de não constituir crime político, após recorreu da decisão ao Ministro da Justiça, Tarso Genro.

O Ministro da Justiça conheceu do recurso e lhe deu provimento em decisão condizente com a legislação aplicável, concedendo ao recorrente a condição de refugiado político fundamentado nos temores de perseguição do interessado em seu Estado de origem por motivos de opiniões políticas, nos termos do artigo 1, I, da Lei 9.474/97, in verbis:

Art. 1. Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país.

O posicionamento do Ministro encontra respaldo, também, no ordenamento jurídico internacional, notadamente através da Convenção de Genebra e da Assembléia Geral das Nações Unidas, as quais recepcionaram e ratificaram o Estatuto dos Refugiados.

Respeitando as normas legais, ao fim de sua decisão, Tarso Genro determinou ao CONARE que desse ciência de sua posição ao Supremo Tribunal Federal para que o mesmo tomasse as providências cabíveis, ou seja, em face da concessão do refúgio político, o pedido de extradição deveria ser extinto, em respeito ao disposto nos arts. 33 da Lei dos Refugiados (lei 9.947), no art. 5º, LII, CF e no art. 76, VII, do Estatuto do Estrangeiro, bem como o tratado de Extradição entre Brasil e Itália, em seu artigo 3º, 1, letra e.

O âmago da questão está em descobrir se o STF estaria vinculado ou não à acatar a decisão do Executivo.

De fato, a Constituição Federal, em seu artigo 102, I, g, confere ao STF competência para processar e julgar originariamente a extradição passiva.

Porém, o procedimento de extradição envolve tanto atividades administrativas quanto judiciais. A primeira fase é administrativa e compreende desde o recebimento do pedido até o envio dos autos ao STF. A fase judicial cuida meramente do controle da legalidade da extradição, não devendo promover juízo de mérito nem de valores. Por fim, via administrativa, dá-se a entrega do extraditando, se for o caso.

No processo extradicional passivo, quando requerido ao Brasil por outro Estado, o órgão competente para receber o pedido de extradição é o Ministério das Relações Exteriores, que o encaminha ao Ministro da Justiça que, por meio do aviso ministerial de solicitação de medida de extradição, o remete ao STF. Ao Supremo cabe apreciar tão somente a legalidade do pedido e não o mérito (art. 83, Estatuto do Estrangeiro; art. 102, I, g, CF/88)

Assim leciona o art. 82 do Estatuto dos Estrangeiros:

“Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”.

A concessão do refúgio, por ser um ato de soberania do Estado Brasileiro, está coberta pelos princípios da constitucionalidade e da legalidade. Dispõe a legislação que caberá ao Estado que reconhece a condição de refugiado qualificar as causas que o motivam, ou seja, a qualificação do delito em político ou comum é de competência estatal, consistindo em ato de soberania do Estado concedente.

Do ponto de vista jurídico, a decisão de Tarso Genro seria irrevogável e irrecurável¹¹ (art. 31 da lei 9.474/97), por se tratar de ato administrativo. Então, o STF estaria vinculado à acatá-la, bem como impedido de votar pela extradição de Battisti. Entretanto, não foi esse o posicionamento do Supremo, pelo contrário, violou a competência privativa do Executivo ao rever, no mérito e na natureza do delito, a decisão concessiva de refúgio proferida pelo Ministro da Justiça, o que retrata mais um ponto da crise institucional presente no país com o desrespeito à separação dos poderes.

Extraditar um refugiado é uma heresia normativa. É fato que, *in casu*, o pedido de extradição é anterior ao reconhecimento da condição de refugiado, porém, se

¹¹ Sem dúvidas que isso não vincula o Judiciário, apenas se refere que não cabe mais recurso em via administrativa.

ao cidadão foi concedida a garantia de refúgio em território nacional, em respeito à soberania, aconselha-se a desistência do pedido e não a insistência e pressão sobre o Estado como está fazendo o governo italiano.

No que se refere à natureza delitativa, de visão oposta a de Tarso Genro, a maioria dos ministros do STF com Gilmar Mendes a frente concluíram que foram crimes comuns e atos de terrorismo e não crimes políticos, portanto cabe ao governo brasileiro atender às exigências do governo italiano e extraditar Battisti.

O principal argumento das autoridades italianas que embasavam a extradição de Battisti, bem como do STF para mudar a Constituição durante o julgamento é que não foi cometido nenhum crime por motivações políticas, mas frios assassinatos sem causa definida e que, portanto não poderia receber o benefício do refúgio dado pelo governo brasileiro.

Fred Vargas¹², jornalista italiana e uma das mais ferrenhas defensoras de Battisti alega que, em primeiro lugar deve ser destacado que ele nunca negou ter sido militante nos anos 70 do grupo Proletários Armados para o Comunismo. Esta organização lutava contra a dominação burguesa na Itália expressa naquele momento por um dos governos mais corruptos e repressivos da história italiana, controlado pelo Partido Democrata Cristão (PDC).

A jornalista continua seu argumento mostrando que ignorar o crime político é uma peça de cinismo sem precedentes. Se os crimes alegados foram cometidos como parte da luta contra o fascismo e em função desta luta são, indiscutivelmente, delitos de motivação política.

Battisti, no entanto, afirma que nem mesmo cometeu nenhum dos crimes dos quais é acusado e que o seu processo está cheio de irregularidades.

Para os advogados de defesa de Battisti, em sua petição, não restam dúvidas sobre o risco de o ex ativista sofrer perseguição e ofensa à sua integridade física ao retornar à Itália. Além disso, a campanha que a extrema direita italiana vem promovendo em torno do caso, aguçando o ódio contra Battisti, leva à convicção de que o deferimento da extradição irá culminar em desrespeito à dignidade humana deste.

Se é fato que a Constituição não dispõe sobre os direitos específicos de refugiados, esses se encontram respaldados nos princípios direcionados à proteção da dignidade humana, porém o STF deixou de observar isso.

¹² <http://cesarelivre.org/node/76>

Outro ponto que merece destaque é que Battisti deveria ter recuperado a liberdade com a concessão do refúgio, mas o STF travou seu alvará de soltura, segundo o qual a pessoa em processo de extradição deve continuar presa até a decisão final, retratando, assim, mais uma afronta à decisão administrativa. A privação da liberdade de um homem por parecer do Supremo, sendo que seu alvará deveria ter sido efetivado imediatamente após a concessão do refúgio, ultrapassa os limites toleráveis de qualquer Estado Democrático de Direito.

Conforme já explicitado, a extradição propriamente dita é ato administrativo, sujeito apenas ao controle prévio de sua legalidade pelo STF. Assim, não é o Judiciário o poder competente para a sua concessão, sua função nesse processo é julgar se a extradição é constitucional e legalmente possível.

Com o seu ativismo desenfreado, com o “excesso do excesso”, a maioria dos Ministros do Supremo vem ferindo o Princípio da Separação dos Poderes, e conseqüentemente, as diretrizes basilares da república e da democracia nacional.

Além do argumento do terrorismo, outra questão é a legitimidade da justiça italiana. Segundo as autoridades italianas, no que são apoiadas por Gilmar Mendes e toda a direita, Cesare Battisti foi julgado em tribunal democrático, com direito a ampla defesa, não cabendo dúvidas quando a lisura de seu resultado.

Também seriam infundados os temores de Cesare Battisti de que estaria com a sua segurança ameaçada caso seja extraditado a Itália.

Os advogados de Battisti, em sua defesa perante o Supremo, alegam que ele já denunciou diversas vezes a farsa de seu julgamento, onde foram fraudadas a sua assinatura para que a justiça nomeasse advogados sem o seu consentimento, além de que o único testemunho de seu julgamento foi o ex-militante, o arrependido Pietro Mutti, que em troca da acusação à Battisti recebeu a “delação premiada”¹³.

Aduzem ainda que, isso mostra que longe do caráter democrático que afirmam ter, a justiça italiana é uma justiça de exceção, que não apenas defende a burguesia e ataca os trabalhadores e os explorados, como fez pisoteando a própria constituição do país.

Na segunda parte da sessão de julgamento, os ministros passaram a analisar se o presidente da República seria obrigado a cumprir a decisão do STF ou se teria

¹³ A delação premiada é o ato de um acusado, em troca da redução ou até isenção da pena, denunciar outros participantes do crime, indicar a localização da vítima em caso de seqüestro ou contribuir, de alguma forma, para a resolução do caso.

poder discricionário como chefe de Estado. Por cinco votos a quatro, os Ministros decidiram pela não vinculação do presidente, sendo a decisão medida meramente autorizativa da extradição, com fulcro nos artigos 84, VII e 90 da CF.

Esse também é o entendimento do constitucionalista Alexandre de Moraes (2001):

“Findo o processo extradicional, se a decisão do Supremo, após a análise das hipóteses materiais e requisitos formais, for contrária à extradição, vinculará o Presidente da República, ficando vedada a extradição. Se, no entanto, a decisão for favorável, o Chefe do Poder Executivo, discricionariamente, determinará ou não a extradição, pois não pode ser obrigado a concordar com o pedido de extradição mesmo que, legalmente, correto e deferido pelo STF, uma vez que o deferimento ou recusa do pedido de extradição é direito inerente à soberania”

A legitimidade do caso Battisti é e sempre foi do presidente da República, quem tem sua autoridade consubstanciada no consenso construído democraticamente, devendo ele ser o expediente da autoridade legítima constituída pela soberania popular.

Tentando camuflar sua postura, o Supremo decide colocar a decisão final novamente ao alcance do Executivo, mas o ponto a ser destacado é que ele abriu a possibilidade ilegal, que Tarso Genro havia vetada, de Battisti ser extraditado.

Infelizmente, diversos precedentes retratam que é da tradição nacional aceitar as decisões do Supremo quanto à execução da extradição, mas, ao mesmo tempo, o caso Battisti é singular, e sendo acatada a sua extradição pelo Presidente Lula, ele cometerá um dos maiores equívocos da história política brasileira, além de estar assinando a submissão da política ao Judiciário.

Com a decisão do STF favorável à extradição, diversas possibilidades foram abertas para o uso indevido do refúgio, bem como para a extradição do refugiado, ou seja, a soberania do país foi rebaixada à um patamar inferior às decisões do STF. O órgão que tem por competência zelar pela efetividade e garantia da Constituição, com o caso Battisti, a feriu profundamente.

A prisão de Cesare Battisti contraria os princípios de concretização dos direitos humanos. Com esse caso, toda a estrutura institucional foi colocada à prova e, por pior que pareça, tem demonstrado que o Brasil é um país que não respeita as próprias leis e que ignora as garantias individuais dispostas tanto na Carta Magna

quanto em preceitos internacionais, em especial os direitos defendidos pelo Alto Comissariado na ONU para os refugiados políticos.

Seria perfeitamente compreensível se o ativismo judicial fosse contra ato do Executivo que negasse a condição de refugiado à Battisti, sob o argumento de defender uma garantia fundamental de direitos humanos, indispensável na resistência republicana à opressão política. Mas o STF fez exatamente o contrário, atuou para restringir a proteção.

Agindo dessa forma, instala-se um contra-senso: o Supremo invade competências de outros Poderes para fragilizar a garantia dos direitos fundamentais, o que tanto diz preservar. Dessa forma, onde está o respeito às leis?

Viver em um país no qual a decisão do Ministro da Justiça, pertencente à esfera do Poder Executivo, é menosprezada pela instância máxima da justiça brasileira, em especial por Gilmar Mendes, é dar a sentença de uma crise institucional sem tamanho. É impossível crescer e progredir dessa maneira.

Porém, a sociedade já está percebendo tal atuação desmedida. Em 06 de maio de 2009, às 19:00h, em frente ao STF, vários manifestantes acenderam uma vela para tentar iluminar o Judiciário, assim diziam os participantes.

Ademais, diversos grupos sociais para defender Battisti e também contra ele estão sendo criados em todo o mundo. No Brasil, o mais atuante a favor de Cesare é o Comitê de Solidariedade a Cesare Battisti, em cujo site os adeptos podem expor seus pontos de vista e críticas referentes ao caso.

Necessário se faz trazer à baila que tanto o Brasil quanto a Itália vivem num Estado Democrático de Direito, isto é dizer: o fio condutor do Estado é a lei e por ela, em seus limites, tornam-se admissíveis quaisquer movimentos, ressaltando o espírito democrático.

O ponto a ser destacado é que não cabe ao juiz criar o direito, o direito já existe, seja de forma explícita ou implícita, mas adequar o existente à nova realidade que é imposta pela evolução da sociedade e pelo capitalismo, até que o Legislativo resolva editar leis mais condizentes com os problemas das sociedades modernas. Interpretar leis é bem diferente de editar leis e de invadir competências.

Nas palavras de Habermas (apud CITTADINO, 2003, p 38);

“em um Estado Democrático de Direito, a corte constitucional deve entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo

de criação democrática do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político”.

Sem dúvidas que o papel que o STF exerce é muito mais abrangente que o de “guardião da constituição” e de que seu ativismo na esfera política pode ser visto positivamente, todavia, essa atuação, uma vez não submetida a meios de controle e restrição internos, pode alcançar proporções inimagináveis de desrespeito à ordem republicana e democrática, cujos reflexos se propagarão para sempre na história nacional.

4.3 - GILMAR MENDES: O REGENTE DO DEBATE POLÍTICO

Uma especificidade no STF e que merece destaque é seu ministro presidente, Gilmar Mendes, o qual pode ser considerado o chefe da direita burguesa brasileira. Ele usa o seu cargo de presidente do Supremo para organizar e centralizar as ações políticas de seu interesse.

Constantemente é visto em jornais e programas televisivos opinando sobre a política externa nacional e outros assuntos que não são de sua competência legal.

Sem pretender elaborar qualquer juízo de valor ou culpabilidade, o presidente do Supremo é o autor de um artigo muito interessante sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no STF¹⁴, se utilizasse o que escreveu na prática da corte constitucional, esta seria mais justa e não afrontaria tanto as diretrizes democráticas.

Em seu voto no caso Cesare Battisti, o ministro ressaltou que o presidente da República tem, por força de tratado de extradição entre Brasil e Itália em 1989, bem como com base com artigo 86 do Estatuto do Estrangeiro (lei 6.815/80) a obrigação de

¹⁴ O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF: novas leituras.

entregar o italiano. Segundo ele, se há um tratado, o processo de extradição deve seguir suas normas.

Todavia, deixou de observar que os tratados são recepcionados pela normatividade brasileira como leis ordinárias e, dessa forma, está em hierarquia inferior à Constituição Federal. Isso implica que, caso o processo de extradição venha a violar princípios constitucionalmente previstos, o tratado pode ser desconsiderado em prol dos direitos humanos.

Ademais, segundo Gilmar Mendes e outros três ministros, o presidente da República necessariamente estaria vinculado à decisão proferida pelo Supremo, limitando-se a sua discricionariedade à entrega imediata ou não do extraditando.

Em face do julgamento contrário ao voto de Mendes, ele qualificou de arrematado absurdo dizer que agora, uma vez decidida a extradição, o presidente da República está livre para não cumprí-la.

Essas e mais outras posturas só ratificam o que o próprio Gilmar Mendes já havia divulgado: que o Judiciário é o “moderador” do debate político. Basta acrescentar que, em face da inércia do Executivo e do Legislativo em determinadas questões políticas, as quais estes preferem se ausentar, o STF foi convidado a adotar o excesso ativista, função a qual cumpre à risca, regida por seu presidente.

CONCLUSÃO

O Judiciário, em especial através do STF, está cada vez mais presente nos temas que envolvem a cidadania complexa da sociedade. Sua atuação, embora intitulada de democrática, constantemente em razão do excesso, toma rumo à arbitrariedade e ao autoritarismo.

O processo de judicialização da política, em si, não é o oposto da cidadania ativa, significando um entrave à efetivação da democracia, pelo contrário, usado dentro de limites e competências, o ativismo judicial é requisito indispensável à concretização política e democrática.

O risco da inserção do direito na política, como bem leciona a teoria procedimentalista, é o excesso cometido pelos tribunais. É fato que os juízes possuem o princípio da independência ao seu lado e que toda interpretação vem eivada com a criatividade de quem a interpretou, porém seus atos e criações devem ser podados uma vez que extrapolem as competências privativas. O juiz nunca poderá ser comparado aos legisladores nem aos chefes de Estado, pois ele apenas faz garantir a aplicação das normas.

O crescente e constante deslocamento de competência dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário promove a obstrução da democracia, o que deveria ser exceção está se tornando regra. Tal deslocamento gera o fortalecimento do Judiciário, por um lado, mas por outro, indica significativa queda da representatividade popular junto a uma redução da capacidade da sociedade de dar novas respostas a novos problemas.

Os papéis de representante do povo e de juiz não podem se confundir, cada um possui sua atribuição constitucionalmente definida, não é por que um está deficiente que o outro deve abarcar tal função indistintamente sob a alegação de garantia dos direitos fundamentais e zelo à constituição.

Os ministros do STF não são e nem podem ser representantes políticos do povo, não lhes foram democraticamente atribuídos os requisitos para tal cargo. Se auto atribuir uma função política que não lhe cabe sob a ótica constitucional é ferir de morte os preceitos democráticos que aduz preservar.

Além disso, instala-se um grande paradoxo: a sociedade civil e os políticos não podem influenciar o STF tido como o “moderador” do debate político, pois ele está

acima dos interesses privados e da opinião pública em prol do interesse da nação. Todavia, uma vez que o tribunal pega para si atribuições que não são de sua competência originária, mas dos poderes representativos, não estaria abarcando também a possibilidade de ser pressionado externamente? E, uma vez pressionado externamente, o STF não perderia a sua independência e a função de estar acima de todos os interesses privados pois representa o interesse da nação, ou seja, ele não deixaria de ser o STF com as competências e atributos que a Constituição Federal o outorgou:? Daí surge outra questão, ainda sem resposta: como o povo e os políticos percebem esse ativismo judicial?

Perante questões problemáticas, a política prefere se retirar do cenário, de forma a deixar que o Judiciário interfira nelas e as decida. Isso ocorre exatamente pela falta de representatividade popular na Justiça, juiz não precisa de voto e nem de privilégios de aliados políticos, já que representa o interesse da nação e não de um determinado grupo ou indivíduo. Nessa conjuntura, o presidente do STF, Gilmar Mendes, está sendo convidado a agir como um déspota, papel que ele vem cumprindo rigorosamente.

O aplicador da Constituição não deve atuar de forma a obstacularizar a manifestação do povo e dos representantes, pelo contrário, deve garantir a abertura de portas à esses, sua livre manifestação, ou seja, garantir a função política à quem é legitimamente instituído para este fim. Cabe aos juízes a recomposição do papel da política na vida cotidiana, o qual passa por uma nova postura de como interpretar a Constituição.

Inegável que a Constituição atribuiu ao Judiciário certo poder político, porém o exercício dessa função deve ser controlado por diretrizes estabelecidas pelo próprio Tribunal. O juiz, ao avaliar alguma questão política, deve ter em mente sua dimensão e os mecanismos de autocontenção existentes para a garantir um espaço democrático de decisão.

A criação de mecanismos de autocontenção, de forma a equilibrar o sistema de freios e contrapesos é medida indispensável á garantia dos ideais republicanos e, conseqüentemente, à consolidação da democracia.

De forma análoga à doutrina de Otto Bachoff (apud Dantas, 2004) e acrescentando posições próprias, face a uma questão de natureza política colocada à sua apreciação, o Supremo Tribunal Federal, deveria promover juízo de adequação à sua competência e finalidade constitucional, no seguintes termos:

I- partir do pressuposto de que, na dúvida, as leis são de acordo com a Constituição, para posteriormente à sua análise, definir quanto a sua constitucionalidade;

No caso Battisti, o Supremo afastou de plano a aplicação da Lei 9.947/97.

II- os tribunais não devem entrar na análise da correção e da oportunidade dos objetivos políticos visados pelo legislador ou pelo Executivo;

Mais uma vez o tribunal nacional correu em equívoco, já que reviu a decisão de Tarso Genro.

III-um tribunal somente corrige as valorações feitas pelo Legislativo e Executivo da tomada da decisão política quando esta não encontre fundamento racional ou quando violar preceito fundamental;

A decisão do ministro da Justiça estava amparada tanto por normas e princípios nacionais quanto internacionais.

IV-O Judiciário só deveria corrigir a valoração efetuada pelo Executivo ou pelo Legislativo em caso de erro manifesto descoberto através do controle prévio de constitucionalidade;

Não houvera esse controle prévio sobre as leis de refúgio e extradição.

V- os tribunais são obrigados a ponderar as possíveis conseqüências de suas decisões, para evitar, sob o manto de uma correção jurídica, produzir, na prática, uma injustiça;

Definitivamente não foi o vislumbrado, como já exaustivamente explanado.

VI-as decisões dos tribunais, consideradas de eficácia *ex tunc* (retroativa), passariam a considerar possível a declaração de constitucionalidade sem decretação de nulidade dos atos anteriores, em respeito à segurança jurídica;

Do contrário, diversos precedentes serão abertos na questão do refúgio e da extradição de estrangeiros.

VII – O tribunal deve atuar como legislador negativo, de forma a assegurar a liberdade republicana negativa: a interferência do Judiciário nos demais poderes é legítima desde que não represente arbitrariedade ou dominação.

Diversamente do praticado pelo STF ao alterar, radicalmente, cinco linhas normativas consagradas.

Se o Supremo Tribunal Federal respeitasse algumas dessas diretrizes, seus desvios de função, em muito, seriam reduzidos em prol da concretização da cidadania e

seu atual protagonismo se tornaria compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

Tais diretrizes não são completamente desconhecidas dos ministros do Supremo, pelo menos não de seu presidente Gilmar Mendes. Conforme já citado, ele é o autor de um artigo¹⁵ sobre a utilização do Princípio da Proporcionalidade na jurisprudência do STF, baseada no trinômio: interesse, adequação e necessidade. Se aplicasse esses requisitos como juízo prévio às atribuições do tribunal, seria, ao menos, diminuído o excesso negativo de ativismo. Resta esclarecer o por quê dele não utilizar a sua própria teoria em prol da política nacional.

Entretanto, reformular o Supremo é uma meta bem distante e até mesmo ilusória, já que dependeria da boa vontade do Congresso Nacional e de seus próprios ministros.

Em que pese a dificuldade da reforma institucional, apenas ela não basta para se alcançar o estado que se almeja. Falta aos cidadãos se reconhecer como autores no seu direito, e não como seus destinatários, o cidadão tem que ser o ator autônomo que constituiria o ideário republicano da vontade geral no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a para o interior do sistema político.

A questão nacional é bem complicada, pois a República brasileira tem, ainda, que se levantar contra diversos resquícios de uma tradição republicana às avessas que deixa marcas profundas no pensamento e no desenvolvimento político nacional. Diante disso, principalmente, cabe à sociedade civil ser mais participativa e fazer valer os seus direitos políticos, ser a protagonista de sua própria história.

Enfim, a transformação da justiça em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática deve ser encarada positivamente, desde que se tenha bem delimitado que a seara política não pode ser substituída pela jurídica, sob pena de inúmeros excessos e arbitrariedades.

O direito não é capaz de pensar sozinho, ele clama pela política. A política, uma vez encapsulada, não é política. Só a união entre direito e política será capaz de direcionar a discussão das questões contemporâneas rumo à democracia e à república, de forma a promover realmente um governo de todos e para todos.

¹⁵ O artigo foi publicado em 2001, 1 ano antes de sua nomeação para ministro do Supremo, que ocorreu em 2002, por indicação do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 1977, p. 250.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa às regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca de judicialização da política no Brasil**, em Revista de Sociologia e Política, nº 23. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf. Acesso em: 23 abril 2009.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes>. Acesso em 25 maio 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Ivo. **Interpretação Constitucional**, em texto apresentado ao XXIV Congresso brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 13.05.2004. Disponível em: www.espame.com.br. Acesso em 20 de novembro de 2009

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**, em A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p.269-284

JUCÁ, Roberta L. C. **A Constituição Brasileira de 1988 como Constituição Aberta – Aplicação da Teoria de Peter Haberle**, in Pensar. Fortaleza: UNIFOR, 2007. Edição especial.

MELO, André Luis Alves de. **A judicialização do Estado Brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista**. Em *Jus Navigandi*, a. 6, n.º 52, nov. 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2408>. Acesso em: 04 maio 2009

MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF: novas leituras**. Disponível em: www.georgemlima.xpg.com.br/mendes2.pdf. Acesso em: 5 abril 2009

MIGUEL, Luiz Felipe. **A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo**, em DADOS Revista de Ciências Sociais, v. 45, nº3. Rio de Janeiro, 2002. p.483-511.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. **Democracia versus República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p.11-25.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo e democracia**. Disponível em: www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_172/R172-04.pdf. Acesso em 7 abril 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007

SILVA, Ricardo V. da. **República e Democracia em Maquiavel**. Em 32º encontro anual da Anpocs, GT 39. Caxambu: 2008

SOUSA, Diogo Tourino de. **Sobre o lugar da república: crítica a democracia liberal no imaginário social**. Em 32º encontro anual da Anpocs, GT 39. Caxambu: 2008

SOUSA, Diogo Tourino de. **Sobre a virtude dos Tribunais e o mundo da política**. Em Boletim Cedec. Rio de Janeiro: IUPERJ, julho e agosto de 2008. pp. 06-09.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A Democracia e os Três poderes no Brasil**. Belo Horizonte:UFMG, 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice de Mello; BURGOS, Marcelo Baumann. **Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.