

## RESENHA

**“Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht”, editado por Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger<sup>1</sup>**

Leonardo Martins<sup>2</sup>

### Referência da obra resenhada

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph. **Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht**. Berlin: Suhrkamp, 2011.

O livro em comento, da lavra de quatro reconhecidos, mas relativamente jovens juspublicistas alemães, traz seu objeto de estudo jurídico-científico estampado em seu título, a despeito da aparência de engajamento político: “O tribunal sem limites”. O subtítulo revela ao leitor seu histórico ensejo, sem, todavia, também aqui, desistir de uma expressão com certo apelo publicitário: “um balanço crítico depois de sessenta anos de Tribunal Constitucional Federal (TCF)”.

Não obstante, as contundentes escolhas terminológicas dos autores (ou terão sido dos editores?) – que, sim, apresentam um balanço crítico da atuação de uma Corte constitucional à qual se atribui, por seu título, aparentemente, a ultrapassagem dos limites fixados pela Constituição alemã – não parecem refletir nem a essência, muito menos o propósito da obra. Com efeito, no verso da página de rosto do livro, esclarece-se ao leitor que “enquanto aumenta a insatisfação com políticos e partidos, a popularidade do Tribunal Constitucional Federal permanece inabalada. Decisões (...) levantam, contudo, a questão sobre se e até que ponto os juízes de Karlsruhe não estariam extrapolando os limites de sua competência institucional. Por isso, partindo do ensejo do 60º aniversário (...), quatro renomados juristas tentam apresentar uma crítica científica ao mais popular órgão constitucional alemão”.

<sup>1</sup> Recebido em 02 de fevereiro de 2018. Aceito para publicação em 02 de abril de 2018.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin. Pós-doutor pelo Hans-Bredow Institut (Hamburg Universität) e pelo Erich Pommer Institut. Professor associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: leomartins1971@yahoo.de

Apesar desse fio condutor, falta uma unidade esperável de obras monográficas. Trata-se, nesse balanço dos sessenta primeiros anos de jurisprudência do TCF alemão, em verdade, de quatro relativamente sucintas monografias reunidas. Por outro lado, além do ensejo festivo, os quatro autores compartilham, cada um à sua maneira e com opções metodológicas próprias, suas visões a respeito da conexão do tribunal com a política e a sociedade alemãs. Nesse contexto, ocupam-se especialmente do impacto das transferências de competência ao parlamento e a tribunais europeus. Une-os, portanto, a preocupação com o futuro da Corte, como modelo, no contexto europeu. O desenvolvimento histórico do tribunal e o direito comparado sempre reaparecem nas análises das principais decisões do tribunal feitas pelos quatro autores. Tudo indica que não houve uma divisão de tópicos de análise entre eles.

Trata-se, assim, de diferentes acentos e perspectivas sobre os mesmos assuntos? A seguinte panorâmica sobre os quatro capítulos do livro indica uma resposta a essa pergunta.

Na primeira contribuição (SCHÖNBERGER, p. 9-76) intitulada, modestamente, de “notas sobre Karlsruhe”, apresenta-se um breve histórico da Corte, desde sua fundação, em setembro de 1951, ao estilo “ascensão e queda de uma instituição”. Com efeito, foi dividida em apenas cinco tópicos principais: “I. Ascensão; II. Obras; III. Sucesso; IV. Fraquezas; V. Desaparecimento”. O leitor é conduzido por um processo histórico que parte do papel do TCF para a consolidação da segunda democracia alemã (I.). Depois, passa pela profícua produção de marcos decisórios para o desenvolvimento de uma dogmática dos direitos fundamentais a partir de algumas decisões de fins da década de 1950, tais como *Lüth*, *Elfes*, *Apotheken*, *Spiegel* etc. (II.). Após a descrição da conquista de uma posição de grande sucesso em âmbito político interno e como “produto tipo exportação”, por ter influenciado muitas ordens jurídicas estrangeiras que exurgiam de regimes autoritários (III.), apontam-se algumas de suas contradições explicadas, precipuamente, por seu duplo caráter: de órgão judicante e constitucional (IV.). Em sede de conclusão, vislumbra-se, no horizonte, um processo “longo e insidioso” (p. 64), suscitado tanto pela perda paulatina de significado, no anteriormente aludido contexto europeu, quanto pela “banalização e dramatização do direito constitucional” (p. 55), cujo desfecho seria o “desaparecimento” da Corte, pelo menos tendo em vista seus atuais moldes e competências (V.).

De certo modo, a abordagem histórica é mantida no segundo capítulo (JESTAEDT, p. 77-157). Porém, seu título, “o fenômeno Tribunal Constitucional Federal: o que faz o tribunal ser o que é”, revela a pretensão de se decifrar a imagem pública do TCF, notadamente as razões de seu êxito ímpar. Também o prognóstico não é pessimista como o primeiro referido. Ao cabo, não deixa margem a dúvidas: “o Tribunal Constitucional Federal, portanto, como modelo de futuro? Sim, com certeza.” Quais teriam sido os marcos de orientação ou definições de rumo que redundaram nesse atual status de êxito da Corte? Primeiro, a consequente definição da Corte como uma “guardiã judicial da Constituição”, como resposta ao famoso debate entre Kelsen e Schmitt (SCHÖNBERGER, p. 96). Em segundo lugar, tem-se a definição da Corte como único juiz natural da jurisdição constitucional ou nos dizeres do autor, como “jurisdição constitucional isolada” (SCHÖNBERGER, p. 105 ss.). Por fim, a decisão pela “superioridade” do TCF em relação a todos os tribunais, incluindo os federais, correspondentes aos tribunais superiores brasileiros – por conta da criação da reclamação constitucional que pode ser ajuizada por qualquer indivíduo que tenha um direito fundamental próprio supostamente violado por qualquer órgão de poder constituído, incluindo-se os órgãos judicantes – representa o terceiro marco. Não se trata, porém, de superioridade no sentido de Corte recursal. Com esse último marco, geraram-se, primeiro, problemas de delimitação de suas competências de revisão jurisdicional em relação a dos juízes naturais em razão de matérias ordinárias e, também, o que o autor chamou de “onipresença dos direitos fundamentais” (SCHÖNBERGER, p. 119-123). No mais, aponta-se para uma bem sucedida simbiose entre a Justiça Constitucional de competência exclusiva do TCF e a ciência juspublicista que estaria implícita em uma jurisprudência constitucional orientada cientificamente (SCHÖNBERGER, p. 124 ss.).

O terceiro capítulo tem *prima vista* um título mais enigmático para o leitor brasileiro não afeito à jurisprudência daquela Corte: “O Poder Determinador de Parâmetros” (LEPSIUS, p. 159-279). O conceito refere-se à construção pela Corte de textos que representariam verdadeiras premissas maiores no processo de subsunção dos fatos àqueles e uma espécie de norma intermediária, limitada, todavia, pelo teor do dispositivo constitucional. Com efeito, normas como a do Art. 2, I da Constituição alemã, segundo a qual: “todos podem livremente desenvolver sua personalidade”; ou do Art. 5 I GG, segundo a qual: “todos podem expressar sua opinião por palavra, escrito ou imagem”, são normas, de fato, carecedoras de

exegese do seu respectivo sentido e o TCF faz seu trabalho sempre que provocado. Não obstante, enxerga-se, no capítulo em apreço, o risco de engessamento provocado pelos textos da lavra eminente e substancialmente colegiada dos órgãos judicantes do TCF.

Finalmente, o capítulo de conclusão da obra, da lavra do coautor que se incumbiu também de redigir um sucinto prefácio (MÖLLERS, p. 7, 281 a 422) soa bastante familiar ao leigo nas ciências jurídicas: "legalidade, legitimidade e legitimação do Tribunal Constitucional Federal". Porém, a questão sobre como as competências do TCF e ele próprio devam ser justificados (MÖLLERS, p. 308-408) é respondida com método, critério, abrangência e profundidade especificamente jurídico-científicos, nem sempre encontrados nas discussões sobre tema tão onerado politicamente. Antes, contudo, apresentam-se dois pressupostos. O primeiro é a legalidade do TCF ou seu "vínculo jurídico", especialmente à sua Lei Orgânica que é, como toda lei federal, votada e aprovada pelo Parlamento (MÖLLERS, p. 288). O segundo é sua legitimidade, entendida como tal seu reconhecimento e boa imagem social e política (MÖLLERS, p. 297.). No tópico central, o autor elenca e problematiza uma série de fatores da "legitimação" como "justificação" da Corte, tais como "proteção de minorias", "proteção de direitos fundamentais" e, especialmente, "legitimação por meio de deliberação e expertise". Destaca, não por último, o papel da excelência assegurada pelos "Juizes-Professores" (MÖLLERS, p. 341, 344, 351, 361). Sua conclusão: "a intensa constitucionalização da ordem jurídica federal alemã faz parte de uma cultura específica da confiança jurídica que serve como exemplo, no mundo todo, justamente para ordens (jurídicas) com um passado totalitário". Prossegue, com uma clareza que dispensa comentários: "Com certeza, a força do direito sempre dependerá também do reconhecimento de seus limites" (MÖLLERS, p. 406).

Apesar do aludido formato "quatro em um", a obra logrou atingir seu objetivo de apresentar um balanço crítico-científico da certamente mais bem sucedida Corte constitucional do mundo ocidental, proveniente dessa nação industrial de vocação exportadora. Também internamente, de modo permanente, trata-se do órgão constitucional mais respeitado de todos.

O presente balanço sobre o balanço dos quatro autores é positivo. A obra representa o compartilhamento de uma análise que é tão fundamentada teoricamente, quanto robusta em sua abrangência. Deixando de lado o caráter

estritamente sóbrio, em que sempre deve pautar-se uma resenha de obra jurídico-científica, poder-se-ia até – com certa reserva, no entanto – aderir ao eufórico veredito do Ex-Juiz do TCF ex-catedrático de direito penal da Universidade de Frankfurt, *Winfried Hassemer*, falecido dois anos após sua manifestação a seguir referida, publicada no *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, edição de 22.11.2011: “... é um livro maravilhoso, atraente, instrutivo e inspirador. (...) O melhor: aqui escrevem destacados professores de direito público (...) ligados entre si em espírito, perspectiva e linguagem a respeito de um objeto que lhes é muito caro”.