



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

KIZZI STIGERT ORLANDO

**O STF E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA
UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ALEMANHA**

JUIZ DE FORA
2010

KIZZI STIGERT ORLANDO

O STF E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração em Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rafael Alem Mello Ferreira.

JUIZ DE FORA

2010

KIZZI STIGERT ORLANDO

O STF E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração em Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte Banca Examinadora:

Prof. RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA – Orientador
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. PEDRO DO CARMO BAUMGRATZ DE PAULA
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. CLAUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA
Doutor em Direito

JUIZ DE FORA

29 / 11/ 2010

“O ser humano vivencia a si mesmo, seus pensamentos como algo separado do resto do universo - numa espécie de ilusão de ótica de sua consciência. E essa ilusão é uma espécie de prisão que nos restringe a nossos desejos pessoais, conceitos e ao afeto por pessoas mais próximas. Nossa principal tarefa é a de nos livrarmos dessa prisão, ampliando o nosso círculo de compaixão, para que ele abranja todos os seres vivos e toda a natureza em sua beleza. Ninguém conseguirá alcançar completamente esse objetivo, mas lutar pela sua realização já é por si só parte de nossa liberação e o alicerce de nossa segurança interior”. - Albert Einstein

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado forças e iluminando meu caminho para que pudesse concluir mais uma etapa da minha vida;

Ao meu pai, por todo amor e dedicação que sempre teve comigo, homem pelo qual tenho maior orgulho de chamar de pai, meu eterno agradecimento pelos momentos em que estive ao meu lado, me apoiando e me fazendo acreditar que nada é impossível, pessoa que sigo como exemplo, pai dedicado, amigo, batalhador, que abriu mão de muitas coisas para me proporcionar a realização deste trabalho;

A minha mãe, por ser tão dedicada e amiga, por ser a pessoa que mais me apóia e acredita na minha capacidade, meu agradecimento pelas horas em que ficou ao meu lado não me deixando desistir e me mostrando que sou capaz de chegar onde desejo, sem dúvida foi quem me deu o maior incentivo para conseguir concluir esse trabalho;

As minhas avós, por estarem sempre torcendo e rezando para que meus objetivos sejam alcançados;

Aos amigos que fiz durante o curso, pela verdadeira amizade que construímos em particular aqueles que estavam sempre ao meu lado (Flávia, Mariana, Vitor, Gabriel, Lima, Miller) por todos os momentos que passamos durante esses cinco anos, meu especial agradecimento. Sem vocês essa trajetória não seria tão prazerosa;

Ao meu orientador, professor Rafael Alem Mello Ferreira, pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à concretização dessa monografia e pela amizade de longo tempo;

A todos os professores do curso de direito, pela paciência, dedicação e ensinamentos disponibilizados nas aulas, cada um de forma especial contribuiu para a conclusão desse trabalho e conseqüentemente para minha formação profissional;

Por fim, gostaria de agradecer aos meus amigos e familiares, pelo carinho e pela compreensão nos momentos em que a dedicação aos estudos foi exclusiva, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para que esse trabalho fosse realizado meu eterno agradecimento.

RESUMO

O tema “judicialização da política” significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de comprometer a conjuntura política nas democracias contemporâneas.

A consequência direta dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam, em tese, alocadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *checks and balances* (*princípio da separação dos poderes*). A “judicialização da política” ocasiona à “politização da justiça” e deste modo, existirá judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições políticas.

O alvo deste trabalho é esquematizar, em linhas gerais, a relação entre a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes a partir de dois núcleos básicos. O primeiro visa delinear a doutrina clássica e contemporânea da separação dos poderes e o segundo núcleo pretende discorrer sobre as novas tendências da jurisdição constitucional regulada pelo ativismo judicial no Brasil e fazer um estudo comparado com o ativismo judicial na Alemanha onde a judicialização da política recebe atenção especial por parte da doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: SEPARAÇÃO DOS PODERES; JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; DEMOCRACIA; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ; DIREITOS FUNDAMENTAIS; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA.

SIGLAS E ABREVIATURAS

UE: União Européia

TJUE: Tribunal de Justiça da União Européia

TCFA: Tribunal Constitucional Federal Alemão

STF : Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

The theme of "legalization of politics" means the operative intervention of the judiciary that could affect the political situation in contemporary democracies. The direct consequence of this intervention is the expansion of judicial power in matters that would, in theory, allocated to the executive and legislative powers and draws on the theory of checks and balances. The "judicialization of politics" leads to the "politicization of justice" and thus there is legalization of politics where the courts in the normal performance of their functions, significantly affect the political conditions. The purpose of this paper is outline in general terms, the relationship between the legalization of politics and the principle of separation of powers from two basic nucleus. The first aims to outline the classical and contemporary doctrine of separation of powers and the second core aims to discuss new trends in constitutional jurisdiction governed by the judicial activism in Brazil and make a comparative study with the judicial activism in Germany, where the legalization of politics gets special attention by the doctrine.

KEYWORDS: THEORY OF CHECKS AND BALANCES; JUDICIALIZATION OF POLITCS, DEMOCRACY, FEDERAL SUPREME COURT; CONSTITUTIONAL CONTROL; FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONAL COURT OF AUSTRIA.

ABBREVIATIONS

EU: European Union

TJUE: Court of Justice of the European Union

TCFA: German Federal Constitutional Court

STF: Federal Supreme Court

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	5
2.1. VISÃO CLÁSSICA DO PRINCÍPIO.....	5
2.2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NUMA VISÃO CONTEMPORÂNEA.....	7
3. A EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIÁRIO	10
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA - CONCEITO E EXEMPLOS	11
4.1- CONCEITO E EXEMPLOS.....	11
4.2- O ESTADO MODERNO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	13
4.3- A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO INTERAÇÃO ENTRE OS PODERES.....	15
5- A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA ALEMANHA	17
5.1- HISTÓRICO.....	17
5.2- AS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO.....	18
5.2.1- PANORAMA GERAL ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS EUROPEUS.....	18
5.2.2- A DECISÃO MAASTRICHT.....	21
5.2.3- A DECISÃO LISBOA.....	23
5.2.4- CONCLUSÕES.....	25
5.3- CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL ALEMÃO NAS DECISÕES DO TCFA.....	27
6. O STF E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	30
6.1- AS FORMAS DA AÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	30
6.2- ANÁLISE DAS DECISÕES POLÍTICAS DO STF NOS DIAS ATUAIS.....	31
6.2.1- O STF E OS PARTIDOS POLÍTICOS.....	31
6.2.2- OS REFLEXOS DA LEI FICHA LIMPA.....	32
6.2.3- O CASO CESARE BATTISTI.....	35
7. DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO FUNCIONAL DE ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO STF	37
8. CONCLUSÃO	39
9- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1. INTRODUÇÃO

A partir da formulação por Montesquieu, o princípio da separação dos poderes virou substancial no curso do processo de construção e aprimoramento do Estado de Direito, servindo de ponto fundamental para inferir a legitimidade dos regimes políticos até os dias atuais.

A separação dos poderes, no entanto, vem sendo remodelada, para se coadunar com as cartas constitucionais modernas, eivadas de garantias e princípios fundamentais, que foram formulados visando coibir o poder totalitário, principalmente no período do pós Segunda Guerra Mundial.

Deste modo, as próprias constituições atribuíram às suas Cortes Constitucionais, poderes, que, foram por vezes “deslocados” dos Poderes Legislativo e Executivo e trasladados para o Poder Judiciário, de modo que não fossem cometidos mais os erros do passado, cabendo aos juízes fazerem o juízo de valor que coubesse mais adequado à sociedade.

Assim, ao passar dos anos, verificou-se que, ao Poder Judiciário, fora conferida uma esfera de atuação muito ampla, ferindo de um certo modo o princípio emoldurado por Montesquieu, que foi sentido de um modo global, nas decisões das Cortes Constitucionais, assim como ocorreu em nosso ordenamento jurídico, em que a nossa Constituição de 1988, ofereceu amplos poderes ao STF, de modo a tentar efetivar ao máximo as garantias constitucionais amparadas por ela.

O funcionamento das cortes judiciais e seu papel diante da democracia, vem sendo muito estudado pelos juristas. Esse estudo é influenciado pela percepção de que o componente básico do processo político da democracia está girando atualmente em torno da atuação de juízes, advogados, procuradores e promotores, e da vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Hoje em dia, verifica-se que as iniciativas de tais agentes, ao moverem uma ação judicial (como uma ação civil pública, ou uma ação direta de inconstitucionalidade), e as decisões de juízes, podem ter resultados relevantes para a definição e reforma de instituições públicas e privadas, como também para a elaboração e implementação de políticas público-sociais, a redistribuição de riqueza e definição de identidades sociais.

O processo judicial em si mesmo e suas formas de se interagir com o sistema

político constitui-se importante nas democracias constitucionais devido à sua ampla abrangência, como um meio de articulação de conflitos e como uma forma de se exercer a autoridade política. Ainda, o processo judicial torna-se importante, para controlar a produção legislativa, que muitas vezes é “truncada”, expressando a incapacidade do Estado em assegurar a todos os cidadãos os direitos genericamente reconhecidos pela Carta de 1988.

Em nosso país, o impacto político do funcionamento das Cortes Judiciais, vem sendo atualmente muito estudado devido à sua grande importância, principalmente pela expansão do poder judiciário.

A judicialização da política é um tema que tem despertado grande interesse na atual conjuntura jurídica e político-institucional nacional, sobrevivendo do crescente papel do Poder Judiciário na definição de questões relevantes para a sociedade brasileira, e, em consequência, das repercussões ocasionadas por esta dinâmica.

Pode-se inferir que o processo de judicialização é considerado como positivo, quando estabelece a afirmação de direitos, pois as demandas servirão como um meio de ampliação e afirmação da cidadania, visto que a via judicial configura mais um local para serem tratadas questões de exercício dos direitos fundamentais individuais ou os coletivos. Assim, no Brasil verifica-se que a ineficiência e/ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, ao exercerem suas funções, gera uma excessiva utilização de mecanismos judiciais que ocasiona um excesso de demandas no Judiciário.

Desta forma, o fato de serem levadas à Justiça algumas questões cruciais para o exercício da cidadania e da própria democracia, propulsada pela omissão e ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, desencadeia a análise, pelos juízes, de temas pertinentes à política, e principalmente aos direitos fundamentais sociais, tais como a saúde e educação. No entanto, temos que essa demasia de manifestação do Poder Judiciário nas relações sociais importa no debate sobre a possibilidade deste poder originar na criação e implementação de políticas públicas, sendo muitas vezes discutíveis e criticadas as posturas de alguns juízes extremamente ativistas, que dão espaço à prevalência de suas visões pessoais quanto à compreensão e interpretação das normas constitucionais, incluindo o modo de efetivação e execução dos direitos fundamentais.

Desta forma, cumpre balancear esse ativismo judicial, de modo a não ocasionar uma desvirtuação das deliberações legislativas que representam as

maiorias. Ainda, além de se dosar essa postura ativista do juiz, deve-se reconhecer que muitas vezes os magistrados não detêm conhecimento técnico suficiente para decisões aptas a promover, de forma eficaz, os valores constitucionais em jogo, em áreas onde sejam necessários profundos conhecimentos de outras áreas além do Direito, tais como economia, políticas públicas e regulação de atividades econômicas ou serviços públicos delegados a particulares. Também neste ponto, a democracia, representada pela eleição majoritária dos legisladores, corre risco, pois verifica-se que muitas são as dificuldades relativas aos limites da atuação dos juízes, visto que não são eleitos, ao contrário dos membros dos outros poderes, fator este que desencadeia muitas questões acerca da legitimidade de atuação dos juízes em tais áreas, principalmente a de gestão político-institucional.

Ainda, com respeito aos limites de atuação do Poder Judiciário, questiona-se os limites de tal controle sobre os atos do Poder Legislativo, quando se parte do pressuposto que a produção de leis é atividade dos legisladores, encarregados de exercer essa atividade, tendo em vista o princípio da separação dos poderes amparado por nossa Constituição.

Em algumas sentenças pronunciadas, é verificado que as decisões judiciais muitas vezes são proferidas em detrimento de políticas público-sociais pré-estabelecidas sobre a questão em litígio no processo, mesmo havendo anteriormente uma legislação regulamentando a matéria, que é arbitrariamente afastada ou ignorada a sua aplicação.

A importância do estabelecimento de limites à atividade judicial implica, assim, a racionalidade das decisões judiciais, baseando-se em parâmetros de aceitação quando enfrentam as escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo, pois, embora representem um avanço em termos de realização de direitos, colocam em risco a garantia de acesso à Justiça em situações absolutamente necessárias.

Visto isso, a conclusão que se chega com esse trabalho é a de que o Poder Judiciário não pode se fazer prevalecer com sua arbitrariedade suprema em questões onde deve haver diálogo institucional, posto a observância da vontade dos poderes Executivo e Legislativo. Sendo assim, em detrimento da arbitrariedade, deve-se atentar para o aprofundamento do debate, com os legisladores e também com administradores públicos, focando principalmente os órgãos de execução de políticas sociais, assim como a sociedade, que se mostra a principal atingida e interessada no destino desses caminhos, que se mostra, não raras vezes muito

tortuosos.

A partir do referencial teórico proposto, qual seja, a separação dos poderes, pretende-se demonstrar neste trabalho a necessidade de permanente atenção aos limites funcionais da jurisdição constitucional, sob pena de se subtrair uma decisão legítima do legislador democrático, por uma compreensão particular de um tribunal sem legitimidade democrática para tanto.

O presente estudo adota a linha dogmática de pesquisa, a fim de analisar a função e os limites da jurisdição constitucional exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Pretende-se demonstrar que a legitimidade de atuação do tribunal constitucional depende do respeito aos seus limites funcionais.

Para isso, tendo em vista o quadro de separação dos poderes e do princípio democrático, analisa-se as condições de legitimidade da jurisdição constitucional nos julgados dos tribunais constitucionais.

Inicialmente traça-se a evolução histórica do princípio da separação dos poderes, vinculando-o às sociedades democráticas modernas.

A seguir, explica-se a evolução da expansão do poder judiciário em âmbitos internacionais, e suas conseqüências na delimitação do Poder Judiciário frente às decisões tomadas pelos tribunais constitucionais. Procede-se então explicitando a formação do Estado de Direito e o fortalecimento da judicialização da política. Então, coloca-se o tema da judicialização da política, sob o prisma da atuação do Supremo Tribunal Federal, nas diversas decisões judiciais e não judiciais, e ainda propõe-se quais seriam os limites à atuação do tribunal em sede de decisões políticas.

Deste modo, pretende-se neste trabalho fazer a exposição do conceito de “judicialização da política” usado na literatura moderna, oferecer exemplos de tal fenômeno e tentar uma construção dos limites de atuação de tal poder político dentro do âmbito do Supremo Tribunal Federal, para que o ativismo respeite a maioria.

2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1. VISÃO CLÁSSICA DO PRINCÍPIO

Como fundamento do Estado de Direito, o princípio da separação dos poderes encontra-se elencado no rol dos princípios da ordem política, junto ao princípio republicano, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da isonomia, e da legalidade.

A importância de tal princípio deve ser avaliada remetendo-se aos ensinamentos de Montesquieu, um dos seus formuladores, e o maior responsável pela sua expansão:

“Tudo estaria perdido se o homem ou mesmo o corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as advertências dos indivíduos.”¹

Nas obras de Montesquieu (1689-1755) há rica e abundante fonte de inspiração teórica sobre limites do poder e da garantia da liberdade política, por meio da legalidade, da separação dos poderes e da relação da lei com a liberdade, dando ênfase na consagração de garantias processuais de defesa da liberdade e do papel das forças armadas.

A influência de tal princípio foi também de grande significância na Declaração de 1789 e nas constituições posteriores, posto a distinção estabelecida por Montesquieu entre liberdade política e sua relação com a Constituição e o cidadão, ou entre princípios de organização dos poderes e direitos humanos. A liberdade política vista na Constituição não seria simplesmente um princípio de organização, mas sem dúvida, um direito à participação.

Com profunda inspiração na teoria formulada por John Locke, Montesquieu entendia que os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial deveriam ser conferidos à pessoas diferentes, sem, contudo, pontuar rigorosa separação entre as funções. Em Montesquieu há verdadeira harmonia que enseja a atribuição conjunta e indivisível de três órgãos, quer dizer, a co-soberania de três órgãos políticos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou

¹ “Toda sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos e nem determinada a separação dos poderes, não possui uma Constituição.” Tradução livre.

como princípio formal fundamental em seu artigo 16, a separação dos poderes, que se proclama na criação de institutos independentes e autônomos cujas funções diferenciadas visa o afastamento do despotismo do antigo regime e garante a liberdade e os direitos fundamentais. Para os deputados de 1789, a separação dos poderes era um dogma, a ponto de ser positivado na Declaração o princípio de que uma sociedade que não garantisse a separação dos poderes não tinha Constituição:

“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution.”²

A partir dessa formulação, o princípio da separação dos poderes adquiriu status de uma forma que virou substancial no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de ponto fundamental para se afirmar a legitimidade dos regimes políticos, como se infere no artigo 16 supracitado.

Na Constituição do Brasil de 1988, vemos este princípio estampado no art.2º, em que se declara serem Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo de tamanha importância que foi erigido com o status de cláusula pétrea, sendo, portanto completamente imune à emendas constitucionais, reformas ou revisões que tentem aboli-lo.

Nas Constituições estrangeiras, vemos como pilar do Estado de Direito o princípio da separação dos poderes, constituindo-se também como cláusula pétrea. Ainda vemos o princípio estampado no art.20,II, 2 GG (Constituição Alemã):³

“ Art. 20: (1)Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundestaat. (2) ¹ Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus. ² Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.”

Diferentemente dos dias atuais, as circunstâncias históricas da formulação de tal princípio, exigiu que sua regulamentação fosse de modo absoluto e forte. Hoje verificamos que tal princípio deve ser interpretado de modo constitucionalmente adequado, exigindo ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num

² Toda a sociedade em que não há a garantia dos direitos assegurados e nem a determinação dos poderes determinada, não tem Constituição. Tradução Livre

³ “Art. 20: (1) A República Federal da Alemanha é um Estado Democrático e Social de Direito. (2) ¹ Todo poder estatal emana do povo. ² O poder é exercido pelo povo diretamente por meio de eleições periódicas e votações e através de órgãos especiais dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” Tradução livre.

meio hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam e se esclarecem.

Conseqüentemente, com a necessidade de modernização e adequação à sociedade moderna, esse princípio teve de sofrer uma flexibilização diante da necessidade de se conceder espaço para que o Poder Executivo pudesse legislar- como nos casos da Medida Provisória, que são editadas com força de lei- bem como para a legislação judicial, obra da atividade interpretativa de juízes e tribunais, principalmente das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

2.2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NUMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

O dogma do princípio da separação dos poderes, em suma, nunca teve fortes opositores, ao menos nas sociedades democráticas. No entanto, importa ressaltar que embora tal princípio fosse amplamente aceito, o que se vê nos dias atuais é a defesa da necessidade da criação judicial do direito no mundo jurídico, ou seja, da mitigação da separação dos poderes para que o Judiciário possa exercer seu papel estabelecido na constituição federal, de modo a também desempenhar um papel de criação normativa, anteriormente resguardado exclusivamente ao Legislativo.

A legitimidade do exercício deste poder é um tema que dificilmente será deixado de lado na sociedade moderna para prevalecer a separação dos poderes, tendo em vista que, no dias atuais, o chamado “ativismo judicial”, vem sendo apoiado por expressivos setores da opinião pública, e assim, passa a minar as resistências do últimos seguidores de Montesquieu:

“O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável de acordo com o seguinte axioma: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às

suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes.”⁴

Em conseqüência à essa mitigação temos que, o Poder Executivo vem incorporando, cada vez mais, a competência legislativa. Essa incorporação não se restringe apenas à competência para editar medidas provisórias, mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infralegais originados de autarquias que têm função regulatória.

Assim, o aumento da intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo pode-se denominar de ativismo dos órgãos do Poder Executivo. Há muito tempo que no direito brasileiro os atos administrativos vêm se incorporando à ordem jurídica com nova configuração. Os atos normativos infralegais emanados de autoridades administrativas têm regulado situações jurídicas não contempladas pela lei ou, em outra hipótese, nos casos de insuficiência da legislação formal.

No que diz respeito à competência normativa do Poder Judiciário, ou seja “a invasão do legislativo no judiciário”, há muito tempo vem sendo reconhecido que o princípio da separação dos poderes vem se apresentando de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional a qual foi atribuída, pela nossa Carta de 1988, funções de controle abstrato de normas e capacidade para dirimir conflitos de competência entre órgãos e resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais.

Do ponto de vista da eficiência é necessário buscar o grau ótimo de eficácia das sentenças da Suprema Corte, no entanto seus limites não podem lograr êxito em razão de diferenças substanciais entre direito e política:

“A Jurisdição Constitucional é a justiça política no sentido de que tem que enfrentar objeto político (direito constitucional político) e seus membros são designados por instâncias políticas e suas decisões têm efeitos políticos mais ou menos amplos. Assim sendo, o direito constitucional é justiciável não só em seu conjunto, senão que o próprio Tribunal Constitucional tem que se manifestar sobre a violação da Constituição nos casos que se apresentem. Entretanto, não pode deixar de atuar sob a alegação de que a decisão implicaria em Judicialização.”⁵

Em uma comparação com poder de interpretação do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht), verifica-se que o poder de tal tribunal

⁴ PEIXINHO, Manoel Messias. “O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.” Publicado em novembro de 2008.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Acessado em 01.11.2010

⁵ [10] SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: CEC, 1991, pp. 198-199.

alcança a sua máxima extensão no controle de conteúdo, entendido este como o exame das decisões dos poderes políticos sobre a base da conformidade objetiva com as normas da Lei Fundamental, quando reduz ao máximo as margens políticas de atuação e de decisão dos órgãos estatais de modo a efetivar sua correção moral. Nas sentenças do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), constata-se a preferência do controle de conteúdo, principalmente quando são priorizadas questões de proteção aos direitos individuais e da liberdade pessoal (liberdade de movimento, vida, integridade física), necessidades básicas (alimentação, vestuário, moradia) ou possibilidades de desenvolvimento pessoal (acesso a profissões, eleição de ensino).

Em um sistema contrabalanceado de partilha de competências institucionais, é imprescindível que o Poder Judiciário possa inferir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre quando questionada lesão ou ameaça de lesão à direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, ainda que em tese, o arbítrio do legislador.

A judicialização da Constituição é, deste modo, de suma importância para o mundo contemporâneo, de modo a evitar o cometimento de violações à norma fundamental vigente. Não obstante a inexistência de uma cláusula geral que legitime a Justiça Constitucional, tendo em vista as amplas competências do Tribunal Constitucional Federal Alemão e do Supremo Tribunal Federal do Brasil, pode-se dizer que não há óbices legais à apreciação pela Justiça Constitucional de qualquer questão relevante, fruto de controvérsias jurídicas.

Assim, concluímos que o princípio da divisão e separação de poderes (*Gewaltenteilungsprinzip*), *checks and balances of powers*, em sua vertente moderna, não só tem a função de assegurar a liberdade senão também de garantir a efetivação dos princípios normatizados na constituição.

3. A EXPLOSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIÁRIO

A expansão global do poder judiciário, que deu origem ao ativismo judicial e, conseqüentemente à judicialização da política, segundo a concepção de Vallinder, é resultado de diversas características do desenvolvimento histórico de instituições nacionais e internacionais e de renovação conceitual em disciplinas acadêmicas.

Vários foram os motivos que influenciaram essa expansão, que se deu principalmente no cenário pós segunda guerra, como por exemplo, a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as praticas totalitárias de tal período. Assim, temos por exemplo a Carta Constitucional alemã (Grundgesetz) de 23 de maio de 1949, que estabeleceu um amplo rol de direitos fundamentais (Grundrechte), como uma reação ao poder totalitário do período da segunda guerra. São enumerados ainda como exemplos da reação judicial em favor dos direitos fundamentais :

“Ainda, temos como exemplo a preocupação das esquerdas com a defesa de “direitos” contra “oligopolistas e oligarcas”, como no caso do trabalhismo inglês (anos 50) ou sueco (anos 70). O resgate intelectual de ideais de “direitos liberais”, influenciado por pensadores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin; a influência da atuação da Suprema Corte Americana, e a tradição européia (kelseniana) no controle de constitucionalidade; as grandes preocupações dos organismos internacionais de proteção de direitos humanos, particularmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948”⁶

Todos esses fatores, idealizados por Vallinder (1995) em seu livro *The Global Expansion of Judicial Power*⁷, contribuíram para o desenvolvimento da judicialização da política.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA- CONCEITO E EXEMPLOS

⁶ CASTRO, M.F. (1994) "Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos". Arquivos do Ministério da justiça, 184, ano 47, jul./dez. 1994: 125-44.

⁷ TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (ores.). (1995), *The global expansion of judicial power* New York, New York University Press.

4.1- CONCEITO E EXEMPLOS

O conceito de judicialização da política advém doutrinariamente da definição dada por C.N.Tate e T.Vallinder (1996), que afirmam que a judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes. Tal expressão (“judicialização da política”) passou a integrar o repertório da ciência principalmente após a publicação da obra dos autores⁸ supramencionados, onde foram formuladas análises, comparando-se a atuação do Poder Judiciário em diferentes países.

“Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esse autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

A diferenciação, entretanto, entre as duas expressões, é que na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, já a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como pré-requisito e decorrência da expansão do poder das Cortes.

A judicialização da política requer que os juízes prefiram participar da *policy making*⁹ a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão.

Este fenômeno da judicialização da política vem sendo observado em várias

⁸ TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (ores.). (1995), *The global expansion of judicial power* New York, New York University Press.

⁹ Aqui a expressão é utilizada no sentido de ser o modo como as pessoas ou órgãos decidem as políticas públicas.

sociedades contemporâneas, apresentando como seus dois principais componentes o “ativismo judicial”, como uma nova forma dispositiva dos tribunais judiciais com o objetivo de expandir o propósito das questões sobre as quais devem ser formados os seus juízos jurisprudenciais; e o grande interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar procedimentos que se assemelham aos processos judiciais e em adotar as jurisprudências dos tribunais em suas deliberações (onde se observa que muitas vezes o judiciário é provocado com o fito de fornecer parâmetros para tal).

A Constituição Federal de 1988 reservou ao Judiciário o papel de um novo e influente ator da nossa vida republicana, de modo a ser um dos maiores garantidores da efetivação dos princípios abraçados em tal carta. Tal papel é de tamanha importância que os doutrinadores vêm afirmando que:

“A judicialização da política é 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. A judicialização da política significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas.”¹⁰

Werneck Vianna (1999), um dos doutrinadores brasileiros pioneiros no estudo deste fenômeno, utilizou-se da expressão para descrever as transformações constitucionais pós-88, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em vista da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais. A expressão em nosso país foi ganhando debate público e, multiplicando-se os seus usos e sentidos, tornando-se, às vezes, contraditórios. De um modo geral, a expressão vem sendo utilizada em um sentido normativo, em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, e também em relação a propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia brasileira.

4.2- O ESTADO MODERNO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

¹⁰ PEIXINHO, Manoel Messias. “O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.” Publicado em novembro de 2008. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Acessado em 01.11.2010

A crise da democracia representativa e a falência das formas habituais de organização da vida em sociedade são sintomas de um mundo que está passando por transformações. Hoje, já não são apenas os clamores por liberdade e as demandas sociais por participação que têm movido indivíduos e grupos nesse século, mas as expectativas de que seus direitos venham a ser reconhecidos e igualmente atendidos. O papel da justiça submergiu, afinal, e tem operado como um parâmetro normativo do comportamento humano.

Frente a este quadro, o Poder Judiciário, antes tido como mero espectador na práxis republicana, vem assumindo novos papéis e repensado as suas estratégias. Nas democracias consolidadas, este poder não responde apenas ao anseio dos que se encontram à margem da “afluência material e comunicacional daquelas sociedades”¹¹, mas em contribuir para a revigoração dos institutos pelos quais a liberdade pôde ser vivida, até os dias atuais como a grande promessa da modernidade.

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta de se ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis como a intermediação de uma “comunidade de intérpretes” e não da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições.

No Brasil, o constituinte conferiu ao Supremo Tribunal Federal o controle abstrato da constitucionalidade das leis, através da provocação da comunidade de intérpretes da Constituição.

O processo de judicialização da política no Brasil tem sido o resultado de uma progressiva utilização benéfica das inovações da Carta de 88 por parte da sociedade e dos agentes institucionais, inclusive governadores e procuradores. A iniciativa dos intérpretes da Constituição, constante nos recursos às Adins, vem induzindo uma atitude mais favorável por parte do STF no que se refere à assunção de novos papéis. O Tribunal começa a migrar, progressivamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa, para uma de guardião ativo da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial

¹¹ Nota ao livro "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil", Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Neto e Marcelo Baumann Burgos, Editora Renavam, 1999.

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 de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes. A judicialização da política é 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.

No que diz respeito à judicialização, o Estado de Direito sofre profunda modificação quando abandona a missão de Estado exclusivamente legislativo, preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos, e passa a considerar a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais.

Essa modificação pela qual vem passando o Estado de Direito tem como uma de suas razões o excessivo apego ao princípio da legalidade, que resulta em uma promulgação de leis com baixo teor de tecnicidade, em linguagem obscura. Esse extremismo implicou na discricionariedade dos juízes para poderem aplicar melhor a lei com inteligência e teve, conseqüentemente, a formação natural, cada vez mais, de uma jurisprudência administrativa ou privada. Uma segunda razão seria em virtude da crise que vem afetando o modelo garantista da Constituição com relação à legislação – que é o marco distintivo do Estado Constitucional de Direito – a significar o fim do monopólio legislativo do Estado nacional.

Desta forma, os dogmas jurídicos da reserva de lei e do princípio da legalidade vão progressivamente perdendo o sentido. Entendo que o cenário para melhor compreender a decadência do Estado legislativo é apontar os fatores que ensejaram o surgimento de um novo constitucionalismo em que o juiz exerce um papel de destaque na efetivação dos direitos.

A decadência do Estado Legislativo, com o conseqüente surgimento de um novo constitucionalismo, marcado pelo papel de destaque do juiz tem como causa principal a grande influência da Constituição sobre as relações políticas.

O enfrentamento do binômio Constituição/relações políticas exige a análise de algumas variantes, a saber: (a) o conteúdo da Constituição; (b) a postura dos juízes, principalmente das Cortes Constitucionais; (c) a postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos.

Desta forma, em certos ordenamentos jurídicos os conflitos exclusivamente políticos podem ser resolvidos por órgão judicial mediante a utilização de normas constitucionais. Um exemplo disso é a Constituição alemã que, no seu art.93, entende que o seu Tribunal Constitucional, tem a competência para dirimir conflitos entre os órgãos constitucionais. Tais conflitos são, em verdade, dissídios políticos que advém entre os órgãos do Estado. No que diz respeito à atuação dos juízes em particular e dos Tribunais Constitucionais, em geral, que julgam a legitimidade de lei, podem-se adotar dois procedimentos: (1) uma posição *self-restraint* frente às questões políticas e seguir a linha de obediência à discricionariedade do legislador; (2) adota, ao contrário, uma atitude de discussão das matérias legislativas desde que não sejam claramente inconstitucionais.

Por último, quando se fala da atuação dos órgãos constitucionais e dos atores políticos, afirma-se que as normas constitucionais podem ser usadas na argumentação política dos órgãos e pelos atores para justificar suas ações e decisões.

4.3- A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO INTERAÇÃO ENTRE OS PODERES

Do ponto de vista do processo político, a judicialização da política, vem contribuindo para a interação entre os poderes, concretizado nos conflitos entre os tribunais constitucionais e o Legislativo/ Executivo. Esses conflitos, no entanto, não significam uma opressão da democracia, mas ao contrário, posto que justamente a democracia constitui-se um requisito para a expansão do poder judiciário, como nos afirma Tate (1995).

Assim, as transformações feitas pelos tribunais constitucionais, com o ativismo judicial, devem ser vistas como parte integrante do processo de idealização de políticas públicas, sendo deste modo, um desdobramento das democracias contemporâneas.

A judicialização da política irá ocorrer, destarte, nos diversos casos em que os tribunais serão chamados para se pronunciar, onde o funcionamento dos poderes Legislativo e Executivo, se mostrou falho, insuficiente ou insatisfatório. Portanto, essa ocorrência demonstra a grande aproximação entre o Direito e a política, e muitas vezes, não se percebendo a natureza da decisão do tribunal, se fora

meramente de direito, ou simplesmente de interesse político, sendo cabível a interpretação, como sugere Tate, de uma “política de direitos”.

A judicialização da política, pode corresponder ainda, a uma politização da justiça (conforme definição já formulada), quando se introduz a jurisdição das cortes constitucionais no processo de implementação de políticas públicas, que é auxiliada por diversas regras orgânicas do Poder Judiciário.

A Alemanha, judicializa a política quando se nomeia os membros da Corte Constitucional, realizada pelo Bundestag (Parlamento Nacional) e pelo Bundesrat (Conselho Federal), como dispõe o art.94 do GG ¹²:

“Art. 94 [Bundesverfassungsgericht, Zusammensetzung] (1) ¹ Das Bundesverfassungsgericht Bizet aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern. ² Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes werden je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt.(...)”

No cenário pós-guerra, a atuação do Poder Judiciário alemão demonstrou-se de suma importância para a determinação da dinâmica do processo político e de seus resultados em diversas áreas, como na política externa, na universitária e nas relações industriais, demonstrando assim, uma intensa relação entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

Na Europa tem-se, ainda, vários exemplos de judicialização da política. Na França, por exemplo, o papel do Conselho Constitucional foi extremamente decisivo para a iniciativa das diversas reformas, como o programa de nacionalização, a política universitária e a política de competitividade, estabelecida na Lei de Imprensa de 1984. O Conselho Constitucional, ao bloquear o programa de nacionalização, adotou explicitamente razões alheias a critérios de política econômica, em sentido estrito, mas apoiou-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Assim como nos países da Europa, o Brasil, tem como exemplo de judicialização da política as regras de recrutamento, composição, competências e procedimentos dos diversos órgãos e poderes, principalmente do Supremo Tribunal Federal.

¹² “Art.94- (1) ¹O Tribunal Constitucional Federal Alemão é composto por juízes federais e outros membros. ²Os membros do Tribunal Constitucional Federal Alemão serão eleitos, metade pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal. (...) (Tradução Livre)

5- A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA ALEMANHA

5.1- HISTÓRICO

Na tradição germânica, vários foram os estudos acerca da judicialização da política, destacando-se as contribuições de Jürgen Habermas e Robert Alexy. Habermas filiando-se à teoria de Ronald Dworkin, afirma que o direito deve se situar entre a política e a moral e o discurso jurídico não deve incorporar apenas argumentos políticos que visam determinados objetivos, mas, também, argumentos de fundamentação moral.

Contra a posição daqueles autores que defendem a vocação inerte do juiz, Habermas argumenta que na modernidade, se as normas se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito se dissolveria em política, o que implicaria na dissolução do próprio conceito de política. E como resultado ter-se-ia que o próprio poder político não poderia mais ser legitimado pelo direito, pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora. No momento em que a legitimação é apresentada na condição de realização própria da política, há o abandono dos conceitos de direito e política.

Deste modo, pela teoria habermasiana, o papel do juiz será sempre ativo, de acordo com os seguintes argumentos:

“(a) mesmo que a racionalidade procedimental dotada de conteúdo moral estivesse assegurada institucionalmente, as leis não poderiam normalmente atingir uma força semântica e uma determinação completa a ponto de se transformar em algo parecido com uma tábua de algarismos a ser aplicado pelo juiz. (b) A hermenêutica filosófica revela que os atos de interpretação nos quais se aplicam regras estão entrelaçados indissolúvelmente com atos de construção que desenvolvem implicitamente o direito (no sentido de Dworkin).

(c) No processo da legislação, pode emergir uma moralidade que emigra para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos que se encontram sob as limitações do ponto de vista moral não de respeitar ao fundamentar as normas.”¹³

Esse papel ativo, defendido pela teoria habermasiana é perfeitamente observado no STF que se manifesta através de um ativismo jurisdicional em suas mais recentes decisões, sendo o reflexo de uma maior aproximação entre constituição e política. Esta ampliação de poderes conferida pela nossa Carta

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p.245.

Constitucional de 1988 guarda estreita relação com o momento que passou o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht) na segunda metade do século passado, na afirmação de sua competência e legitimidade de suas decisões perante os outros poderes do Estado, conforme será analisado nos tópicos seguintes.

5.2- AS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

5.2.1- PANORAMA GERAL ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS EUROPEUS

Para ilustrarmos o funcionamento do ativismo judicial na Alemanha, tomaremos a título de exemplo a recente decisão proferida em 30 de junho de 2009, pelo segundo senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa. Em tal sentença, os juízes decidiram por unanimidade a favor da constitucionalidade do Tratado de Lisboa com a Constituição alemã. Apesar de tal resultado positivo, em tal decisão, seguindo a jurisprudência já fixada no Tratado de Maastricht de 1993, o Tribunal não só reafirmou os limites constitucionais da transferência de soberania à União Européia, como também ampliou o direito de controlar a constitucionalidade do direito da União Européia (Europarecht), exigindo o fortalecimento das competências do Parlamento alemão em assuntos ligados à União Européia.

O “Tratado de Lisboa”, também conhecido como “Tratado de Reforma”, foi assinado com o objetivo de substituir o Tratado Constitucional, que visava substituir todos os tratados constitutivos existentes na União Européia, mas que fora rejeitado nos referendos realizados na França e nos Países Baixos, no ano de 2005.

Logo após a assinatura, iniciou-se o processo de ratificação do Tratado de Lisboa, que para a sua entrada em vigor, necessitava da ratificação por todos os 27 Estados-Membros da UE, de acordo com os procedimentos previstos pelas respectivas Constituições nacionais.

A Constituição Alemã prevê exigências especiais para a conclusão dos tratados ligados à UE¹⁴, posto que após a sua entrada em vigor, tais tratados

¹⁴ “Grundgesetz- Art. 23 [Verwirklichung der Europäischen Union; Beteiligung des Bundesrates, der Bundesregierung]. O art. 23 LF autoriza o legislador alemão a transferir direitos de soberania à UE,

desfrutam de primazia sobre o direito nacional. Assim, por possuir natureza de direito internacional convencional, não estaria o Tratado de Lisboa imune ao controle jurisdicional de constitucionalidade, o que foi realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa (“decisão Lisboa”) merece destaque. A jurisprudência do TCFA relativa ao direito da União exerce importante papel de referência sobre as demais cortes constitucionais européias. Neste contexto, vale lembrar a clara influência da jurisprudência “Solange” do TCFA na Declaração Nr. 1 do Tribunal Constitucional Espanhol de 13.12.2004 sobre a compatibilidade do Tratado Constitucional com a Constituição espanhola. Da mesma forma, a influência da sentença Maastricht do TCFA de 12.10.1993 é evidente tanto na decisão do Supremo Tribunal dinamarquês de 06.04.1998, sobre a constitucionalidade do Tratado de Maastricht, como na decisão K 18/04 do Tribunal Constitucional polonês de 11.05.2005, sobre a constitucionalidade do Tratado de Adesão à UE.

Conforme a jurisprudência do TCFA, o direito da União tem primazia¹⁵ sobre o direito alemão, por força da autorização constitucional do Art. 23 I da Lei Fundamental (LF) e somente dentro de seus limites¹⁶.

Deste modo, ao contrário do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE), o TCFA defende a posição, segundo a qual a natureza jurídica do direito da União não reside em sua autonomia, mas sim em seu fundamento no direito internacional público. Consequentemente, necessária se faz uma ordem de execução por meio de uma lei de aprovação interna, para que o direito da União se faça valer dentro do ordenamento jurídico.

sendo para esta transferência de competências sempre necessária a aprovação do Conselho Federal (*Bundesrat*). Além disso, essa autorização constitucional é permitida apenas e na medida em que os princípios federativo, do Estado Democrático, Social e de Direito e o da subsidiariedade sejam resguardados. A remissão efetuada pelo art. 23 ao art. 79 II e III LF para a lei que aprove qualquer alteração dos Tratados constitutivos da UE, ou regras de natureza semelhante, representa a imposição de limites constitucionais rígidos à participação alemã no processo integracionista europeu. O art. 79 II e III regula as exigências quanto à aprovação e ao conteúdo de lei que altere a Lei Fundamental. Cf. STEIN, Torsten; VON BUTTLAR, Christian. *Völkerrecht*. 12. ed. Colônia: Heymann, 2009, S. 75-76.

¹⁵ Importa salientar que a primazia do direito da UE sobre o direito nacional diz respeito apenas à aplicabilidade da norma, e não à validade desta. Assim, por razão do princípio da primazia do direito europeu, em caso de conflito com norma da UE, o direito nacional não torna-se nulo, mas somente inaplicável.

¹⁶ Segundo o art. 23 LF o legislador alemão é autorizado a transferir direitos de soberania à UE, sendo para esta transferência de competências sempre necessária a aprovação do Conselho Federal (*Bundesrat*).

A lei de aprovação constitui, por isso, a fonte formal de validade e aplicabilidade dos tratados europeus no direito nacional alemão. Em outros termos, ainda que tais tratados sejam de hierarquia superior às normas internas, o TCFA condiciona a primazia do direito primário da União aos dispositivos constitucionais de recepção das normas de direito internacional público.

Com base nesse fundamento, o Tribunal se reserva ao direito de controlar a aplicação do direito da UE. Os parâmetros de controle são os limites estabelecidos pelo art. 23 I combinado com o art. 79 III LF. Como objetos sujeitos ao controle tem-se as leis de aprovação dos tratados europeus.

Na Alemanha a jurisdição constitucional é especializada, concentrada no TCFA. O controle da constitucionalidade das leis é exercido sempre *a posteriori*, ou seja, somente depois da entrada em vigor da lei, tendo como exceção à essa as “leis de aprovação” (art. 59 II LF), que contêm o tratado internacional e o incorporam ao ordenamento jurídico interno.

Essa regra excepcional não é prevista expressamente em lei, tendo sido desenvolvida pela jurisprudência do TCFA, afim de impedir o surgimento de conflitos entre as obrigações internacionais do Estado e o direito constitucional nacional. Essa regra especial tem a finalidade de evitar a situação na qual após a entrada em vigor da lei de aprovação e da ratificação do tratado e também de sua própria entrada em vigor no âmbito internacional, o TCFA declare inconstitucional o conteúdo do tratado – indiretamente pela lei que o incorporou ao direito interno. Caso essa situação ocorra, o governo alemão continuaria obrigado perante o direito internacional público, como parte contratante, porém o tratado e também a lei de aprovação não seriam aplicáveis no âmbito do ordenamento jurídico interno.

A jurisdição do TCFA não se refere, por conseguinte, ao controle direto de constitucionalidade de tratados internacionais, existindo apenas construções jurisprudenciais no sentido de controle interno, ou seja, o controle da lei que incorpora ao direito interno as normas contidas no tratado.

As leis de aprovação de tratados internacionais podem ser controladas pelo TCFA, inclusive quando o tratado ainda esteja em fase de elaboração. Neste caso, a ratificação do tratado pelo Presidente da República Federal é em regra suspensa, a fim de não obstruir o processo perante o TCFA.

O controle indireto de tratados internacionais pelo TCFA pode ocorrer em um processo contencioso entre órgãos constitucionais (*Organstreit*, art. 93 I Nr. 1 LF),

em processos de controle abstrato de constitucionalidade (art. 93 I Nr. 2 LF), em processos de controle concreto de constitucionalidade (art. 100 I LF) e no âmbito de litígios entre a Federação e os Estados (art. 93 I Nr. 3 LF). Além disso, o TCFA entende que as leis que incorporam o conteúdo de tratados internacionais ao direito alemão estão também sujeitas ao procedimento de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*, art. 93 I Nr. 4a LF), o qual tem a intenção de prover proteção efetiva dos direitos fundamentais aos cidadãos.

Em vista do exposto, conclui-se que por meio do controle de constitucionalidade da lei de aprovação dos tratados europeus, o TCFA controla indiretamente também o conjunto do direito primário da eu, como foi feito nas decisões de Maastricht e de Lisboa.

Tais decisões do TCFA sobre a constitucionalidade dos tratados europeus serão analisadas no tópico seguinte. A exposição inicia-se com a análise da sentença Maastricht, na qual o TCFA se ocupou a fundo com o tema dos limites da abertura da Lei Fundamental à UE, como também com a questão da garantia dos direitos fundamentais dentro do processo de integração europeia.

5.2.2- A DECISÃO MAASTRICHT

A sentença Maastricht do TCFA de 12.10.1993 tratava-se de um recurso constitucional com base no art. 38 I 1 LF contra a lei de aprovação nacional do TUE. O recurso contra o Tratado de Maastricht fundamentava-se na construção jurídica, segundo a qual cada cidadão teria o direito assegurado pela Carta Constitucional de que, no âmbito da União Europeia, algumas competências substanciais fossem mantidas pelo Parlamento alemão, conforme disposto no art. 38 I LF conjugado com o princípio democrático consagrado no art. 20 I e II LF e declarado inviolável pelo art. 79 III LF.

Tal direito foi reconhecido pelo TCFA e o recurso constitucional contra a lei de aprovação do Tratado de Maastricht foi considerado como admissível. Com isso, o TCFA deveria verificar se o princípio democrático fora violado pela transferência de direitos nacionais de soberania à UE, na forma prevista pelo TUE. Uma violação estaria configurada, caso a legitimidade democrática conferida ao Poder Público alemão fosse “esvaziada” por meio da transferência de competências do Parlamento aos órgãos da UE.

Algumas declarações emitidas pelo TCFA foram destacadas como de fundamental importância no julgamento deste processo.

O Tribunal destacou, primeiramente, que o princípio democrático não impediria que a Alemanha fosse membro da UE, mas exigiu que fossem garantidos a legitimidade democrática e influência do povo alemão dentro dessa organização supranacional. Assim, mesmo com a transferência de direitos de soberania, o Parlamento alemão deveria permanecer com tarefas e atribuições de peso substancial. Esse argumento critica o déficit democrático da UE, e demonstrou o receio do TCFA com o fato de as competências Legislativas serem reservadas ao Conselho de Ministros, cujos membros seriam exclusivamente de representantes de governos nacionais. Assim, para o TCFA o único meio de configuração da democracia da UE seria pela participação ativa do Parlamento alemão.

O Tribunal enfatizou ainda a soberania do Estado Alemão, entendendo ser primordial a perpetuação de seu papel no âmbito do processo de integração europeia, não permitindo a participação da Alemanha em um Estado Federal soberano europeu.

Ainda, o Tribunal se preocupou com a questão dos direitos fundamentais, reivindicando o direito de controlar a aplicabilidade do direito derivado da UE na Alemanha em cooperação com o TUE.

De suma importância foi a preocupação do Tribunal com os limites de transferência de competência, formulando uma reserva de controle, reivindicando o direito de verificar, em conformidade com o direito nacional, se os atos jurídicos provenientes dos órgãos e instituições da UE cumpriam os limites fixados na delegação dos direitos de soberania. Esse direito de controle se baseia na tese de que a lei de aprovação constitui a fonte formal de validade e aplicabilidade dos tratados europeus no direito alemão.

Apesar da formulação de contundentes reservas de controle sobre o respeito dos limites das competências e dos direitos humanos no âmbito da União, como também a determinação de requisitos muito precisos à evolução da UE, o TCFA rejeitou o recurso constitucional declarando a compatibilidade do TUE com a Lei Fundamental. Logo, segundo a interpretação do TCFA, o conteúdo do Tratado de Maastricht – como estabelecido na lei de aprovação alemã – não viola o Art. 38 I 1 LF (BVerfGE 89, 155, 181).

5.2.3- A DECISÃO LISBOA¹⁷

Essa decisão trata de dois processos contenciosos entre órgãos constitucionais e quatro recursos constitucionais apreciados conjuntamente pelo TCFA. Os autores são diferentes personalidades e grupos do cenário político alemão, incluindo membros do partido de esquerda “Die Linke” e o deputado conservador social-cristão Peter Gauweiler.

Os objetos de tais processos são três atos, quais sejam, a lei de aprovação alemã do Tratado de Lisboa, a Lei que altera a Lei Fundamental (arts.23,45 e 93) e a Lei sobre a ampliação e fortalecimento dos direitos do Parlamento Federal Alemão e do Conselho Federal Alemão em assuntos ligados à União Européia (Lei de Ampliação), sendo estas duas últimas complementares ao Tratado de Lisboa.

O litígio em questão se dá acerca da alegação dos autores de violação ao direito de voto do art.38 I 1 LF, que, segundo a interpretação dada pelo TCFA, seria equivalente à um direito fundamental. Deste modo, temos como tese principal contra o Tratado de Lisboa, a mesma levantada contra o Tratado de Maastricht, qual seja, a violação do princípio democrático, que se verifica com a transposição do Tratado de Lisboa à ordem legal interna alemã, ferindo conseqüentemente a soberania estatal, a separação dos poderes, a dignidade humana e os direitos do Parlamento alemão como órgão legislativo. Esses processos fizeram com que a decisão do Presidente Horst Köhler sobre a assinatura dos instrumentos de ratificação, fosse postergada, para momento posterior à análise do TCFA sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa.

O TCFA examinou o Tratado, sob a tese de que cada cidadão alemão teria o direito democrático a um Legislativo dotado de poderes substanciais para determinar o destino do povo alemão, e para tanto, focou-se em três questões principais que indicariam o respeito ou não à essa tese. As questões envolveram a análise do nível de legitimação da UE, a preservação da soberania estatal do Estado Alemão e a conservação de responsabilidades e competências de peso substancial pelo Parlamento alemão.

Com respeito à legitimação, o TCFA concluiu pela sua compatibilidade com o art.23 da LF, entendendo que o Parlamento Europeu teria uma natureza apenas

¹⁷ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html

complementar e não central para efeitos de legitimar uma autoridade pública europeia.

Os autores dos processos alegaram ainda que a UE viria evoluindo no sentido de se formar um Estado Federal, sendo analisado tal argumento pelo TCFA, acerca da soberania estatal. O TCFA, focando-se no princípio da eternidade, qual seja, o exposto no art.79 III da LF, que entende que a participação da Alemanha no processo de integração europeia deveria obedecer limites da “identidade nacional”, afirmou que somente seria possível essa formação com a adoção de nova constituição pelo povo alemão, tendo em vista proibição expressa pela Norma Fundamental vigente (art.146 LF).

Concluiu o TCFA, deste modo, que a Alemanha participa da União Europeia, vista esta como união de Estados soberanos (Staatenverbund), não sendo possível assim, a cessão de soberania à um eventual Estado Federal, permanecendo a Alemanha um Estado soberano, mesmo após a assinatura do Tratado de Lisboa.

Ainda, ficaria preservada a soberania, com a codificação do art.50 do TUE, que estabelece a possibilidade de retirada dos Estados- membros da UE e no direito de decisão final que cabe ao próprio TCFA.

Afirmando o que fora decidido na decisão Maastricht, o TCFA esclareceu que o Parlamento Alemão, como representante do povo, e o Governo Federal deveriam reter uma influência normativa no que se refere a desenvolvimentos políticos na Alemanha. E assim, na decisão Lisboa, o TCFA analisou diversos domínios sobre os quais o Parlamento alemão deveria ter responsabilidade e competências próprias, de peso substancial, tais como o direito penal, o uso da língua, o direito de família, os assuntos religiosos, entre outros.

Outros pontos que já estavam normatizados no TUE, mereceram revisão, a ponto de interpretar e delimitar o âmbito de abrangência de tais normas. Assim, o TCFA, analisou a participação das Forças Armadas em operações militares da UE, que de acordo com o Tratado, era decisão do Conselho da UE. O TCFA entendeu que essa regra não transferia competência à UE em recorrer às Forças Armadas dos Estado Membros, pois deveria antes haver aprovação dos respectivos países ou de seus parlamentos, e no caso alemão, somente o Bundestag seria autorizado a decidir sobre a participação das Forças Armadas alemã.

Questão de suma importância que fora analisada ainda, se refere à primazia do direito da União Europeia sobre o direito nacional, previsto no Tratado de Lisboa.

O TCFA interpretou que, o fundamento e os limites para se aplicar o direito da União na Alemanha continuaria sendo a ordem de execução contida na lei de aprovação dos Tratados. Assim, para o TCFA, não importou a previsão da primazia do direito da União no Tratado, posto que ficará a critério da lei de aprovação estabelecer essa situação.

5.2.4- CONCLUSÕES

A partir da análise das decisões de Maastricht e Lisboa, podemos chegar a algumas conclusões.

Mesmo tendo o Tratado de Lisboa concedido personalidade jurídica própria à União Européia, o TCFA não reconhece a UE como Estado próprio. Isso porque a Lei Fundamental não permite a participação da Alemanha em uma federação européia de estados e, devido ao déficit democrático estrutural no âmbito da UE, há um fortalecimento dos direitos de participação do Parlamento alemão em nível nacional.

Verificamos assim, que, mesmo após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o TCFA, continua exercendo função de controle do direito europeu, para salvaguardar o direito de autodeterminação do povo alemão. Com isso, o tribunal reafirma seu direito de controlar os atos jurídicos da UE, e sua compatibilidade com a Lei Fundamental alemã, analisando se tais atos ultrapassam os direitos de soberania conferidos pela Alemanha. Ainda, alargando sua função de controle, o TCFA reivindica o direito de verificar se os atos jurídicos da UE violam ou não a ordem constitucional alemã, nos moldes do art.79 III LF.

Em suma, o TCFA decidiu que a lei de aprovação do Tratado de Lisboa encontra-se plenamente compatível com a Lei Fundamental, acolhendo no mais o princípio democrático. No entanto, quanto à Lei de Ampliação, o tribunal a declarou inconstitucional, posto que ela não conferia aos órgãos constitucionais direitos de participação adequados nos processos legislativos da UE e nos processos de revisão dos tratados europeus.

Assim, seria o Tratado de Lisboa constitucional, mas com a condição de que as competências do Parlamento do Conselho Federal fossem fortalecidas em nível nacional.

A decisão Lisboa, representou uma continuação da decisão Maastricht,

reafirmando os pressupostos e limites de integração fixados nesta decisão.

A grande inovação que a decisão Lisboa trouxe, foi o alargamento da função de controle do TCFA, fruto da judicialização da política pela qual vem passando os Estados Modernos, conforme exposto anteriormente, reivindicando, então, este tribunal o direito de verificar a existência ou não de violação à identidade da ordem constitucional alemã. Isso mostra a ênfase que o tribunal faz ao seu papel de guardião do núcleo inviolável da Lei Fundamental dentro do processo de integração europeia.

Através destes processos e decisões podemos ainda chegar à outra conclusão: o TCFA possui uma enorme desconfiança com relação ao governo federal e ao processo de integração da União Europeia como um todo. Por isso que o tribunal exigiu o fortalecimento da participação do Parlamento Alemão no âmbito da UE, e a defesa contra qualquer ato que atente contra a soberania, verificando se a União observa o padrão alemão de proteção de direitos fundamentais, os limites de delegação dos direitos de soberania e a identidade constitucional dos Estados-membros.

Deste modo, verificamos que as decisões de Maastricht e de Lisboa revelam um ativismo judicial manifestado pelo TCFA, posto que o tribunal não se restringiu a verificar a compatibilidade dos Tratados com a Constituição alemã, mas foi além, com a formulação de declarações sobre a participação da Alemanha na União Europeia, formulando algumas advertências, restrições e reserva, como se um órgão político governamental fosse.

Nesses julgados podemos criticar o comportamento do TCFA, na medida em que representa uma intromissão na competência exclusiva do governo em conduzir a política europeia na Alemanha.

Primeiramente, quanto à soberania nacional, o ativismo judicial é criticado posto que pode ele causar uma limitação da liberdade de ação do governo no âmbito da UE, como por exemplo na impossibilidade de participação das Forças Armadas alemãs, em rápidas operações militares, posto que o TCFA entendeu que deve-se primeiro ser consultado o Parlamento alemão.

No final, as decisões Maastricht e Lisboa enviam a mesma mensagem: a Lei Fundamental é favorável à participação alemã no processo de integração europeia. Logo, o TCFA defende o princípio da abertura da Constituição alemã ao direito europeu, (*Europarechtsfreundlichkeit*). Porém, a UE não pode evoluir às custas da

soberania da República Federal da Alemanha. Disso resulta-se que um programa integracionista é admissível exclusivamente segundo o princípio da atribuição de competências, o qual garante o respeito da identidade constitucional dos Estados-membros e a capacidade desses de organizar, de forma autoresponsável, no âmbito político e social, as relações de vida de seus cidadãos¹⁸.

5.3- CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL ALEMÃO NAS DECISÕES DO TCFA

Conforme demonstrado nos casos de controle de constitucionalidade do Tratado de Lisboa e de Maastricht, verificamos que a crítica ao ativismo judicial é focada, em relação à distribuição de competências entre o legislador democrático e os efeitos do controle de constitucionalidade por omissão, colocando em evidência a mitigação do princípio da separação de poderes.

Utilizaremos nesse tópico os ensinamentos de Klaus Schlaich, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Bonn, um dos maiores doutrinadores alemães acerca do ativismo judicial, em que afirmou em sua obra¹⁹ que “um Tribunal Constitucional que tenha uma ampla competência quanto ao controle de normas não poderá escapar da crítica de que invade o campo da legislação”.

Para este autor, duas são as questões centrais sobre a judicialização da política. A primeira é a de que um Tribunal Constitucional que se ocupa permanentemente do controle do legislador corre o risco de não se contentar com o controle da lei como resultado do procedimento legislativo, e incluir cada vez mais em seu exame o processo pelo qual o Parlamento prepara a decisão. A outra questão é a de que a cada dia torna-se maior a relação entre o Tribunal com o legislador, valorando-se em relação com a idéia de “compensação”.

A respeito da primeira questão, Schlaich pondera a princípio de que, o objetivo do Tribunal ao realizar o controle de normas, deve ser apenas relacionado à lei enquanto resultado do procedimento parlamentar, e não simplesmente à argumentação, procedimento, comportamento do legislador ou a situação dos participantes individuais no procedimento legislativo.

Argumenta que acerca da dificuldade que o Tribunal Constitucional possui em

¹⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 226.

¹⁹ “Em obra coletiva publicada em 1982, *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux*, e organizada por Louis Favoreu”

detectar se o legislador se expressou de forma correta e não se pode extrair da Lei Fundamental um dever geral em favor de uma metodologia ótima do legislador.

No entanto, o controle de normas pelo Tribunal Constitucional não deve limitar o legislador até o ponto que reduza completamente as características próprias da atividade parlamentar. O autor salienta que é de suma importância a observação do procedimento parlamentar e se, ele efetivamente corresponde a uma discussão aberta, e nesse caso, como decorrência da democracia, contraditória; corresponde ainda à uma abertura ao público, implicando revelações e correspondendo ao contato com a opinião pública, formalizando a democracia.

De outro lado, não se pode contestar, conforme explica Schlaich, o fato de que em certas ocasiões e fatores, faz-se necessário uma compensação, uma substituição, uma correção, um alargamento da atividade judicial. Essas ocasiões e fatores podem ser tais como a transformação da lei, de regra geral e abstrata, expressão de uma idéia de justiça; a necessidade de uma regulação jurídica nas sociedades industriais modernas cuja complexidade exige regulamentações amplas no campo econômico e social; as deficiências que oferece o procedimento parlamentar.

Sem embargo, por respeito à ordem constitucional de competências, o Tribunal não deve se contentar com a idéia de compensação. A compensação não cria a competência; cria uma competência de urgência cujo primeiro e permanente dever é fazê-la supérflua. Desse modo, um Tribunal Constitucional, disposto a decidir os rumos políticos do Estado, se decidir pautar-se apenas em regras de compensação de funções parlamentares pode acabar facilitando a “fuga” do legislador de suas responsabilidades, podendo impedir a formação das capacidades parlamentares necessárias.

Se uma decisão do Tribunal Constitucional praticamente retira do debate político as possibilidades de modificação dos grandes projetos legislativos, que estão sendo decididas também pelo povo, posto ser o legislativo legitimado para tal, o resultado em grande medida é a perda de seu caráter decisivo. Assim, por exemplo, a oposição pode esperar fazer fracassar uma lei com a ajuda do Tribunal Constitucional, visando com isso compensar sua posição minoritária no Parlamento, sem que esse nível de influência venha avaliado por um pronunciamento do eleitorado para constituí-la em maioria. A maioria eleita, por sua parte, com a declaração de inconstitucionalidade se vê liberada da responsabilidade das

justificativas de suas leis, sem tornar-se intolerável para o eleitor.

Por fim, Schlaich faz a advertência que o Tribunal Constitucional deveria adotar uma “posição mais cautelosa” na constatação de inconstitucionalidade de uma lei, já que se trata no final das contas de uma interpretação da Constituição que incumbe ao Tribunal. Mas que o Tribunal ao invés de decidir pela cassação das leis, deveria fazer o reenvio delas ao legislador, e não utilizasse tão frequentemente das formas intermédias de decisão. Deste modo, o legislador seria mais claramente responsável de seus projetos de lei e o Tribunal se subtrairia o menos possível ao debate político.

6. O STF E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

6.1- AS FORMAS DA AÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Conforme demonstrado acerca da expansão do poder judiciário, a atuação deste poder no Brasil, após a Constituição de 1988, começou a se fazer de forma interativa com o sistema político, num processo do qual participam os tribunais judiciais (especialmente o STF), o governo, partidos políticos, associações de profissionais, e principalmente a opinião pública e imprensa, levando a judicialização da política.

Devido a crise de legitimidade do Estado brasileiro, tendo como centro o Poder Legislativo, o fortalecimento do STF com os novos institutos estabelecidos pela Emenda Constitucional nº45/04 como o da súmula vinculante (Lei nº 11417/06) e da repercussão geral (Lei nº 11418) e a sua nova composição com os Ministros nomeados pelo Governo Lula nos seus dois mandatos presidenciais, tal quadro favoreceu, um maior adensamento da judicialização da política instrumentalizada através do ativismo judicial. O ativismo judicial pauta-se pelo alargamento dos poderes do próprio STF, conforme anteriormente esclarecido.

Em decorrência deste processo, observamos que atualmente o Brasil vive um processo significativo de mudança no que tange às questões de definição do significado e da determinação do papel institucional do judiciário.

A atuação dos tribunais, em sua interação com o sistema político, se dá em dois prismas: o plano das ações não jurisdicionais, que são definidas pelo exercício informal do poder; e o plano das ações jurisdicionais, caracterizadas pelo exercício

formal da autoridade judicial.

As ações não jurisdicionais são formadas por pronunciamentos de juízes (discursos, declarações à imprensa), distintos da autoridade judicial, mas que politicamente, a complementa. As ações jurisdicionais, no entanto, são compostas de pronunciamentos oficiais dos juízes, ao exercerem suas atividades judiciárias ao proferir uma sentença, acórdão, votos, despachos.

Os pronunciamentos não oficiais, por serem de pouco efeito político, não possuem tanta relevância do ponto de vista da interação entre o sistema político e o judicial.

As ações jurisdicionais do STF têm sido freqüentemente marcadas por confrontos institucionais, que na maioria das vezes envolvem os partidos políticos, que procuram através do Poder Judiciário, legitimar suas opiniões. Nestes tipos de confronto, verifica-se a mistura de ações do plano jurisdicional, com as ações do plano não jurisdicional. Como exemplos temos a absolvição do ex-presidente Collor de Mello em 1994, a decisão do direito de greve dos trabalhadores, a fidelidade partidária, a lei da ficha limpa, entre outros.

Em todos esses casos, houve decisões judiciais contrárias ao interesse de políticos ou do governo, reações de partidos políticos e seus membros, reação do poder Executivo, e pronunciamentos informais de juízes e outros atores.

A opinião pública também afeta a interação entre o sistema político e o judiciário. Ao publicarem na imprensa suas opiniões, ou na concessão de entrevistas firmando posições sobre política econômica, cortes de gastos do judiciário, privilégios parlamentares, decisões judiciais, separação dos poderes, entre outros, os políticos e juízes, passam a se preocupar objetivamente com a sua imagem perante a opinião pública.

Esse panorama geral indica que o Poder Judiciário, em especial o STF, vem causando impactos sobre o Poder Legislativo e sobre o Poder Executivo, principalmente através de concessão de liminares e de ações não jurisdicionais. Diante do desempenho do STF em conceder decisões liminares com impacto político, em proferir ações não jurisdicionais e em usar as garantias constitucionais freqüentemente (como os Mandados de Injunção e as Ações diretas de inconstitucionalidade), cabe perquirir sobre o caráter da atuação do tribunal como órgão político, o impacto político do funcionamento do STF, fundado na produção jurisprudencial regular, a atuação como órgão da República e as decisões favoráveis

ou não às políticas governamentais, o que será respondido no presente tópico.

6.2- ANÁLISE DAS DECISÕES POLITICAS DO STF NOS DIAS ATUAIS

6.2.1- O STF E OS PARTIDOS POLÍTICOS

O fenômeno de recorrer ao STF em razão de uma derrota no Legislativo não é novo no Brasil, tendo sido inaugurado pelo PT, quando recorria insistentemente ao STF, momento em que era oposição e não tinha votos suficientes para barrar iniciativas do governo.

Agora, momentos após as eleições presidenciais, verificamos que esse fenômeno será agora potencializado ainda mais, em razão do resultado das urnas, que teve como consequência a eleição de Dilma Rousseff como Presidente do Brasil.

Após apuração, a Câmara dos deputados os eleitos aliados a Dilma ocuparão aproximadamente 70% das cadeiras; no Senado, 60% das vagas serão dos governistas. Com essa base, Dilma terá apoio suficiente para aprovar com certa folga, inclusive, propostas de emenda à Constituição (PECs) - o que exige três quintos dos votos para a aprovação.

Tendo em vista a baixa representação da oposição no Congresso Nacional, a consequência imediata será que a oposição deverá recorrer com mais frequência ao Supremo, possibilitando a ocorrência da judicialização da política, em que o tribunal será levado por essa a aumentar seu protagonismo na discussão das políticas públicas do governo.

O número de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) serve de termômetro para essa tendência de usar o STF como arena política.

De 1988, quando a Constituição garantiu aos partidos o direito de questionar a constitucionalidade de leis no STF, até 1994, apenas 69 ações diretas de inconstitucionalidade foram protocoladas no tribunal, conforme dados do STF.

Durante os oito anos do governo Fernando Henrique Cardoso, os partidos políticos protocolaram 320 ações indiretas de inconstitucionalidade. No governo Lula, especialmente pelas mãos do DEM e do PSDB, foram protocoladas 230 ações no STF.

Dentre as Adins protocoladas pela oposição no governo Lula, uma delas foi

capaz de impor uma derrota ao governo. Os ministros do Supremo julgaram inconstitucional uma Medida Provisória que abria crédito extraordinário de R\$ 1,65 bilhão no orçamento federal para obras de infraestrutura.

Assim, o presidente Lula está tomando cautela em fazer a sua última indicação para o STF no lugar do Ministro Eros Grau, tendo em vista esse cenário que será enfrentado pelo PT nos próximos anos. É sabido que, o presidente dará preferência por alguém que lhe seja próximo, pessoal e politicamente, sabendo-se ainda que o novo ministro, de alguma forma, chegará ao tribunal também pelas mãos da nova presidente, demonstrando assim, a forte influencia política que observa-se no Supremo Tribunal Federal.

6.2.3- OS REFLEXOS NA LEI DA FICHA LIMPA

Desde que o projeto da ficha limpa emergiu na pauta política nacional, surgiram dúvidas a respeito da judicialização da política, ao depositar nas mãos de um único juiz de primeira instância o poder de decidir quem poderá ou não ser candidato numa eleição. Tal como proposto inicialmente, a avaliação era de que o projeto concederia demasiado poder político a quem não o deveria ter – porque juízes não são escolhidos pelo povo – e a Constituição brasileira, em seu primeiro parágrafo, reza que:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

O projeto passou por revisão, com relatoria do deputado José Eduardo Cardozo (PT-SP). A alteração do texto definiu que em vez de um candidato ser considerado inelegível a partir de uma condenação em primeira instância, a inelegibilidade se daria mediante condenação de um colegiado de juízes.

A partir dessa revisão na Câmara dos Deputados, surgiram dúvidas se a lei da ficha limpa passaria ou não pelo exame de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Em agosto de 2008, a Associação dos Magistrados Brasileiros havia proposto uma ação para que juízes eleitorais pudessem negar pedidos de candidatura de pessoas condenadas em primeira instância. A ação foi indeferida, por unanimidade, pelo STF.

A rejeição iniciou-se com o ministro Celso de Mello, então relator, que invocou

o princípio constitucional da presunção de inocência que, a princípio, tem uma larga tradição no formalismo legalista brasileiro. Segundo o relator, como o princípio vale para todo o direito, nem mesmo uma lei específica poderia impedir uma candidatura de quem não estivesse definitivamente condenado.

Por vezes, pergunta-se até mesmo se o impedimento prático jurídico não seria o obstáculo jurídico, possibilitando no mais uma certa “jogada política” do Congresso Nacional ao aprovar a lei. Explico. Ao aprovar o projeto de lei de iniciativa popular, estaria o Congresso mostrando ao povo que eles “supostamente” estariam interessados na idéia de terminar com a corrupção política, mas no fundo estariam eles já apostando em uma inconstitucionalidade verificada pelo Supremo – que, diga-se de passagem, já foi apontada anteriormente, fazendo com que o povo não discuta a decisão do Supremo, posto acreditar indubitavelmente na seriedade e intelecto de tal corte.

Deste modo, agora mesmo terminado o segundo turno das eleições, os candidatos e eleitores ainda esperam pelo terceiro turno das eleições nos tribunais, tendo em vista que a decisão final dos eleitos em alguns Estados dependerá da apreciação de importantes aspectos da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, o que corrobora o papel político exercido pelos tribunais, como neste caso, em que, após a o exercício legítimo da democracia, quem irá decidir os futuros políticos serão os tribunais e não os eleitores.

Verifica-se, portanto, que o resultado das eleições dependerá da posição que será adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de aceitar a incidência da Lei da Ficha Limpa já para esta eleição ou se a mesma deverá observar o disposto no art. 16 da Constituição Federal, que assevera:

"A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência".

O Supremo Tribunal Federal também terá de decidir se, nos casos de processos que ainda estão em tramitação contra possíveis candidatos, que já foram declarados culpados por órgãos colegiados, mas que citadas decisões ainda não transitaram em julgado, eles devem ser considerados inelegíveis por força da Lei da Ficha Limpa ou se lhes deve ser aplicado o princípio de presunção de inocência

previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que assevera:

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória",

Isso porque não pode o § 9º do art. 14 da Constituição Federal criar situações de inelegibilidade sem a observância de tal cânone.

Verifica-se que tal impasse pode ultrapassar até mesmo o período de diplomação dos candidatos, sendo que a composição do próximo Congresso Nacional e mesmo da governabilidade de alguns Estados dependerão da decisão dos ministros da Suprema Corte, evidenciando um processo de judicialização da política, tendo em vista o princípio do monopólio jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ademais, tal fenômeno - a judicialização - não é novo no direito brasileiro, conforme exposto anteriormente, pois já se encontra presente na definição de políticas públicas, na saúde e em diversos setores privados.

A superexposição da Suprema Corte, principalmente em ano eleitoral informa que essa proeminência é uma consequência direta do excesso de atribuições conferidas ao STF pela Constituição de 1988. Nosso STF é ao mesmo tempo corte constitucional, tribunal de apelações e foro especializado. Essa arquitetura vem desgastando não apenas os ministros, como a própria capacidade da corte de se concentrar em questões realmente essenciais. Por outro lado, a ampliação do ativismo político do STF é uma decorrência dos vícios, das omissões e das incongruências do nosso Legislativo.

O julgamento da lei ficha limpa é mais um caso do aumento da judicialização da política no Brasil, ou seja, fazer o Judiciário legislar por vias tortas. Isso pôde ser visto ainda, nos casos em que o Judiciário acabou com a Lei de Imprensa e legislou proibindo a prática de nepotismo, onde os debates que deveriam acontecer no Congresso acabam indo parar no STF.

6.2.3- O CASO DO CESARE BATTISTI

O recente caso da extradição de Cesare Battisti põe também em relevo o surto de ativismo que se verifica atualmente no Brasil, tendo como protagonista o

Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa de estar em risco um direito fundamental.

Sabe-se que as relações internacionais são tema de competência do Poder Executivo, cabendo ao Presidente da República conduzi-las, nos termos do art. 84, VII, da Constituição Federal. Inserindo-se, pois, a concessão de asilo e de refúgio no campo das relações internacionais, a matéria é da alçada do Poder Executivo. Esse foi, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 785, julgada em 13 de setembro de 2001.

Em sendo a concessão do refúgio ato privativo do Poder Executivo, seu julgamento é questão "interna corporis", isto é, da competência política do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar no seu mérito. Assim: mérito de ato político não pode ser revisto judicialmente. O Poder Judiciário não pode sobrepor a sua própria valoração política à do Poder Executivo.

Por isso que, no julgamento do caso Cesare Battisti, o Supremo Tribunal Federal, mesmo deferindo a sua extradicação, decidiu, por maioria, que caberia ao Presidente da República a decisão final de entregá-lo ou não ao Governo italiano.

O caso Battisti é um bom exemplo dos conflitos e dos problemas enfrentados pelas instituições do nosso país. Neste caso, o órgão máximo do Judiciário, o STF, tomou para si a tarefa de contemplar um asilo político concedido por um membro do Executivo, o Ministro da Justiça.

Este caso foi importante para a distinção, ou melhor, a análise da tênue linha que separa os dois sistemas inter-independentes que são a Política e o Direito. Além disso, também nos mostra o crescente ativismo do Judiciário no país, expandindo sua área de ação em detrimento do arranjo institucional de nossa República Federativa.

A dúvida que impera observada no caso Battisti, seria o porque da avocação do Supremo pela necessidade de analisar o ato do Poder Executivo, sendo que a própria Corte decidiu que a execução caberia ao Presidente da República, através de ato discricionário. Apesar do Ministro Ayres Brito ter refutado a idéia de tutor do presidente nas relações internacionais, esta parece ser a explicação mais plausível no caso.

Deste modo, conforme dito anteriormente, no Brasil de hoje a Suprema Corte é vista pela população mediana da sociedade como um órgão responsável e super poderoso. Seu poder não é mal visto, mas é tido como algo muito válido, já que se

acredita que eles possuem um maior poder de discernimento dado que são “homens de toga” e de, teoricamente, maior capacidade intelectual. As palavras por eles proferidas soam a sociedade como verdade irrefutável como algo incontestável. São eles os capazes de decidir por nós sobre matérias que não conseguimos extrair de nossa Carta Maior.

A judicialização da política é mais do que a confusão entre sistemas que não se delimitam corretamente, não porque não querem mas devido a dificuldade em se dividir poderes em democracia. Decisões de um Poder que foi eleito no voto, majoritário, precisar ser crivado por uma corte não eleita é no mínimo estranho ao chamado pela democracia suscitado insistentemente pelo povo e as teóricas instituições da democracia; organizações não governamentais, sociedade civil organizada, mídia.

Podemos chegar a conclusão de que a judicialização da política, mais do que consequência da proximidade entre as esferas de Poder, é consequência da perpetuação da noção de ratificação das decisões dos outros poderes, principalmente aceita pela sociedade, em geral através de decisões que são diariamente veiculadas pela mídia popular.

7. DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO FUNCIONAL DE ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO STF

A partir da análise dos casos anteriores podemos inferir que no direito constitucional contemporâneo o juiz deixou de ter um papel passivo, ou seja, aquela

figura mítica que apenas pronunciava a vontade do legislador ou era o escravo da lei, cedeu lugar a um novo paradigma. “O novo juiz” transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas. A missão hermenêutica não é apenas a interpretação da lei ou da Constituição, mas de todo um acervo fático que repercute no conjunto de toda uma sociedade.

Assim, o Poder Judiciário não deve assumir uma postura passiva diante da sociedade, mas deve adotar uma 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.

Deste modo, por estarmos diante de um neoconstitucionalismo, com a conseqüência da judicialização da política, devemos reconhecer a construção de uma teoria constitucional que não se limite ao reconhecimento da organização das competências estatais. Ao contrário, devemos ver nossa Constituição de 1988 como uma constituição “invasora” que visa à efetivação dos direitos fundamentais e as garantias inerentes ao estado democrático. De modo a entendermos os traços fundamentais deste novo constitucionalismo, caracterizam-no os diversos estudiosos pelas seguintes premissas, que diferenciam distintamente com as experiências constitucionais precedentes: mais Constituição do que leis; mais juízes do que legisladores; mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; e mais concretização do que interpretação.

Diante deste papel conferido pela Constituição de 1988, torna-se crescente a necessidade de preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais, impondo-se ao juiz o exercício de uma atividade discricionária a visar à solução de casos difíceis em que os métodos tradicionais se tornaram insuficientes.

Deste modo, o STF teria um papel fundamental de concretizar os direitos fundamentais orientado por uma nova hermenêutica assentada em princípios e regras.

Em nosso ordenamento jurídico, o STF, ao assumir o controle de constitucionalidade, passou a ser o mais importante guardião da Constituição e dos direitos fundamentais contra as violações que possam atingir as garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes.

No caso de controle de constitucionalidade, onde a Suprema Corte declara a

inconstitucionalidade de um preceito, expressando uma outra norma no lugar de tal parte para que se compatibilize com a Constituição, o Tribunal está proferindo uma sentença substitutiva.

Essa norma substitutiva é criada pelo próprio tribunal, implicando a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial, como o denomina Pietro Sanchís, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. No entanto, alguns juristas entendem que, embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, de que desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto passível de controle pela crítica do seu comportamento.

Diante deste quadro, não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo para o Poder Judiciário.

Como fato ilustrativo desse judiciarismo, tem-se em alguns países centrais, ao mesmo tempo as Cortes Constitucionais que controlam o Poder Legislativo, e os Tribunais de Contencioso Administrativo, que controlam as ações do Poder Executivo, e as Cortes de Cassação que impõem a sua visão do direito aos demais órgãos do Poder Judiciário- como ressalva Alfonso Figuerola, citando Guastini- e tudo isso no âmbito de uma estrutura fechada e fortemente hierarquizada, o que, tudo somado, nos sugere comparar essa nova ordem jurídica a um modernista edifício judicial, construído, sobre os escombros da velha pirâmide normativa de Kelsen.

Apesar dessa necessidade de se contemplar o neoconstitucionalismo, que possui como característica essencial o ativismo judicial, devemos reconhecer que este poder normativo do STF e do Judiciário, em geral, deve sofrer limitações, de modo a não usurpar a competência dos Poderes Judiciário e Legislativo. Assim, a atuação do Poder Judiciário não pode representar qualquer incompatibilidade com o regime político democrático. A expansão do ativismo judicial deve ser vista, por um lado, como positiva, no sentido de efetivar os direitos fundamentais e as garantias do estado democrático, mas essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: a garantia aos direitos dos cidadãos e, portanto, o limite a cada poder político, e assecuração da soberania popular.

Destarte, conforme demonstrado a partir da análise dos julgados do STF e do

TCFA a adesão à judicialização não pode significar a negativa do papel indispensável que exerce o Poder Legislativo nas democracias contemporâneas, sendo este, portanto o maior limite à atuação dos tribunais constitucionais.

8. CONCLUSÃO

O paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, entrou em crise há muito tempo e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus mais conhecidos formuladores.

Cumprir agora repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, como princípio dependerá da sua adequação, como prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição.

Noutras palavras, impõe-se re-interpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação Legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação Política do Poder Judiciário, sobretudo nas modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais.

No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais.

Consequentemente à essa reformulação do princípio da separação dos poderes, com a judicialização da política, o paradigma de magistrado atual é de “um novo juiz” que se transformou em partícipe da sociedade e defensor da democracia, tendo em vista que a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas. A judicialização da política deste modo, “desconstruiu” o modelo superado de hermenêutica identificada com a interpretação formal e transformou o juiz no mais importante guardião da Constituição, dos direitos fundamentais e de defensor contra

as violações às garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes.

Fora observado que na Alemanha, a judicialização da política corresponde a um papel pró-ativo do juiz que assume a responsabilidade pelo respeito à integridade da função dos poderes constituídos, ao mesmo tempo que se torna ator principal da concretização dos valores democráticos e dos direitos fundamentais.

No Brasil, verificou-se que a doutrina brasileira, adere, com algumas discrepâncias, à judicialização da política, ao reconhecer a relevância dos princípios constitucionais e no papel que o juiz tem na aplicação dos valores constitucionais sem descuidar dos fundamentos democráticos e republicanos.

Na polêmica acerca da judicialização da política no Brasil, não foi possível chegar à uma posição firmada sobre a positividade ou não de sua prática. No entanto o presente artigo visou apenas despolitizar a polêmica, rejeitando posturas fundamentalistas dos que não admitem sequer discutir o assunto, imbuídos da crença de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático, em que quem não tem votos não tem legitimidade para emitir comandos com força de lei.

Ao mesmo tempo, buscamos esclarecer que embora os juízes não possuam legitimidade de origem para produzir normas jurídicas, de certa maneira, adquirem-na com a aprovação social do seu comportamento; e ainda argumentando-se que sem a participação vivificadora dos seus intérpretes/aplicadores as leis permaneceriam textos frios inacabados.

A conclusão que se chega é a de que a atividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o intérprete/aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que ele deve desenvolver racionalmente, através da interpretação criadora. Essa interpretação pode ser considerada como uma atividade legítima, que o juiz desempenha -naturalmente - no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado à margem da lei.

A interpretação jurídica não consiste em pensar de novo o que já foi pensado, mas em saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outrem, observando-se sempre que toda norma, como objeto cultural está sempre aberta a novas interpretações.

Deste modo, as normas só vigeriam na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito, não sendo, pois o Legislador autor material da

lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor. Assim, o silêncio desse legislador ideal, que pode desautorizar qualquer interpretação, mas se abstém de fazê-lo confere legitimidade à compreensão que atribuem às normas os juízes e tribunais;

O sentido jurídico, deste modo, sendo externo às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente. Por isso, sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador, este não realizaria o ideal de justiça, que consiste em dar a cada um o que é seu.

Concluimos ainda não ser fácil, em muitos casos, discriminar se a decisão jurídica não foi também um ato político e o mesmo se dá no caminho inverso, conforme a análise dos casos do STF e do TCFA.

Na maioria da vezes o Supremo Tribunal Federal se manifesta, expressando que apenas expediu uma sentença de perfil aditivo quando decidiu regular uma matéria em que houve vácuo legal, criando regras ou aplicando legislação similar até que uma lei seja criada. Essa "sentença de perfil aditivo" quer dizer pura e simplesmente, no caso, definir uma legislação inédita sobre a vida política que, no Legislativo, seria tratada como novo artigo sobre uma lei. Com a "sentença de perfil aditivo" o Supremo substituiu-se politicamente ao Legislativo na pressuposição de estar somente agregando hermenêutica jurídica a um corpo preexistente, mas que na verdade trata-se explicitamente de uma decisão jurídica com cunho político.

A tese do vácuo legal sobre a reforma política é unanimemente aceita por juristas, comentaristas e diversos líderes partidários. No entanto, seria legítimo pretender uma reforma, mas de modo algum justificá-la por putativa existência de algum vácuo, jurídico ou político, dada a pouca transparência do diagnóstico.

Analisamos que a relação entre o Legislador e o Tribunal Constitucional Federal Alemão - busca um equilíbrio, assim como deveria ser feito no caso do Brasil.

O delineamento da análise do constitucionalista alemão Klaus Schlich foi bastante oportuno, ao contribuir para restabelecer uma compreensão entre o direito e a política. Enquanto, no nosso presente debate a respeito da judicialização da política, os nossos cientistas políticos brasileiros atuam com o objetivo de preservar o papel do legislador, Schlich caminha num espírito de alcançar um equilíbrio. De um lado, adverte ao TCFA de atuar de modo mais limitado, para não encorajar os

partidos de oposição, na perda da disputa política, de baterem as portas do Verfassungsgericht. Tal fato, aconteceu conosco na judicialização da política dos anos 90 em que, com o alargamento da legitimidade de propositura de medidas de inconstitucionalidades, artigo 103 da CF de 88, os partidos de oposição recorreram de forma sistemática ao STF.

A partir desse artigo, concluímos que o Poder Judiciário ao praticar a judicialização da justiça assume o papel de promover a democracia, manter o Estado de Direito, decidir sobre a soberania do país e tratar sobre a política externa do país. No entanto, negativamente verificamos que não deveria ter sido esta a função conferida à Suprema Corte de nosso país, pois ao fazê-la, conferindo-lhe o poder de crivo das ações e o poder de julgamento da constitucionalidade das leis, fez com que o Poder Legislativo se enfraquecesse na visão do povo e levando a entender que o legislador seria aquele desprovido de conhecimento e que age única e exclusivamente para conseguir sua perpetuação no poder.

De outro lado, conforme analisado por Klaus Schlaich, o grande conselho dado ao TCFA foi o de agir com cautela, para preservar uma competência funcional do TCFA conforme sistematizado também por Konrad Hesse.

A advertência final que Schlaich dirige ao Tribunal Constitucional alemão de adotar um "termo médio" nessa questão pode muito bem ser dirigida ao Supremo Tribunal Federal: "a idéia de compensar as deficiências do procedimento parlamentar mediante intervenções do Tribunal Constitucional pode ter como efeito que as deficiências sejam aceitas rapidamente como inevitáveis, e que cada dia se reforce mais. Isso é algo que o Tribunal deve evitar. Sem embargo, ao mesmo tempo não pode o Tribunal esquecer sua missão de dotar de plena eficácia a Constituição."

Concluindo, utilizamos das palavras do constitucionalista alemão Peter Häberle, para o qual " Os Sistemas presidencialistas em países jovens requerem o contrapeso de fortes tribunais constitucionais". Ou seja a atuação do Judiciário na linha de frente não deve ser permanente, mas é necessária quando os Poderes Legislativo e Executivo estão ocupados demais na briga pelo poder para cuidar de suas obrigações para com o povo que elegeu seus representantes.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html

CITTADINO, Gisele. "Judicialização da Política. Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes". In VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COING, H. "*Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Colonia/Opladen*" (1959).

DE CARVALHO, Ernani Rodrigues. "*Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*". Publicado em maio de 2004. <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf> .Acessado em 27.10.2010.

DE CASTRO, Marcos Faro. "*O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*" . http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm. Acessado em 10.11.2010.

DWORKIN, R. (1985), "Political judges and the rule of law", in id., *A Matter of Principle*, (pp. 11-32). Cambridge, Harvard University Press.

FERREIRA FILHO, M. G. (1994), "*O Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*". *Revista de Direito Administrativo*, 198: 1-17.

KELSEN, H. 1951. *Teoria Geral do Estado*. Coimbra : A. Amado.

KÖNIG, Doris. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht – ein Stolperstein auf dem Weg in die europäische Integration? *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, v. 54, 1994. pp. 17-94.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. “*Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.*” Publicado em 2002. <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acessado em 30.10.2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Judicialização da política.” Publicado em maio de 2003. <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acessado em 03.11.2010

SECONDA. Charles-Louis de (Montesquieu). *Do Espírito das Leis. Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro Terceiro.

TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (ores.). (1995), *The global expansion of judicial Power*. New York, New York University Press.

VIANA, Luiz Werneck; DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. (1999) Rio de Janeiro: Editora Revan.