

O controle de constitucionalidade alemão: a participação popular na jurisdição constitucional e o ativismo judicial

German judicial review: popular participation in constitutional jurisdiction and judicial activism

Otávio Augusto Vieira Bomtempo

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM. Aluno dos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu nas áreas de Direito Público e de Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Estagiário de Pós-Graduação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5529675598791781>
E-mail: tavinho_bomtempo@hotmail.com

Resumo: Após a Segunda Guerra Mundial, com a superação dos postulados positivistas, a República Federal da Alemanha promulgou a Lei Fundamental de Bonn, criando o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Ao referido tribunal, couberam a interpretação do texto maior à luz de um sistema de valores e o exercício do controle de constitucionalidade das leis alemãs, por meio do controle abstrato, do controle concreto e do Recurso Constitucional. Com a análise dos aludidos mecanismos, percebe-se a ampla participação popular na jurisdição constitucional, especialmente no que concerne ao Recurso Constitucional. Por outro lado, observa-se o franco Ativismo Judicial nas decisões do Tribunal Constitucional Federal que, por vezes, tem atuado como verdadeiro legislador positivo. Entretanto, tal atuação, no sentir de Dworkin, não ofenderia o regime democrático nem a separação de poderes, sendo necessária para o reforço ao respeito e à guarda da Lei Fundamental.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Tribunal Constitucional Federal. Democracia.

Abstract: After the Second World War, with the overcoming of positivist postulates, the Federal Republic of Germany enacted the Basic Law of Bonn, creating the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). In this court, the interpretation of the larger text in the light of a value system and the constitutionality control of German laws, through abstract control, concrete control and Constitutional Remedies, were taken into account. With the analysis of the aforementioned mechanisms, one can perceive the wide popular participation in the constitutional jurisdiction, especially with regard to the Constitutional Appeal. On the other hand, there is a strong Judicial Activism in the decisions of Germany Constitutional Court that, sometimes, has acted as a true positive legislator. However, such performance, in the sense of Dworking, would not offend the democratic regime nor the separation of powers, being necessary to strengthen the respect and the guard of the Basic Law.

Keywords: Judicial review. Federal Constitutional Court. Democracy.

1 Introdução

Após a Segunda Grande Guerra, surge, no cenário mundial, o movimento teórico do Pós-Positivismo, que veio conferir um novo modelo de análise jurídica, imbuído de caráter notadamente axiológico, segundo o qual o ser humano seria o fim do Direito.

Nesse contexto, em 23 de maio de 1949, a parte ocidental da Alemanha, a então República Democrática da Alemanha, promulgou a Lei Fundamental de Bonn, criando o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), responsável por declarar a inconstitucionalidade de leis federais e por se pronunciar acerca da incompatibilidade de leis estaduais em face de leis federais.

Dessa forma, como guardião da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional Federal alemão dispõe de três mecanismos para efetuar o controle de constitucionalidade: o controle abstrato/concentrado, o controle concreto/difuso e o Recurso Constitucional, sendo, este último, o mais democrático e o mais utilizado no país.

Entretanto, com a análise pormenorizada dos institutos alemães de controle de constitucionalidade, percebe-se, por vezes, a supremacia do Tribunal Constitucional Federal em relação aos demais poderes. Nesse cenário, indaga-se: o fato de o efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional, em sede de controle de constitucionalidade, estender-se também ao Poder Legislativo não acarretaria a fossilização da Lei Fundamental? A jurisprudência de valores não permitiria ao Tribunal Constitucional Federal atuar como verdadeiro legislador concorrente? Tal ativismo judicial não feriria os postulados da democracia e da separação harmônica dos poderes?

Nesse prisma, o presente estudo tem como objetivo analisar o controle de constitucionalidade alemão, notadamente quanto ao contraponto entre a participação popular à jurisdição constitucional e o ativismo do Tribunal Constitucional Federal no seu mister de proteger os direitos fundamentais do povo germânico.

2 O pós-positivismo e a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão

Após a Segunda Grande Guerra, com a superação dos pressupostos positivistas, surge no cenário mundial o movimento teórico do Neoconstitucionalismo/Pós-Positivismo que, imbuído de caráter notadamente axiológico, veio conferir um novo modelo de análise jurídica à luz dos ideais neokantistas.

Com tal movimento, foi reconhecida a premissa da primazia do ser humano para o universo jurídico, com base nas ideias de Kant (2004, p. 52), segundo o qual “o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo”, fonte teórica para o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo rígido contido em todos os direitos fundamentais.

Assim, o Direito passou a ser norma e valor, sendo que os princípios passaram a ter força normativa, apresentando um caráter cogente, impositivo, de aplicação imediata, tendo Robert Alexy um papel importante na sistematização da jurisprudência de valores.

Verifica-se, pois, a “Constituição como valor em si”, possibilitando um maior exercício quanto à defesa e à efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os de terceira dimensão. Nessa ordem de ideias, Norberto Bobbio (1992, p. 11) afirma que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”.

Nesse sentir, Daniel Sarmento (2003) explica que os direitos fundamentais, ao lado de sua configuração subjetiva, possuem uma dimensão objetiva que deve refletir os valores fundamentais da ordem jurídica, irradiando seus efeitos sobre toda ela. A respeito da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, ele discorre:

a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nessa linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”. (SARMENTO, 2003, p. 253-254).

Desse modo, a “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais permite ao Poder Legislativo elaborar a lei, à Administração Pública governar e ao Poder Judiciário resolver os conflitos, buscando consagrar os ditames da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social (SARMENTO *apud* LENZA, 2014).

Com efeito, com o advento do Pós-Positivismo, o Poder Judiciário assumiu a figura central nos ordenamentos jurídicos, que passaram a adquirir densidade normativa ante as atuais tendências do Direito Constitucional contemporâneo.

Nesse diapasão, em 1949, a parte ocidental alemã, conhecida por República Federal da Alemanha (RFA), promulgou a Lei Fundamental de Bonn. Nessa oportunidade, o Poder Constituinte Originário Tedesco, no Título IX, previu a criação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), primeiro tribunal constitucional nesse período.

O Tribunal, sediado em Karlsruhe, além das competências de solução de conflitos federativos, passou a deter o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis alemãs. Dessa forma, foi o precursor da análise da Constituição como ordem objetiva ou vinculante de valores, instrumental à garantia dos direitos fundamentais (CRUZ, 2006, p. 5-6), tendo desenvolvido uma aprofundada teoria de direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal detém autonomia administrativa e financeira e entrou em exercício apenas em 1951. Ele compõe-se de dezesseis ministros eleitos metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) e metade pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), com dois terços dos votos. Para serem eleitos, os candidatos devem ter idade compreendida entre 40 e 68 anos, não podendo ser integrantes dos órgãos legislativos federais e estaduais ou dos Governos Federal e estaduais. Ao se

empossarem no cargo, exercem seu mister pelo prazo de 12 anos, sendo vedada a reeleição.

Os ministros são divididos em dois Senados e suas decisões são tomadas por maioria simples dos membros de cada um dos órgãos. Como possuem dezesseis membros, no caso de empate, não se declara a inconstitucionalidade da norma impugnada.

Desse modo, a partir da existência de um sistema jurídico mais complexo e hierarquizado, com a rigidez e a supremacia da Lei Fundamental de Bonn, o controle de constitucionalidade pôde se desenvolver na Alemanha, cabendo ao Tribunal Constitucional Federal essa importante tarefa na construção do Estado Democrático de Direito.

3 As espécies do controle de constitucionalidade Tedesco

O controle de constitucionalidade tem como objetivo adequar as normas jurídicas às suas normas fundamentais, do ponto de vista material e formal, atuando como verdadeira arma contra ataques aos direitos fundamentais, consagrados nos textos *magnum*.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade visa a oferecer harmonia e unidade a todo arcabouço legal de um ordenamento jurídico. Assim, impede a existência de atos normativos contrários à Constituição e ao próprio Estado de Direito.

No caso alemão, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal apenas de forma repressiva, não havendo, portanto, o controle preventivo (MENDES, 1999). Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal dispõe de três mecanismos principais para efetuar sua função: o controle abstrato/concentrado, previsto no artigo 93.1. n° 2 e 2a da Lei Fundamental, o controle concreto/difuso, previsto no artigo 100, e o Recurso Constitucional, no artigo 93.1.4a.

Ressalta-se que, no modelo alemão, há a possibilidade de se decretar a inconstitucionalidade de leis anteriores à Lei Fundamental de Bonn, segundo a Teoria da Inconstitucionalidade Superveniente.

3.1 O controle abstrato

O modelo de jurisdição concentrada concebido por Kelsen e consagrado pela Constituição austríaca de 1920-1929 foi adotado, inicialmente, na Itália e na Alemanha. No modelo alemão de controle abstrato, há apenas uma arguição de inconstitucionalidade, que pode ser promovida, de forma escrita, perante o Tribunal Constitucional Federal.

De acordo com o artigo 93.1.3 da Lei Fundamental, são partes legítimas para propor esse controle: o Governo Federal, os Governos Estaduais e um terço do Parlamento Federal, sendo dispensável a figura do advogado, exceto em audiências. Destaca-se que o mencionado procurador pode ser substituído por um professor de Direito.

Do texto maior, extrai-se que podem ser objeto do controle concentrado as hipóteses de: incompatibilidade de lei federal com a Lei Fundamental; ofensa de lei

estadual à Lei Fundamental e desrespeito de lei estadual à lei federal. Ressalta-se que o termo “lei” deve ser entendido de modo amplo, abrangendo, inclusive, emendas constitucionais e costumes válidos e reconhecidos.

Ademais, para a propositura da arguição, que não está sujeita a prazo, faz-se necessária a existência de dúvida ou de controvérsia acerca da constitucionalidade. Compreendem-se por dúvida os fortes indícios e argumentos que demonstrem ser o ato normativo impugnado inconstitucional, que gerem insegurança jurídica, e, por controvérsia, a divergência entre pessoas distintas. No caso de desistência do pedido, o controle não será interrompido, por ser questão de interesse público.

Por fim, durante a instrução, há a possibilidade de o Tribunal Constitucional Federal adotar diversas providências, como a realização de perícias, a manifestação de outros órgãos e a oitiva de *experts*.

3.2 O controle concreto

O artigo 100 da Lei Fundamental de Bonn prevê a possibilidade de se aplicar o controle difuso de constitucionalidade em três hipóteses. A primeira ocorre quando, no curso de um processo, suspeitar-se da inconstitucionalidade de uma lei de cuja validade dependa a solução do feito. Nesses casos, o juiz, entendendo padecer a lei questionada de vício, deverá suspender o feito e remeter a questão para o Tribunal Constitucional Federal, que se pronunciará a seu respeito.

A segunda hipótese de controle concreto de constitucionalidade alemão é quando houver dúvida acerca da vigência, no sistema alemão, de regra de Direito Internacional Público e se ela cria direitos e obrigações. Nesse caso, tal regra se mostra importante visto que as normas gerais de Direito Internacional Público fazem parte do direito federal. Desse modo, de acordo com o artigo 25 da Lei Fundamental, elas se sobrepõem às leis e constituem fonte direta de direitos e de obrigações.

Por derradeiro, a terceira hipótese de controle difuso amolda-se às situações quando, na interpretação de uma lei, o Tribunal de algum Estado se afastar da posição do Tribunal Constitucional Federal ou de outro da federação. Verifica-se, destarte, que a finalidade dessa última hipótese é minimizar a existência de decisões conflitantes, ao mesmo tempo em que evita o engessamento da jurisprudência.

3.3 O recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*)

Previsto no artigo 93.1.4a da Lei Fundamental de Bonn, o Recurso Constitucional é um remédio extraordinário útil quando houver ofensa a direitos fundamentais ou assemelhados (*Grundrecht*).

Tal mecanismo permite uma ampla participação popular na jurisdição constitucional, uma vez que franqueia acesso direto dos cidadãos, das pessoas jurídicas e dos estrangeiros ao Tribunal Constitucional Federal, independentemente do pagamento de custas ou de assistência de advogado. Além disso, a Lei Fundamental assegura o direito dos municípios e das associações comunais de opor o aludido remédio contra lei ofensiva ao direito de autoadministração.

O Recurso Constitucional é utilizado apenas depois de esgotadas todas as vias judiciais e se a ofensa permanecer. No entanto, os princípios da subsidiariedade e do esaurimento da via judicial podem ser afastados nas hipóteses de questões de interesse geral ou se o trâmite nas instâncias ordinárias puder acarretar prejuízo de difícil ou de incerta reparação.

O impetrante deve observar os prazos de interposição: para os casos de impugnação de decisão judicial, é de um mês a contar da data de sua prolação e, para os atos não passíveis de controle judicial, um ano a partir da publicação do ato. Verifica-se que, quando do juízo de admissibilidade pelo Tribunal Constitucional Federal, a decisão proferida não é passível de recurso nem tem que ser, necessariamente, fundamentada. A decisão que julga o Recurso Constitucional tem natureza anulatória.

Vislumbra-se que é o instrumento mais utilizado no controle de constitucionalidade alemão:

Heck (1995) nos fornece uma estatística impressionante do Tribunal Constitucional alemão no período compreendido entre 1951 e 1993. Nela, o controle incidental, concreto e concentrado apresentou um total de 2.846 (dois mil, oitocentos e quarenta e seis) processos e o número de recursos constitucionais somou 91.813 (noventa e um mil, oitocentos e treze). De outro lado, o controle abstrato de normas chegou a apenas 122 processos!!! (CRUZ, 2004, p. 364)

Nesse norte, tem-se que o Recurso Constitucional perfaz 95% do trabalho da Corte Constitucional (JAEGGER, 2003, p. 149).

Insta salientar que, no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, relativamente às origens do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), havia a proposta de se permitir o amplo acesso de qualquer cidadão ao Supremo Tribunal Federal, por meio do inciso II do artigo 2º da Lei n.º 9.882/99, o qual foi vetado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, para não inviabilizar os trabalhos do Pretório Excelso.

Nessa linha de raciocínio, Frederico Barbosa Gomes (2010, p. 161) evidencia que

[...] fica-nos claro que a preocupação dos legisladores/governantes têm sido apenas com a governabilidade e não a de fazer com que a Constituição seja um instrumento de garantia, defesa e promoção dos direitos fundamentais. Adotando-se essa postura, não resta a menor dúvida de que a instituição de um mecanismo de controle nos moldes do recurso constitucional alemão não seria do interesse dos que governam; iria atrapalhar muito!

Em contrapartida, é necessário destacar que a posição adotada pelo ex-presidente ao vetar tal inciso não seria, de todo, desarrazoada, segundo elucidação de Ives Gandra Martins e de Gilmar Mendes (2009, p. 25):

o número de processos julgados ou recebidos pela Corte Constitucional alemã, entre 1951 e 2007 (169.900 processos), é equivalente ao número de pleitos que o STF recebe em um ano. Assinale-se que, em períodos de maior crise, a Corte

Constitucional alemã jamais recebeu um número superior a 5.911 processos em um mesmo ano.

Independentemente de qualquer divergência, pode-se afirmar que o Recurso Constitucional é o instrumento mais importante do controle de constitucionalidade alemão, tendo influenciado a criação do Recurso de Amparo na Espanha.

4 Os tipos de decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal em sede de controle de constitucionalidade e os seus efeitos

As decisões do Tribunal Constitucional Federal adotam, como regra, o princípio da nulidade da norma inconstitucional, que confere caráter retroativo às decisões. Conforme indica Daniel Sarmiento (2001, p. 136), “a doutrina dominante o deduz como corolário do postulado da supremacia da Constituição”.

De acordo com Gilmar Mendes (1999) e com a teoria das nulidades, ao ato normativo com vício pode haver a declaração de nulidade: como unidade técnica; total; como extensão e parcial.

A declaração de nulidade como unidade técnica pressupõe a incompatibilidade de todos os dispositivos de uma norma com a Lei Fundamental. Diferentemente, a declaração de nulidade total, embora apenas uma parte da lei padeça viciada, declara-se toda a lei inconstitucional para evitar percalços.

Já a declaração de nulidade por extensão, apenas uma parte da lei teve sua constitucionalidade questionada. Entretanto, o Tribunal Constitucional Federal verifica que a parte omitida também padece do mesmo vício, declarando-se inconstitucional toda a lei. Por fim, quanto à declaração de nulidade parcial, apenas parte da norma padece de vícios, podendo a outra ser normalmente aplicada, com ou sem redução de texto.

Nesse sentido, uma vez declarada inconstitucional, a lei se torna nula e a declaração produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de sua edição.

Por outro lado, devido à jurisprudência de valores, o princípio da nulidade da norma inconstitucional tem sido flexibilizado, o que permitiu a construção de diversas outras formas de decisões: a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a interpretação conforme a Constituição e o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*).

Na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), o Tribunal Constitucional Federal reconhece o vício da norma, mas se abstém de pronunciar a sua nulidade, em virtude da segurança jurídica e do respeito à discricionariedade legislativa. Tal decisão pode ocorrer nos casos de ofensa ao princípio da isonomia e de omissão legislativa parcial. Nos casos de tal declaração, não haverá efeitos retrospectivos, de modo que lhes caberá o efeito *ex nunc*.

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica baseada na presunção de constitucionalidade das leis que, uma vez aliada a uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, procura encontrar uma hipótese interpretativa compatível com o texto magno. Desse modo, permite-se que a norma impugnada possa ser considerada constitucional.

O apelo ao legislador ou situação ainda constitucional (*Appellentscheidung*) ocorre nos casos em que se entende a lei ainda constitucional, mas que está em processo de inconstitucionalização, seja em razão de situações fáticas ou jurídicas. Nessa senda, o Tribunal Constitucional Federal adverte o legislador para que promova as alterações legislativas necessárias. Cruz (2004, p. 182) enfatiza que o apelo da Corte Constitucional praticamente tem força de encaminhamento de um projeto de lei.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que as decisões do Tribunal Constitucional Federal ainda apresentam os efeitos *erga omnes* e vinculante. Quanto ao efeito *erga omnes*, a decisão transcende os efeitos da coisa julgada para além dos limites subjetivos da lide. No que tange ao efeito vinculante, a decisão obriga a todos os órgãos da Administração Pública, ao Poder Judiciário e, até mesmo, ao Poder Legislativo. Notadamente, apenas a própria Corte Constitucional não é atingida por esse efeito, podendo mudar sua posição. Ademais, destaca-se que tal efeito abrange tanto a parte dispositiva, quanto os motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

Por fim, no controle de constitucionalidade alemão não existe a possibilidade da manipulação temporal dos efeitos da coisa julgada. Logo, para retardá-los, a alternativa existente é atrasar a publicação do acórdão.

5 A participação popular na jurisdição constitucional e o ativismo judicial na Alemanha

Conforme explicitado anteriormente, o Recurso Constitucional alemão franqueia acesso direto dos cidadãos, das pessoas jurídicas e dos estrangeiros ao Tribunal Constitucional Federal nos casos de lesão aos direitos fundamentais, independentemente do pagamento de custas ou de assistência de advogado.

Entretanto, Peter Häberle (2003, p. 121) pondera que, segundo estatísticas oficiais, 97% dos recursos são recusados por câmaras da Corte Constitucional, formadas por três juízes. Ademais, verifica-se que somente 2,7% de tais recursos obtêm êxito.

Independentemente de tais termos percentuais, o Recurso Constitucional alemão é um dos mais relevantes instrumentos de interpretação e de construção do direito constitucional. Desta forma, ressalta Gomes (2010, p. 177):

[...] ora, o povo lá é visto não como mero espectador que deve esperar que o Leviatã, onisciente e onipresente, diga-lhe o que é a Constituição. Não, lá os alemães têm a possibilidade de participar da construção da sociedade que eles querem para si, através do exercício do papel de guardião da Constituição que efetivamente detêm.

Sem dúvidas, o mecanismo do Recurso Constitucional alemão garante uma aproximação entre as esferas que tomam as decisões e o povo, possibilitando a construção de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”.

Com efeito, não apenas o Recurso Constitucional, mas também os mecanismos de controle abstrato e concreto de constitucionalidade representam a consagração do modelo neoconstitucionalista na Alemanha, uma vez restaurada a ordem no pós-

guerra. Assim, conforme a história demonstrou ao povo germânico, por meio da catástrofe do período nazista, em que diversas pessoas foram mortas sem que o Poder Judiciário alemão se antepusesse a tal realidade, tornou-se necessário eleger um parâmetro superior à própria legalidade para a defesa e a garantia de direitos fundamentais.

Nesse panorama, com o advento do movimento pós-positivista, concretizador de um catálogo de direitos fundamentais, com inovações hermenêuticas e onipresença dos princípios e das regras, o Poder Judiciário começou a assumir a figura central em diversos ordenamentos jurídicos, notadamente na Alemanha. Entretanto, a jurisprudência de valores permitiu ao Tribunal Constitucional Federal assumir, muitas vezes, uma verdadeira função de legislador concorrente ou mesmo de Poder Constituinte Originário, de acordo com a ótica do Ativismo Judicial.

O ativismo pressupõe que o Poder Judiciário estabeleça um conjunto de ações ou de métodos de trabalho que elasteça o seu círculo de atribuições. Nesses termos, é possível se falar, hodiernamente, no grande impulso mundial em direção a um ativismo sem precedentes. Para Luís Roberto Barroso (2010, p. 6), é um fenômeno mundial, e “nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”.

No atual mundo interligado, os sistemas jurídicos sofrem mútuas influências e, dessa forma, Mauro Cappelletti (1999, p. 110-130) conclui que a inevitável criatividade dos juízes aplica-se tanto à família da *common law* quanto à família da *civil law*.

No sistema *common law*, a decisão judicial ocupa dupla função: faz coisa julgada e tem valor de precedente. Desse modo, a jurisprudência ocupa o posto de fonte formal do direito, pois molda os quadros nos quais as decisões judiciais devem se mover (RE, 1994, p. 282).

Já na família romano-germânica, as decisões judiciais são fontes secundárias do direito, devendo se mover dentro de quadros estabelecidos pelo legislador. Para Elival Ramos (2010, p. 105), “sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos [futuros]”.

No caso alemão, ao Tribunal Constitucional Federal cabe a identificação dos valores constitucionais insculpidos na Lei Fundamental de Bonn, exercendo precipuamente o controle de constitucionalidade. Todavia, para a doutrina, algumas atuações da Corte Constitucional revelam um caráter superior às atuações dos demais Poderes, como, *v. g.*, o instituto do apelo ao legislador, o controle de admissibilidade do Recurso Constitucional, de cuja rejeição, que dispensa fundamentação, não cabe recurso e o efeito vinculante das decisões do Tribunal, em sede de controle de constitucionalidade, extensivos ao Poder Legislativo, pontos que podem ser entendidos como típicos do ativismo judicial.

Tendo em vista o instituto do apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), Gilmar Mendes (1999) salienta que diversos doutrinadores alemães questionam a ausência de base legal para a adoção de tal decisão. Nesse lamiré, para muitos estudiosos, não seria função do Tribunal Constitucional Federal compensar o déficit do processo de decisão parlamentar.

São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte ao legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes (KOMMERS *apud* VALLE, 2009, p. 28).

A respeito do controle de admissibilidade do Recurso Constitucional, verifica-se que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal não é passível de recurso nem tem que ser, necessariamente, fundamentada, o que pode acarretar eventuais arbitrariedades. Nessa linha de pensamento, o retrocitado instituto que, em tese, permitiria ampla participação popular na jurisdição constitucional, seja pela desnecessidade de pagamento de custas ou de assistência de advogado, desvincular-se-ia de seu propósito maior.

Nada obstante, os dados estatísticos revelam, conforme já explicitado, que 97% dos recursos são recusados por câmaras da Corte e que somente 2,7% dos requerimentos admitidos logram êxito. Trata-se de verdadeira jurisprudência defensiva por parte do Tribunal, que, notadamente, diz o direito segundo seus próprios critérios de conveniência e de oportunidade.

Por fim, observa-se que as decisões do Tribunal Constitucional Federal, quando da realização do controle de constitucionalidade, vinculam todos os órgãos da Administração Pública, o Poder Judiciário e, até mesmo, o Poder Legislativo, com a ressalva apenas da própria Corte Constitucional, que pode mudar sua posição. Os opositores ao efeito vinculante ao legislador afirmam que tal direcionamento à atuação legislativa diminuiria a legitimidade do espaço democrático-representativo, o que poderia acarretar bloqueio, fossilização e petrificação da interpretação constitucional, além da rígida fixação do futuro, um perigoso risco de eventual erro vinculante (SIMON, 1996, p. 842).

Na sequência, em que pesem as severas críticas desferidas à atuação do Tribunal Constitucional Federal, em verdade, a mencionada Corte tem sido responsável por profundas mudanças legislativas necessárias para a realidade alemã. Entretanto, até que ponto sua atuação se coaduna com a harmônica separação dos poderes e com os demais postulados do Estado Democrático e Constitucional de Direito?

6 O ativismo judicial alemão à luz da superação do dogma constitucional da separação de poderes e do conceito de democracia para Dworkin

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas por Aristóteles, em sua obra “Política”, em que o pensador identificou o exercício de três funções estatais distintas, concentradas nas mãos de uma única pessoa: o soberano.

Posteriormente, com o advento dos ideais do liberalismo, a burguesia inicia sua luta pelo poder político, buscando uma forma de limitação ao poder absolutista estatal.

Nesse cenário, John Locke, em sua obra *Segundo tratado do governo civil*, e Montesquieu, por meio de *O espírito das leis*, desenvolvem os sustentáculos da moderna teoria da separação dos poderes, que veio estabelecer mecanismos de fiscalização e de responsabilização recíproca dos poderes estatais, o conhecido sistema de “freios e contrapesos” (LENZA, 2014).

Dessa forma, as funções de administrar, de legislar e de julgar, independentes e harmônicas entre si, foram se aperfeiçoando dentro das três esferas distintas do poder: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Entretanto, com o passar do tempo, as falhas e as omissões das estruturas do poder foram sentidas, ensejando a constante relativização do dogma constitucional da separação de poderes.

Em se tratando do Poder Executivo, com a consolidação do sistema capitalista e com o conseqüente crescimento das desigualdades sociais, o Estado teve que abandonar sua postura negativa e passou a exercer uma função positiva, assegurando as garantias mínimas para possibilitar a existência digna de todos: os chamados direitos de segunda dimensão. Porém, conforme é cediço, os recursos costumam ser escassos e as carências da sociedade são inúmeras.

Quanto ao Poder Legislativo, especialmente após a segunda metade do século XX, com o advento dos ideais pós-positivistas, os parlamentos vêm enfrentando uma crise de representatividade. Nesse ambiente, os partidos políticos não têm se mostrado capazes de ecoar os anseios populares e as suas discussões e debates demonstram-se vagarosos.

Dessa forma, progressivamente, tem-se instalado um vácuo no exercício do poder público, seja nas administrações, seja nas atribuições legislativas, o que tem ensejado uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário, por meio do chamado Ativismo Judicial.

Contudo, atualmente, no caso do ativismo alemão, realizado pelo Tribunal Constitucional Federal, deve-se ter como premissa que o dogma constitucional da separação de poderes não configura mais aquela rigidez de outrora. Nesse sentir, superando o tradicional conceito acerca do aludido princípio, aponta José Afonso da Silva (2010, p. 109) que já se fala em “colaboração de poderes”.

Nessa toada, o Ministro do STJ, Evandro Gueiros Leite (2008, p. 3-5), ao analisar as conclusões do IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em 1991, em Portugal, ressalta que o

[...] ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores [...] se o juiz tornou-se autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o executivo de que a justiça necessita.

No caso alemão, relembram Ricardo Fernandes e Alexandre W. Borges (2011, p. 75) que “o Judiciário não se omite na realização de direitos fundamentais nem tampouco profere sentenças aditivas sem que, antes, tenha sido permitido aos órgãos políticos a solução da problemática”.

Além disso, Dworkin (2000) defende que os juízes não devem se limitar a aplicar apenas o estabelecido expressamente na lei, pois os cidadãos possuem certos

“direitos morais”, que permanecem válidos, apesar de ausentes do “livro de regras”. Para ele, as leis apenas representam tentativas de o legislador captar os direitos morais dos cidadãos, os quais nelas não se esgotam. Cabe, portanto, ao juiz estruturar algum princípio que capte, no grau de abstração adequado, o direito moral da parte.

A legitimação do Poder Judiciário para controlar as decisões do Legislativo está no fato de que, para Dworkin, as decisões judiciais são exclusivamente pautadas nos argumentos de princípio (fórum do princípio), enquanto o Legislativo possui monopólio na utilização de argumentos de política. Desse modo, as decisões políticas majoritárias podem não ser justas por ferirem direitos morais dos cidadãos e o Judiciário estaria habilitado a rever tal injustiça. Tal atuação não ofenderia a democracia aos olhos do referido pensador.

Segundo Dworkin (1996, p. 16-19), um governo democrático não se resume a respeitar a regra da maioria (democracia majoritária). Precisa também se preocupar com o conteúdo de tais decisões, tratando os membros da sociedade com igual consideração e respeito (democracia constitucional), na qual todas as decisões sejam pautadas pelo que seja melhor para o grupo (liberdade positiva). Assim, a premissa majoritária deve ser afastada em prol de decisões mais justas, como, por exemplo, para defender os direitos das minorias.

Ademais, para que funcione a democracia constitucional, é necessário haver filiação moral de todos, ou seja, que tenham passado pela mesma evolução histórica e política de sua sociedade (condição estrutural) e que participem do processo de tomada de decisões, por meio do sufrágio universal, de eleições, da liberdade de expressão (condição relacional).

Dessa forma, para muitas questões (decisões políticas sensíveis), os órgãos legislativos, pautados na premissa majoritária, realmente serão o melhor fórum de decisões, já que estão sujeitos a pressões políticas e financeiras. Já para as que dependem de um juízo moral (decisões políticas insensíveis), como o controle de constitucionalidade, os juízes estão mais aptos a decidi-las (DWORKIN, 2000).

Logo, as decisões do Tribunal Constitucional Federal, em que pesem assumir, certas vezes, um caráter proativo, tornam-se de extrema importância para a manutenção da “colaboração dos poderes”, sendo exemplo de “democracia constitucional”, na qual os direitos fundamentais são assegurados.

Sob esse enfoque, insta destacar que a própria composição do Tribunal Constitucional Federal é, por si só, notadamente democrática, já que metade de seus membros são eleitos para um mandato único de 12 anos pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), legítimo órgão representativo do povo alemão.

7 Considerações finais

A pesquisa tornou-se ímpar para o conhecimento da árdua função do Tribunal Constitucional Federal em manter hígida a sistemática normativa alemã, seja pelo controle abstrato, pelo controle concreto ou pelo Recurso Constitucional. Desse modo, por meio da utilização do direito comparado, foi possível compreender as espécies, as técnicas e os efeitos do controle de constitucionalidade tedesco, que muito se assemelha ao sistema pátrio.

Ademais, pode-se concluir que a Alemanha oferece amplo acesso à população ao Tribunal Constitucional Federal, por meio do Recurso Constitucional, mecanismo mais utilizado no controle germânico, que serviu de modelo para diversos ordenamentos, inclusive para a ADPF brasileira.

Entretanto, em que pesem as críticas acerca da atuação incisiva da Corte Constitucional alemã, vislumbra-se a sutil conciliação entre o ativismo e a concretização dos direitos fundamentais, já que as estratégias criativas do Tribunal Constitucional Federal demonstram um “diálogo institucional” que permite a evolução constitucional.

Dessa feita, a melhor atuação consubstancia-se na realização dos direitos consagrados na Lei de Bonn, mesmo que seja necessária uma postura proativa que, de início, não seria recomendável, mas, em face de eventual inércia ou quebra funcional de outros órgãos, torna-se incontestavelmente indispensável para a devida colaboração dos poderes.

Diante disso, evidencia-se a superação do dogma constitucional da separação dos poderes oitocentista, a qual precisa ser entendida em sua essência, qual seja: impedir qualquer forma de autoritarismo por parte do Estado frente à sociedade civil. Logo, é justo afirmar que, na Alemanha, há uma equilibrada divisão das funções governamentais, de modo independente, harmônico e, sobretudo, colaborativo e em consonância com a democracia constitucional de Dworkin.

Portanto, o controle de constitucionalidade alemão mostra-se bastante eficaz, sendo um valioso instrumento para garantir a rigidez e a supremacia da Lei Fundamental perante o arcabouço normativo infraconstitucional, no desenvolvimento da forte democracia alemã.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Brasília; Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral Reading of the American's Constitution*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1996.

_____. *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 48, 2011.

GOMES, Frederico Barbosa. *O Modelo Alemão de Controle de Constitucionalidade*. Pouso Alegre: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, 2010.

HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional, in *Direito Público*, n. 2. Brasília: IDP/Síntese, 2003.

JAEGER, Renate. *Erfahrungen mit Entlastungsmassnahmen zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts*, in *Europäische Grundrechte – EuGRZ*, Kehl am Rhein: N. P. Engel, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. *BDJur*, Brasília, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

O efeito vinculante e o Poder Legislativo. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/766/531>>.

Acesso em: 21 jul. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1994.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMON, Helmut. *La jurisdicción constitucional*, in *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.