

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Direito e Sociedade3

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

(Organizador)

Direito e Sociedade 3

**Atena Editora
2019**

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Executiva: Prof^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Geraldo Alves
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof^a Dr^a Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof^a Dr^a Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof^a Dr^a Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof^a Dr^a Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof^a Dr^a Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof.^a Dr.^a Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Msc. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Msc. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Prof.ª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Prof. Msc. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Msc. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Prof. Msc. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof.ª Msc. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Msc. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof.ª Msc. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
D598	Direito e sociedade 3 [recurso eletrônico] / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019. – (Direito e Sociedade; v. 3) Formato: PDF Requisitos de sistemas: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-444-3 DOI 10.22533/at.ed.443190507 1. Sociologia jurídica. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série. CDD 340.115
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Direito e Sociedade – Vol. 03 – compreende a reunião de vinte e uma contribuições de pesquisadores vinculados a instituições nacionais e internacionais que debatem as problemáticas sociais e jurídicas a partir de assuntos como direitos humanos, ativismo judicial, teorias do direito, jurisprudência, meio ambiente, dentre outros.

As colaborações estão dispostas da seguinte maneira:

- **A JUSTIÇA COMO UMA FÓRMULA PARA A CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DA SUA REPRODUÇÃO AUTOPOIÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL**, de Isis de Angellis Pereira Sanches e Gustavo Assed Ferreira, considera o uso vinculante da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann pelos países signatários do Sistema Regional Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.
- **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL**, de Otávio Augusto Vieira Bomtempo, registra o protagonismo do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, que em muitas ocasiões tem se comportado como um legislador.
- Investigando se a Teoria da Imputação Objetiva é compatível com o sistema constitucional adotado em solo nacional, assim como se ela é capaz de fortalecer o nosso estado democrático de direito, Dorcas Marques Almeida e Núbio Pinhon Mendes Parreiras, em **A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12**, alcançam o entendimento que a aludida teoria apenas maximiza o poder punitivo do estado.
- **DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL**, de Paulo Junior Trindade dos Santos, Crithian Magnus de Marco e Gabriela Samrsla Möller, adota uma abordagem transdisciplinar de análise do Código de Processo Civil, com a observância de contextos sociais, como forma de aplicação de um regramento mais próximo da realidade das pessoas e dos questionamentos a ele apresentados.
- Ana Luiza R. F. Moreira e Mateus Carvalho Soeiro, em **ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE PROCESSUAL**, demonstram as alterações da nova codificação adjetiva pátria em relação ao agravo de instrumento e qual o impacto dessa modificação para o andamento processual.
- **A (DES)VINCULAÇÃO DAS RECEITAS ARRECADADAS MEDIANTE TAXAS**, de Ingridy Praciano Fernandes Teixeira e Guilherme Augusto Castro de Oliveira, estuda, mesmo com a ausência de expressa disposição consti-

tucional a respeito, a (des)vinculação dos recursos captados por meio das taxas.

- **NOVOS PARADIGMAS DA DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, de Otávio Augusto Vieira Bomtempo, volta atenção para as novas disposições adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça para a decretação de indisponibilidade de bens, estas que, segundo o autor, correspondem a relevantes instrumentos em prol da defesa do patrimônio público.
- No âmbito da temática das sociedades, bem como da possibilidade de pleiteio de indenização compensatória com os haveres a apurar em caso de retirada imotivada do sócio, Rafael Pereira de Castro, em **A POSSIBILIDADE DE PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SOCIEDADE EM FACE DO SÓCIO QUE SE RETIRA IMOTIVADAMENTE**, expressa a carência de abordagem legislativa sobre o assunto e as lacunas provenientes dessa escassez.
- **A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A BUSCA DA DECISÃO EM MEIO A SITUAÇÃO DE CONFLITO**, de Célia Teresinha Manzan, perpassa pelo distinguir das concepções de hermenêutica e interpretação para assim apontar meios e técnicas adotadas no exercício interpretativo, sempre com o intuito de construir uma decisão pautada na resolução dos conflitos que antes foram apresentados.
- Passando pela etapa de conceituação e distinção dos atos administrativos, Arietha de Alencar Santos, em **REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**, explana sobre a ação do judiciário em relação aos referidos atos da administração.
- Em **O ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, Daniele Côrte Mello e Julia Gonçalves Quintana apresentam uma visão positiva para o ativismo judicial, onde, na opinião das autoras, essa ação ativa do Poder Judiciário beneficia a sociedade como um todo, ao passo que evidencia as vastas omissões, as oriundas do executivo e do legislativo
- **A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**, de Mauro Guilherme Messias dos Santos, analisa a permissão posta pelo Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, para a execução de sentença penal condenatória após a sua confirmação por órgão colegiado.
- Lucas Baldo e Elizabete Geremia, em **A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF**, igualmente debatem a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema da presunção de inocência – prin-

cípio constitucional positivado que defende a não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória –apontando argumentos a favor e contrários a esse novo entendimento do tribunal.

- **FEMINICÍDIO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERINDO MAIS RIGOR NA APLICAÇÃO**, de Beatriz Frota Moreira e Rodrigo Soares Lopes, tece comentários a respeito sobre os avanços legislativos obtidos ao longo dos anos como mecanismo capaz de proporcionar uma maior segurança as mulheres, sejam elas vítimas da violência ou não, já que a norma deve também ter uma perspectiva preventiva, evitando danos e crimes para indivíduos e para a sociedade como um todo.
- Através do tema da vulnerabilidade, Rosilandy Carina Cândido Lapa, Ingrid Barbosa Oliveira, Vanessa Vasques Assis dos Reis e Luiz Sales do Nascimento observam a crise hídrica que assola o país persa em **A CRISE HÍDRICA NO IRÃ E VULNERABILIDADES: RESPONSABILIDADE COLETIVA ALÉM DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL**, ao passo que promove uma abordagem transdisciplinar pautada na ótica do direito internacional, do meio ambiente e das relações internacionais.
- **CRIMES AMBIENTAIS: RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS**, de Adriano da Silva Ribeiro e Lucas Zauli Ribeiro, pauta o estabelecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos casos de crimes ambientais como uma necessidade social, já que a preservação ao meio ambiente reflete um regramento constitucional.
- **ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO AO USO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASILEIRO**, de Gigliola Lilian Decarli e Lidia Maria Ribas, frisa a sustentabilidade como instrumento capaz de cuidar do meio ambiente e assim promover a perpetuação da vida, mas isso implica na transição, na permuta de elementos produtores de energia, passando a utilizar os menos poluentes como forma de diversificar a matriz energética e promover um desenvolvimento pautado em políticas verdes.
- Associando políticas públicas em prol do meio ambiente e obras públicas sustentáveis, **AS CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR**, de Roberta Helena Moraes Tillmann, Raimundo Cláudio Silva da Silva, Davi do Socorro Barros Brasil, averigua como essa relação foi constituída em uma universidade federal sediada no estado do Pará.
- Permanecendo com a abordagem de meio ambiente e as instituições federais de ensino superior, Caroline Santos Marcondes, Núria Budib Moreira, Ana Júlia Sales de Almeida e Adaiane Catarina Marcondes Jacobina, em

ARBORIZAÇÃO DO IFMT *CAMPUS* CUIABÁ – BELA VISTA COM VEGETAÇÃO ARBÓREA NATIVA DO CERRADO, destacam quão positivo é o estabelecimento de arborização do IFMT, *campus* Cuiabá – Bela Vista, com espécies arbóreas provenientes do bioma cerrado como forma de inibir o surgimento de espécies exóticas que inviabilizem a área comum da unidade de ensino.

- A degradação do meio ambiente, marcadamente do bioma Mata Atlântica, é problematizada em **O SECULAR DESMATAMENTO DA MATA ATLÂNTICA E A TELA DE JOHANN MORITZ RUGENDAS**, de Kelly de Souza Barbosa e Lucas de Souza Lehfeld, que, ao estabelecer um diálogo com a tela *O Desmatamento* (1835), de Rugendas, percebe o descaso secular do estado para com a vegetação, além da urgência em executar o mandamento constitucional de proteção ambiental.
- **PROPRIEDADE INTELECTUAL E AGRICULTURA NA ERA DA REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA-INFORMACIONAL**, de Gabriel Cunha Salum e Aluisio Almeida Schumacher, investiga como o estabelecimento de propriedade intelectual pode ser um mecanismo institucionalizado de controlar o saber científico em prol de parcela da sociedade que já detém poder e riqueza e que resulta em desfavorecer coletivos e agricultores de menor poder econômico diante da revolução tecnológica contemporânea.

Renovamos o desejo que os nossos leitores tenham um excelente diálogo com os textos aqui expostos e que o futuro possibilite reais interações por meio de novas produções acadêmicas com os conteúdos que agora apresentamos.

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A JUSTIÇA COMO UMA FÓRMULA PARA A CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DA SUA REPRODUÇÃO AUTOPOIÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL	
Isis de Angellis Pereira Sanches Gustavo Assed Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.4431905071	
CAPÍTULO 2	12
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL	
Otávio Augusto Vieira Bomtempo	
DOI 10.22533/at.ed.4431905072	
CAPÍTULO 3	27
A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12	
Dorcas Marques Almeida Núbio Pinhon Mendes Parreiras	
DOI 10.22533/at.ed.4431905073	
CAPÍTULO 4	43
DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL	
Paulo Junior Trindade dos Santos Cristhian Magnus de Marco Gabriela Samrsla Möller	
DOI 10.22533/at.ed.4431905074	
CAPÍTULO 5	55
ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE PROCESSUAL	
Ana Luiza R. F. Moreira Mateus Carvalho Soeiro	
DOI 10.22533/at.ed.4431905075	
CAPÍTULO 6	67
A (DES)VINCULAÇÃO DAS RECEITAS ARRECADADAS MEDIANTE TAXAS	
Ingridy Praciano Fernandes Teixeira Guilherme Augusto Castro de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.4431905076	
CAPÍTULO 7	78
NOVOS PARADIGMAS DA DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
Otávio Augusto Vieira Bomtempo	
DOI 10.22533/at.ed.4431905077	

CAPÍTULO 8	92
A POSSIBILIDADE DE PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SOCIEDADE EM FACE DO SÓCIO QUE SE RETIRA IMOTIVADAMENTE	
Rafael Pereira de Castro	
DOI 10.22533/at.ed.4431905078	
CAPÍTULO 9	102
A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A BUSCA DA DECISÃO EM MEIO A SITUAÇÕES DE CONFLITO	
Célia Teresinha Manzan	
DOI 10.22533/at.ed.4431905079	
CAPÍTULO 10	112
REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	
Arietha de Alencar Santos	
DOI 10.22533/at.ed.44319050710	
CAPÍTULO 11	124
O ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Daniele Côrte Mello	
Julia Gonçalves Quintana	
DOI 10.22533/at.ed.44319050711	
CAPÍTULO 12	136
A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	
Mauro Guilherme Messias dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.44319050712	
CAPÍTULO 13	159
A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF	
Lucas Baldo	
Elizabeth Geremia	
DOI 10.22533/at.ed.44319050713	
CAPÍTULO 14	169
FEMINICÍDIO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERINDO MAIOR RIGOR NA APLICAÇÃO	
Beatriz Frota Moreira	
Rodrigo Soares Lopes	
DOI 10.22533/at.ed.44319050714	
CAPÍTULO 15	179
A CRISE HÍDRICA NO IRÃ E VULNERABILIDADES: RESPONSABILIDADE COLETIVA ALÉM DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL	
Rosilandy Carina Cândido Lapa	

Ingrid Barbosa Oliveira
Vanessa Vasques Assis dos Reis
Luiz Sales do Nascimento

DOI 10.22533/at.ed.44319050715

CAPÍTULO 16 192

CRIMES AMBIENTAIS: RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Adriano da Silva Ribeiro
Lucas Zauli Ribeiro

DOI 10.22533/at.ed.44319050716

CAPÍTULO 17 206

ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO AO USO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASILEIRO

Gigliola Lilian Decarli
Lídia Maria Ribas

DOI 10.22533/at.ed.44319050717

CAPÍTULO 18 221

AS CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR

Roberta Helena Moraes Tillmann
Raimundo Cláudio Silva da Silva
Davi do Socorro Barros Brasil

DOI 10.22533/at.ed.44319050718

CAPÍTULO 19 228

ARBORIZAÇÃO DO IFMT CAMPUS CUIABÁ - BELA VISTA COM VEGETAÇÃO ARBÓREA NATIVA DO CERRADO

Caroline Santos Marcondes
Núria Budib Moreira
Ana Júlia Sales de Almeida
Adaiane Catarina Marcondes Jacobina

DOI 10.22533/at.ed.44319050719

CAPÍTULO 20 233

O SECULAR DESMATAMENTO DA MATA ATLÂNTICA E A TELA DE JOHANN MORITZ RUGENDAS

Kelly de Souza Barbosa
Lucas de Souza Lehfeld

DOI 10.22533/at.ed.44319050720

CAPÍTULO 21 246

PROPRIEDADE INTELECTUAL E AGRICULTURA NA ERA DA REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA-INFORMACIONAL

Gabriel Cunha Salum
Aluisio Almeida Schumacher

DOI 10.22533/at.ed.44319050721

CAPÍTULO 22	256
OS DIREITOS HUMANOS COMO PRODUTOS CULTURAIS: PERSPECTIVAS PARA A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA	
Catarine Acioli	
DOI 10.22533/at.ed.44319050722	
SOBRE O ORGANIZADOR.....	267

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Otávio Augusto Vieira Bomtempo

Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)

Patos de Minas/MG

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. Alemanha. Tribunal Constitucional Federal. Democracia. Ativismo

judicial.

ABSTRACT: After the Second World War, with positivist postulates overcome, the Federal Republic of Germany enacted the Basic Law of Bonn, creating the Germany's Constitutional Court. To the referred court was left the interpretation of the Constitution in the light of a system of values and the exercise of judicial review of German law through the abstract control, concrete control and Constitutional Appeal. With the analysis of the alluded mechanisms, we see the broad 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 the Germany's Constitutional Court that, sometimes, has acted as a true positive legislator. However, such performance, as felt by Dworking, would not offend the democratic regime or the separation of powers, being necessary to strengthen the respect and the guard of the Basic Law.

KEYWORDS: Judicial review. Germany. Federal Constitutional Court. Democracy. Judicial activism.

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.

Neste 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.

Desta 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. Neste 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?

Neste 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 e de aplicação

imediate, 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. Nesta 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”.

Neste sentir, Daniel Sarmiento (2003, p. 253-254) 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, 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.

Deste 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.

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. Nesta 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. Desta 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 apenas entrou em exercício 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.

Deste 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 esta importante tarefa na construção do Estado Democrático de Direito.

3 I 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 magnos.

Desta 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). Desta 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 este 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; a ofensa de lei estadual à Lei Fundamental e o 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. Nestes 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. Neste caso, tal regra se mostra importante visto que as normas gerais de Direito Internacional Público fazem parte do direito federal. Deste 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 desta 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 exaurimento 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 1 mês a contar da data de sua prolação e, para os atos não passíveis de controle judicial, 1 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 e 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).

Neste 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.

Nesta 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, 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), “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.

Neste 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. Deste 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. Nesta 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 este 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 (GOMES, 2010, p. 177).

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.

Neste 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. Nestes 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 que “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, desta 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. Deste 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 âmbito, 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 e nem tem que ser, necessariamente, fundamentada, o que pode acarretar eventuais arbitrariedades. Nesta 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. Neste 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, 2018).

Desta 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 a 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. Neste ambiente, os partidos políticos não têm se mostrado capazes de ecoar os anseios populares e as suas discussões e debates demonstram-se vagarosos.

Desta 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. Deste 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).

Desta 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 este 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. Deste 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.

Desta 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, 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.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalhos acadêmicos**. 4. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2011.

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**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **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.

SOBRE O ORGANIZADOR

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-444-3

