

## Técnicas de Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial na Efetivação da Democracia: Notas Introdutórias

**EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA**

Advogado da Petróleo Brasileiro S.A., Aluno Especial da Pós *Stricto Sensu* da Universidade de São Paulo.

Submissão: 04.11.2011

Parecer 1: 15.12.2011

Parecer 2: 01.12.2011

Decisão Editorial: 20.12.2011

**RESUMO:** A presente proposta visa a analisar, de maneira introdutória, de que forma os Tribunais Constitucionais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, têm se postado diante das questões atinentes à democracia e como têm atuado para efetivá-la. Parte-se da análise do direito fundamental à democracia e seus correlatos, bem como dos instrumentos a seu dispor, e avança no papel dos Tribunais Constitucionais para conferir efetividade ao direito. Nessa toada, analisa-se a prática de ativismo judicial, mormente para conferir significado aos contornos da democracia. E, ao cabo, sinteticamente, como tais Tribunais exercem o controle de constitucionalidade dos atos que envolvem a democracia, melhor dizendo, quais as técnicas utilizadas para tanto, ocasião em que se torna imprescindível uma análise das decisões do Tribunal Constitucional alemão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia; ativismo judicial; controle de constitucionalidade; separação de poderes; Cortes constitucionais; técnicas.

**ABSTRACT:** This proposal seeks to analyze, introductorily, how the Constitutional Courts, especially the Brazilian Supreme Court, have been dealing with the issues related to democracy to make it an effective right. The study starts with the analysis of the fundamental right to democracy and its correlates, as well as the instruments at its disposal, and advances in to the indispensable role played by Constitutional Courts in the mission of making this right effective. It also examines the practice of judicial activism, mainly to give meaning to the contours of democracy. And, in the end, analysis, synthetically, how this Courts exercise the judicial review of the acts involving democracy, better saying, what techniques are used to do this control, when it becomes indispensable the study of German Constitutional Court's decisions.

### INTRODUÇÃO

A democracia, conforme consagrada nas Cartas Constitucionais contemporâneas, não se consubstancia unicamente a determinar modo de eleição dos representantes, mas sim a indicar vetores políticos, econômicos, sociais e culturais a que aspira a sociedade.

Nesse sentido, a atuação dos Tribunais Constitucionais, para efetivar a democracia, seja em um aspecto processual/procedimental, seja em uma vertente material/substancial, significa, em última análise, a efetivação dos direitos fundamentais de uma sociedade e a realização dos objetivos dirigentes daquele Estado.

Para tanto, imprescindível o estudo do ativismo judicial nesse intuito para compreender de que forma as Cortes Constitucionais constroem as diretrizes hermenêuticas que irão resultar no aspecto prático da democracia.

As técnicas de controle de constitucionalidade, nesse sentido, prestam inegável benesse para a finalidade proposta, eis que se amoldam à necessidade do direito. É a tutela jurisdicional a serviço do direito material.

Assim, compreender os conceitos de democracia, as finalidades do Estado Constitucional, o papel das Cortes Constitucionais e a forma com que tais Tribunais atuam em defesa do primeiro acaba contribuindo para a efetivação deste direito, considerado, por alguns, de quarta geração.

De fato, as atuações destas Cortes e as técnicas de controle que se utilizam para tanto acabam se tornando palpáveis no cotidiano da sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal decide pela não aplicação de uma reforma eleitoral sobre a inelegibilidade ou quando o Tribunal Superior Eleitoral praticamente legisla sobre a temática do caráter nacional dos partidos políticos.

Por essa razão, o estudo proposto, muito além de estudar limites, diretrizes hermenêuticas e técnicas processuais, acaba recaindo na própria materialidade da democracia, o que culmina com a satisfação ou não de direitos fundamentais, como o regime democrático ou o pluralismo político, inscritos em diversas Constituições pós-modernas.

## DESENVOLVIMENTO

Na concepção clássica, a essência da democracia deve ser atribuída ao célebre discurso de Lincoln: “Governo do povo, pelo povo e para o povo”<sup>1</sup>.

O projeto democrático, no entanto, deve ser buscado muito antes, nas suas raízes gregas – democracia ateniense –, embora com uma característica mais restrita e censitária. Para Aristóteles, há três formas de governo: monarquia, aristocracia e politeia, que podem ser deformadas, respec-

1 HOFSTADTER, Richard. *Great Issues in American History*, p. 414.

tivamente, na tirania, na oligarquia e na demagogia<sup>2</sup>. A grande marca da democracia moderna, todavia, é um recorte artificioso entre direitos civis, políticos e sociais, distinção não realizada pelos gregos.

Para Sartori, é impossível conceber um único modelo de democracias, preferindo referi-las como “n’ democracias”. Para o autor italiano, ainda, a democracia é o governo pautado na opinião pública<sup>3</sup>.

Adam Przeworski compara a democracia a um cenário beligerante<sup>4</sup>. Só possui sentido enquanto há embate pelo poder. Vale dizer, as instituições são garantidas, mas colocadas à prova sempre que ocorrem as eleições, marcadas pela sua sensação de insegurança. É o chamado jogo pendular, ou *fair play* ou *tiquet au Retour*. A insegurança eleitoral é justamente a alternância ampla de poder, um dos requisitos da democracia<sup>5</sup>.

Robert Dahl, por sua vez, prefere falar em “poliarquia” e seus graus. Isto porque a democracia seria comparada a um nível ideal, ao passo que a poliarquia apresentaria graus de maior ou menor nível democrático. O grau de poliarquia depende, basicamente, de dois fatores: a) da possibilidade de participação popular; b) do grau de oposição permitido<sup>6</sup>.

A base de seu pensamento é o pluralismo, com possibilidade de participação política – *decision maker* – na maior parte dos setores sociais. A poliarquia é um regime onde há consonância, alinhamento, convergência das perspectivas do povo à atuação governamental.

Ainda para o professor norte-americano, a democracia, embora de conceituação impossível, está associada à ideia de liberdade, concepção bastante difundida entre nós por Karl Loewenstein<sup>7</sup>.

O Professor Canotilho lembra que

a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta* e *ativa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social.<sup>8</sup>

2 ARISTÓTELES. *A política e Ética a Nicômaco*.

3 SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia*.

4 PRZEWORSKI, Adam. *Transition to democracy*. Ainda: CAGGIANO, Monica Herman Salem. Oposição na política.

5 “Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais.” (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia*, p. 304-305)

6 DAHL, Robert. *Polyarchy – Participation and opposition*.

7 Para os europeus, a “deusa democracia”.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 289.

A democracia, não obstante, é um regime delicado, que se apresenta extremamente exigente com a sociedade, com as instituições e com o poder e seus detentores.

Delicado porque é um regime da liberdade, ou seja, é a liberdade de comandar o tratamento da democracia – regime plasmado sobre um clima de combate. Facilmente na democracia, se não fortalecidas as suas instituições, há deterioração. E por isso é exigente. Das instituições exige estabilidade e respeito. Dos detentores do poder exige o atendimento do jogo pendular. Do povo exige, para a eleição dos representantes, um sufrágio com assepsia, puro, preservado do ambiente e dos fatores de poluição eleitoral que contaminam a vontade eleitoral manifestada pelo voto depositado na urna. E requer da oposição responsabilidade – o controle da atuação governamental deve ser realizado neste molde.

Essa concepção, incrivelmente dimensionada no século XX, sobretudo a partir da ideia de “deusa democracia”<sup>9</sup>, conduziu a uma inegável cobrança do Poder Público não apenas para se efetivar a democracia, mas para se manter um quadro que, ao mesmo tempo beligerante, pudesse oferecer a segurança das instituições, mais no sentido de sua liberdade.

Evidente que, por ser um projeto constitucional<sup>10</sup>, nada mais natural que se incumbisse também ao Judiciário do poder/dever de zelar pela democracia, enquanto um direito fundamental para a própria existência do Estado e para o exercício da liberdade da sociedade. Canotilho lembra que “os direitos fundamentais têm uma função democrática”, eis que configuram “um elemento básico para a realização do princípio democrático”<sup>11</sup>.

Inegável, por outra via, que o grande pilar de desenvolvimento da democracia seja a representação política, dado o caráter de impossibilidade de seu exercício direto. Apesar de a representação ser elevada ao posto de uma grande conquista da humanidade, hodiernamente, não mais se contenta com isso, buscando um grau mais elevado de participação do povo na produção das decisões políticas.

E essa participação se vê justamente nos instrumentos adicionais da democracia, principalmente na via do controle do poder. É aí que se insere o Poder Judiciário e o seu controle de constitucionalidade, sem mencionar a participação direta em casos específicos (referendo, plebiscito, *recall*, etc.).

9 GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*. p. 185.

10 “A democracia é, no sentido constitucional, *democratização da democracia*.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 290)

11 Idem, *ibidem*.

A construção de um sistema representativo no século XVIII sobre- põe-se até mesmo à própria noção de democracia, principalmente quando Rousseau considera esta como pertinente a um “governo dos deuses”. Nesse momento, a representação é, aliada à separação de poderes, o significado mais próximo de uma limitação do Poder do soberano.

Para as democracias, o que mais importa é compreender em que mãos pesam o poder decisório. Nas representativas, os representantes são legitimados para a produção das políticas públicas – *decision makers* – e respondem perante os cidadãos por meio de *free and fair elections*. Mais do que isso, a representação traduz a ideia de responsabilidade do representante perante o representado.

A dimensão política nos coloca diante da necessidade de participação efetiva da sociedade política no polo decisional, o que exige uma ampla e permanente comunicação que passa pelos partidos políticos, que é o que assegura a canalização das perspectivas da sociedade com os representantes. Nessa dimensão, a representação exige mais do que a simples escolha, mas sim um permanente contato entre sociedade e detentores do poder político. E o canal de comunicação é o partido político, que acaba substituindo o elo do representante com a sua origem<sup>12</sup>.

Não se pode furtar à obviedade de que a democracia traz riscos. Bobbio ressalta, por exemplo, que a democracia no espectro da mecânica da representação política conduz a governos pura e simplesmente da maioria. Ao depois, a representação de interesses pode conduzir à ideia de barganha, o que esconde um risco inerente à própria representatividade. Não é demais lembrar que a representação política pode se prestar para operacionalizar tanto a democracia como quaisquer outros regimes, como o neocorporativismo<sup>13</sup>.

A Constituição é idealizada como mecanismo de limitação do poder político<sup>14</sup>. Sob este aspecto, vem timbrada com a garantia da presença e da perpetuidade das instituições. É verdade que o constitucionalismo admite a ideia de que as Constituições não são para sempre, não podendo conduzir ao fenômeno da “fossilização da Constituição”<sup>15</sup>. Mas, por outro lado, não

12 Essa posição acentuada na jurisprudência do STF já era prevista na Constituição kelseniana tchecoslovaca de 1920 e, hodiernamente, tem assento no art. 160 da Constituição portuguesa. Ainda: MALBERG, Carré de. *Teoria general del Estado*.

13 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*.

15 Além disso, a maioria da doutrina se concentra na opinião de que o poder constituinte originário não encontra limites imanescentes. Karl Loewenstein fala em “petrificação da Constituição” (*Teoria de la constitución*, p. 164 e seguintes).

esconde que a alteração constitucional nesse cenário envolve um processo complexo, a fim de garantir as instituições e a decisão política fundamental<sup>16</sup>.

Para os neoconstitucionalistas, no entanto, a democracia carece de um leque maior de liberdade e de políticas públicas mais flexíveis para atender não apenas as expectativas da maioria, mas também as das minorias. É nessa concepção, por exemplo, que emerge o método hermenêutico da “mutação constitucional”, adaptando o teor do texto sem alterá-lo<sup>17</sup>.

Nesse novo contexto, as Constituições passam a albergar novos direitos, até de 4ª e 5ª dimensão, que transformam a postura do Estado e dos detentores do poder político. Entre eles, menciona-se expressamente a democracia.

É o que ressalta o Mestre Paulo Bonavides:

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.<sup>18</sup>

E continua o professor cearense:

Já, na democracia globalizada, o homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação

16 “Há que se considerar, no entanto, que as ideias de limitação do poder, de preservação dos direitos humanos e de prefixação da decisão política fundamental, o cerne fixo de uma Constituição, conduzem, na leitura de alguns analistas, a exemplo de Stephen Holmes, a identificar na Constituição uma postura antidemocrática, na medida em que engessa decisões futuras a que as novas gerações, numa democracia, deveriam ter assegurada a acessibilidade.” (CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*)

17 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*, p. 9.

18 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 571. Em mesmo sentido: “O direito à democracia, guindado da primeira para a quarta geração é concebido de forma ampliada como um direito universal de todo o gênero humano e não apenas do cidadão, vazando-se em processos de efetiva participação do povo, ‘desbloqueado’ no exercício direto e vital de suas prerrogativas de soberania’ [...] O desbloqueio da ‘nova cidadania’ se dará por um ‘elevado nível de democratização da sociedade’, fundado em mudanças estruturais e funcionais [...]” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*, p. 279).

de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.<sup>19</sup>

Há também uma textura diferenciada, com normas de preceitos abertos, ao lado de normas não autoexecutórias, incompletas ou programáticas. A própria Constituição atribui a outros poderes a tarefa de incrementar o dispositivo constitucional. A Justiça Constitucional, que, em um primeiro instante, caracterizava-se como defensiva, assume, a partir da difusão do *judicial review*, uma posição de garante da Constituição, orientando a decisão política. Há um nítido alargamento do campo de atuação jurisdicional.

A Professora Monica Caggiano bem elucida a questão:

Em particular no que toca à figura do juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a *responsabilidade pela interpretação constitucional* e, conseqüentemente, *pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica*. Uma *função orientadora*. De uma *justiça constitucional defensiva* aporta, no século XXI, na configuração de uma *justiça constitucional de orientação*.<sup>20</sup>

A douta professora assevera que esse novo paradigma decorre “da preocupação com o futuro democrático”, o que conduz o controle de constitucionalidade à proteção “das soberanas regras insculpidas na Constituição”, a fim de evitar o desabamento da teoria constitucionalista que sustenta a própria democracia<sup>21</sup>.

Esse papel que decorre do contexto axiológico da Constituição<sup>22</sup> acaba atribuindo ao Judiciário o inegável papel de “guardião da democracia”<sup>23</sup>. E, embora não se deva afirmar que a efetivação da democracia exige apenas papéis políticos ativos, é válida a observação de Robert Alexy: “*Em ningún outro ámbito es tan clara la conexión entre el resultado jurídico y las valoraciones generales prácticas o políticas*”<sup>24</sup>.

19 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 572.

20 CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

21 Idem.

22 Sobre a relação campo ético-moral e Direito: BEÇAK, Rubens. Sobre a origem das normas constitucionais: a identificação do campo ético-moral e sua relação com o Direito, p. 16-28.

23 HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia, p. 219.

24 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 427. No vernáculo: “Em nenhum outro âmbito é tão clara a conexão entre o resultado jurídico e as valorações gerais, práticas ou políticas”. Em outra ocasião, Alexy faz a seguinte ponderação: “A proposição fundamental: ‘Todo o poder estatal provém do povo’ exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. O

O Professor Cass Sunstein faz a seguinte análise:

Também parece que a demasiado alardeada oposição entre o constitucionalismo e a democracia, ou entre os direitos e a democracia, tende, pois, a se dissolver inteiramente. Muitos direitos são indispensáveis para a democracia e para a deliberação democrática. Se nós protegemos tais direitos por meio da Constituição, nós não comprometemos o governo autônomo de nenhuma forma. Pelo contrário, o governo autônomo depende para sua existência dos direitos democráticos firmemente protegidos. O constitucionalismo pode assim garantir as pré-condições para a democracia limitando o poder das majorias em eliminar aquelas pré-condições.<sup>25</sup>

Mas essa nova diretriz, longe de ser uma prerrogativa brasileira, deita suas raízes no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, conforme preleciona Leonardo Martins, tratando do *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*:

E foi principalmente ativo quando a instância política parecia querer “lavar as mãos”, transferindo questões políticas incômodas ao crivo do controle de constitucionalidade, antes mesmo de haver aperfeiçoado o momento eminentemente político da conformação legislativa.<sup>26</sup>

Nota-se, assim, que essa nova perspectiva acentuou-se ainda mais com a omissão do legislador em certas temáticas consideradas cruciais para o Estado, entre elas as questões atinentes à democracia<sup>27</sup>.

Leonardo Martins, citando Hillgruber e Goos, acentua a legitimidade e a legalidade de a minoria levar ao Tribunal Constitucional a decisão que fora tomada pela maioria, anteriormente, no âmbito político, de forma a conferir-lhe uma aprovação ou desaprovação a partir da hermenêutica constitucional: “De resto é legal e legítimo, do ponto de vista constitucional, que uma minoria parlamentar que é fraca no processo legislativo parlamen-

---

parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento [...] A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância da reflexão do processo político” (*Constitucionalismo discursivo*, p. 53-54).

25 SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*, p. 181-182.

26 MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*, p. 5.

27 “A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias consistem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela lei nos modernos sistemas constitucionais” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 400). Ainda: “Até mesmo na atualidade, sob a proteção da Constituição de 1988 – a Constituição dita cidadã –, que ampliou de modo intenso a participação política, quer alargando o corpo eleitoral, como já exposto, quer pela inserção de mecanismos de interferência direta no pólo do poder, resta ainda prejudicada a figura do cidadão eleitor, demandando-se, pois, ações precisas no sentido de assegurar ao cidadão brasileiro, na sua plenitude, a possibilidade de alcançar esse *status*” (CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*, p. 94).

tar tente transformar a derrota política sofrida em Berlim em uma vitória jurídica em Karlsruhe”<sup>28</sup>.

Em mesma linha, é do douto Professor Jorge Miranda a seguinte observação:

Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional ou de órgão homólogo não é mais nem menos do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.<sup>29</sup>

Ainda Leonardo Martins, ressaltando o modelo constitucional material alemão da *wehrhafte Demokratie* (democracia que se defende), ressalta quatro processos (proibição de partido político, destituição de direito fundamental, denúncia contra o Presidente Federal ou juiz de direito) que visam a impedir que processos em si democráticos possam destruir a democracia, como no caso de um partido totalitário chegar ao poder por eleições livres<sup>30</sup>.

A mesma razão que fundamenta o raciocínio, no entanto, deve limitar a abrangência da construção. Não é demais lembrar que esse tipo de controle por parte do Judiciário exige ponderação e razoabilidade, a fim de garantir a autonomia na fixação de regras gerais por parte do Legislativo, mandatário do poder para tais questões<sup>31</sup>. É um problema tipicamente de *limites para separação de poderes*, ou de *conformidade dos freios e contrapesos*.

Aliás, muito se fala, ao tratar da temática do ativismo judicial, acerca da jurisdicionalização da política, no sentido de que, ao realizar o controle, o Judiciário estaria agindo como verdadeiro legislador, invadindo a esfera de atuação deste<sup>32</sup>. Oscar Vilhena Vieira fala, ainda, em uma maximização da questão, em “supremocracia”<sup>33</sup>.

Em um primeiro momento, no entanto, a questão parece ser mais de efetivação da Constituição, poder conferido inclusive ao Supremo, do que em uma suposta “tomada de poder”. É que quando se sente atingido em sua função, o Legislativo reage negativamente à atuação do Tribunal Constitucional, *vide* o caso da verticalização das coligações partidárias e a Emenda Constitucional nº 52/2006<sup>34</sup>.

28 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 16.

29 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*, p. 508.

30 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 49.

31 *Idem*, p. 21.

32 Ver RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*.

33 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 441.

34 O mais interessante nesse caso foi a construção realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral, após referendada pelo STF, a partir do caráter nacional dos partidos, entendendo que tal previsão constitucional já possibilitaria

Ao depois, há que se ressaltar que o neoconstitucionalismo ressaltou a ideia de uma *prevalência da Constituição*, no sentido não mais apenas político, mas como “norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico”. Os perigos de desvio, evidente preço da democracia e do constitucionalismo, devem ser remediados pela doutrina interpretativa que se associe à teoria da Constituição, ao direito constitucional e à teoria do Estado<sup>35</sup>.

Em elucidação, ressalta Gilmar Mendes:

A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um *dever de racionalidade (Zwang der Rationalität)* na concretização da Constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa ideia fundamental de controle.

Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.<sup>36</sup>

Entre as técnicas que têm sido utilizadas para o controle de constitucionalidade para a efetivação da democracia destaca-se a *interpretação conforme a Constituição – verfassungskonforme Auslegung*, alternando enquanto princípio interpretativo<sup>37</sup> ou como técnica. Não se pode olvidar, além disso, da *declaração de nulidade total*, da *declaração de nulidade par-*

---

de plano a aplicação do instituto. No mais, oportuna a observação de Ingo Sarlet: “Importa ressaltar, ainda, que, ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico. Para além do que já foi dito neste sentido, faz-se oportuna a referência à lição de Gomes Canotilho, reforçando o entendimento de que normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais, de modo especial, ao legislador, a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos” (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 270).

35 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 129.

36 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 400.

37 “Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação – como o STF enfatizou em decisão exemplar –, o princípio da *interpretação conforme a Constituição* consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 119)

cial e da *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, enquanto efeitos da decisão.

Na discussão acerca da constitucionalidade da “cláusula de barreira à brasileira”<sup>38</sup>, por exemplo, o esforço hermenêutico do Supremo Tribunal Federal partiu do pressuposto de que tais restrições ofenderiam o pluralismo político, a autonomia partidária, a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e a representação das minorias nas Mesas e Comissões permanentes da Câmara e do Senado<sup>39</sup>, para declarar os artigos da Lei nº 9.096/1995 que tratavam da cláusula *totalmente nulos*.

Diferentemente, na experiência tedesca anterior sobre temática aproximada, a Corte Constitucional construiu verdadeira *interpretação conforme a Constituição*, para reduzir o percentual mínimo de votação para acesso ao reembolso de despesas de 2,5% para 0,5%<sup>40</sup>, por considerá-lo mais razoável, garantidor de uma adequada e eficaz propaganda – *angemessene und wirksame Wahlpropaganda* – e de uma igualdade de oportunidades – *Chancengleichheit*. Dessa forma, o BVerG conferiu nulidade ao percentual legal, sem afastar a necessidade de haver outro percentual. É uma decisão cujo efeito muito se aproxima da declaração de nulidade parcial, mas com o adicional de incrementar a ordem jurídica a partir do princípio da proporcionalidade – *sentença substitutiva*.

Entre nós, em outro momento, o esforço hermenêutico acabou espremendo nítida aplicação direta ao art. 17, § 1º, da CF, no tocante à fidelidade partidária, conforme julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 – referendando as Consultas nºs 1.398 e 1.423 do Tribunal Superior Eleitoral. Neste caso, também, o STF acabou, ainda que não em um modelo abstrato, conferindo *interpretação conforme a Constituição* no sentido de um “mandato de otimização do *querer* constitucional”, cuja decisão possui típico caráter legislativo<sup>41</sup>. É possível visualizar, ainda, uma pincelada do *princípio da máxima efetividade*, novamente sob o prisma da otimização.

Na ADIn 3.592, que atacava a vedação da captação de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, o Supremo, sobrelevando a concepção de voto livre como garantia da democracia, entendeu constitucional o dispositivo atacado não apenas no aspecto formal – o que foi atacado pelo PSB –, mas também como ideal para o próprio princípio democrático,

38 Idem, p. 751.

39 ADIns 1.351 e 1.354.

40 BVerfGE: 24, 300.

41 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 120.

“verdadeira profilaxia ético-cívica”<sup>42</sup>. Nesse caso, ao declarar a constitucionalidade, o STF, outra vez, acabou conferindo interpretação conforme a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição acaba servindo de subsídio não apenas para deixar de declarar inconstitucional lei que o seja, como na acepção de Thomas Cooley: “*The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect*”<sup>43</sup>. Mas também, e aqui sobleva a sua função interpretativa, para afirmar que é constitucional justamente por ser interpretada conforme a Constituição.

Mendes, Coelho e Branco apenas ressaltam, citando Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, que a interpretação conforme a Constituição apenas deve ser admitida se não se traduzir em violência contra a expressão literal do texto ou não alterar o significado do texto por meio de mudança radical da concepção original do legislador<sup>44</sup> – aqui sim o Judiciário estaria confiscando a função legislativa de seu detentor legítimo.

Embora não existam exemplos claros no âmbito da democracia, não há impossibilidade na utilização das técnicas da *lei ainda constitucional*<sup>45</sup> ou da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade*<sup>46</sup> (*Unvereinbarkeitserklärung*), nos casos em que a nulidade parece ser muito maior do que a manutenção da vigência da lei inconstitucional, ainda mais quando o objetivo seja a proteção do princípio democrático. Não se negue, todavia, que técnicas como estas, somadas à possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, culminam na relativização da teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Ainda deve ser ressaltado o “apelo ao legislador” – *Appellentscheidung* –, técnica derivada substancialmente da prática do *Bundesverfassungsgericht* e que se confunde, de certa forma, com a técnica da *lei ainda constitucional (noch verfassungsgemäss)*.

O apelo ao legislador, na lição de Gilmar Mendes, “configura peculiar *sentença de rejeição de inconstitucionalidade*”, tendo conteúdo preventivo, “operando no ‘campo preliminar da patologia constitucional’”<sup>47</sup>.

42 Voto do Ministro Ayres Britto.

43 COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*, p. 228. No vernáculo: “A Corte, se possível, deve dar à lei uma interpretação que lhe garanta a eficácia”.

44 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1257.

45 Como no RE 147.776, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, sobre a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil *ex delicto* em prol de pessoas carentes, legitimidade esta que passou a ser da Defensoria Pública, ainda não organizada em muitos Estados-membros.

46 É o caso da ADIn 2.240, que trata da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães ao arripio do art. 18, § 4º, da CF.

47 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 406.

Na temática da democracia, o Tribunal alemão entendeu, quanto à divisão dos distritos eleitorais, que as *mudanças fáticas* conduziriam a um *processo de inconstitucionalização*, eis que não mais estava sendo atendido o princípio de igualdade eleitoral e, negando-se a declarar a inconstitucionalidade da legislação, apelou ao legislador para efetuar as modificações necessárias<sup>48</sup>.

Entre nós, o apelo, embora não tenha sido utilizado de forma clara e direta quanto à efetivação da democracia, pode ser implicitamente visualizado na decisão que, antecedendo a Lei de Ficha Limpa, conclamava a existência de previsão legal para a inelegibilidade por vida progressa<sup>49</sup>. Até mesmo alguns parâmetros foram oferecidos pelo Ministro Celso de Mello, como os princípios da presunção da inocência, da divisão funcional do poder e da proporcionalidade.

Por derradeiro, Gilmar Mendes chama ainda a atenção ao caráter pedagógico das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, no sentido de guiarem a atividade política posterior, o que não pode ser olvidado ao se tratar da temática:

Essa influência não se limita às questões submetidas diretamente à apreciação do Tribunal. Ao contrário, nota-se forte tendência das forças políticas de adaptarem-se ao entendimento já manifestado pelo Tribunal. Essa tendência atribui invulgar *eficácia prévia* (*Vorwirkung*) às suas decisões. Essa *eficácia prévia* revela-se sobretudo na tendência demonstrada pelo Parlamento de positivar as decisões, ou até mesmo as *recomendações* oriundas da Corte Constitucional.<sup>50</sup>

Por essa razão, embora o presente ensaio tenha cunho introdutório e se preste, precipuamente, para estabelecer as relações entre democracia e ativismo judicial, o que até mesmo nos gera o dever de intensificar tais estudos, nos parece evidente que não é mais possível conceber uma postura completamente despreocupada do Judiciário quanto ao Legislativo e nem mesmo uma estrita separação de poderes, como se essa construção montesquiana significasse a salvação do Estado de Direito.

Pelo contrário, hodiernamente, as Cortes Constitucionais, com ênfase no Tribunal alemão, têm assumido o seu papel pró-ativo, o que, pelo menos em um primeiro momento, tem se traduzido em benesses para a democracia.

48 *BVerfGE*: 16, 130.

49 ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello.

50 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 399.

## CONCLUSÃO

Na contemporaneidade, o jurídico não mais pode ser dissociado do político, nem menos obrigado ao exercício político do poder, como obrigaria uma postura montesquiana. É de Ovídio Baptista a observação que segue:

Esta é a questão que nos obriga a pensar numa profunda descentralização do poder, capaz de aproximá-lo do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador. A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser o agente “pulverizador” do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam.<sup>51</sup>

Ao depois, o Professor Canotilho lembra que a soberania popular, a partir do entendimento da “vontade do povo”, exige *materialmente* liberdade política, igualdade dos cidadãos e organização plural de interesses politicamente relevantes e, *procedimentalmente* – e aqui o que mais interessa –, instrumentos que garantam a *operacionalidade prática* do princípio. Além disso, ressalta que é a própria Constituição que fornece o “plano de construção organizatória da democracia”<sup>52</sup>.

E é evidente que a operacionalização do princípio democrático, longe de ser tarefa meramente legislativa, acaba sendo incumbência de todas as funções do Estado, inclusive para suprir eventuais omissões ou para corrigir incorreções das demais.

Essa é a tendência constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Hemus, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

BEÇAK, Rubens. Sobre a origem das normas constitucionais: a identificação do campo ético-moral e sua relação com o Direito. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO,

51 SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 316.

52 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 292.

- Ignácio Maria Poveda (Org.). *O direito e o futuro da pessoa*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva? *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, v. 1, p. 5-23, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti Ltda., 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations: which rest upon the legislative power of the States of the American Union*. 7. ed. Boston: Little Brown, 1903.
- DAHL, Robert. A. *Polyarchy – Participation and opposition*. 4. ed. New Haven: Yale University Press, 1973.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GICQUEL, Jean. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 18. ed. Paris: Montchrestien, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOFSTADTER, Richard. *Great Issues in American History*. New York: Vintage Books, 1958.
- HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas Y Administración Pública, A.C. e Fondo de Cultura Económica, 1999.
- \_\_\_\_\_; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, Inc., 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.
- MALBERG, Carré de. *Teoria general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PRZEWORSKI, Adam. *Transition to democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

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

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo, n 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.