

# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DEMOCRACIA

**Leonardo Souza Santana Almeida\***

**RESUMO:** Com o advento do constitucionalismo, que tem como características essenciais a separação dos poderes e a instituição de um rol de direitos fundamentais, exsurge a necessidade de se outorgar a um órgão da soberania estatal a missão de zelar pela supremacia da Constituição. Na cultura jurídica ocidental, prevaleceu a tese de que este órgão deveria ser o Tribunal Constitucional, distinto dos Poderes Executivo e Legislativo. No exercício da jurisdição constitucional, este órgão depara-se com a dificuldade contramajoritária, porquanto os juízes constitucionais não são eleitos pelo voto popular. A redefinição do princípio da separação dos poderes é fundamental para a compreensão do papel da jurisdição constitucional. Além disso, há a necessidade de uma nova compreensão do princípio democrático, aliando o seu aspecto formal com o substancial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição Constitucional. Separação dos Poderes. Democracia.

## 1. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional, como mecanismo assecuratório da supremacia da Constituição, sofre de inegável déficit democrático, deparando-se com a denominada “dificuldade contramajoritária”, em razão de não serem os juízes constitucionais eleitos pelo voto popular, ao contrário dos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Este artigo pretende destacar a relação entre a jurisdição constitucional, o princípio da separação dos poderes e a democracia, identificando, ao final, as tentativas de se conferir racionalidade à jurisdição constitucional, nas perspectivas teóricas do substancialismo e do procedimentalismo.

---

\* Juiz de Direito no Estado de Sergipe, Professor Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: [lssalmeida@yahoo.com.br](mailto:lssalmeida@yahoo.com.br).

Para a compreensão do princípio da separação dos poderes, teorizado primariamente por Montesquieu, analisaremos o advento do constitucionalismo, que alterou profundamente a atribuição das funções de cada um dos poderes estatais. O Poder Judiciário passou a assumir um caráter político, não no sentido de política partidária, mas como órgão responsável pela definição de questões fundamentais para a sociedade

No segundo capítulo, analisaremos o princípio democrático, que não pode mais ser compreendido apenas como o respeito às regras do jogo, passando a ser dotado de um inegável caráter substancial, que assume especial relevo diante da consagração de um rol de direitos fundamentais. Incumbe-lhe, portanto, o respeito aos direitos da minoria. Destaca-se, ainda, a adoção de estratégias para se conferir legitimidade democrática ao órgão incumbido do exercício da jurisdição constitucional.

## **2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FUNÇÃO TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO, ANTES E DEPOIS DO ADVENTO DO CONSTITUCIONALISMO**

A análise do princípio da separação dos poderes é fundamental para que possamos circunscrever o papel do Poder Judiciário no concerto entre os poderes estatais, tanto na concepção tradicional quanto na contemporânea, observando nesta última a influência do advento do constitucionalismo e, seguindo-se a ele, a instituição da jurisdição constitucional<sup>1</sup>.

O princípio da separação dos poderes, sistematizado por Montesquieu<sup>2</sup> em sua obra *O Espírito das Leis* (2000), com base no modelo inglês, propõe a divisão das funções estatais em três níveis: a) no plano funcional: a legiferação, a jurisdição e a execução; b) no plano institucional: o Parlamento, o Governo e os tribunais; c) a nível sociocultural: o povo (eleições dos membros da câmara baixa), a nobreza e o clero (nomeados pela Coroa para a câmara alta) e a Casa Real (CANOTILHO, 2000, p. 541).

Assim são definidas por Montesquieu (2000, p. 167-168) as funções estatais, oportunidade em que também destaca a necessidade de separação de tais funções:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se

que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

A separação dos poderes mereceu consagração nas Constituições modernas como instrumento, ao lado das liberdades individuais, de contenção do poder estatal. Nesse sentido, o artigo 16, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proclama que: “Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”<sup>3</sup>. Trata-se, portanto, de elemento essencial do constitucionalismo, como afirma Nicola Matteucci:

De acordo com tal definição [contida no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão], ainda hoje é habitual, na ciência jurídica como política, identificar o Constitucionalismo com a separação dos poderes, com o sistema de freios e contrapesos e com a balança dos diversos órgãos. (...) O Constitucionalismo coincide, deste modo, para muitos com a separação dos poderes. A tentação de aceitar esta identificação é muito forte, se não for por outros motivos, ao menos pelo prestígio das pessoas que a corroboraram: baste citar os nomes de Locke, Montesquieu e Kant. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 248).

A técnica da separação dos poderes envolve a repartição horizontal do poder estatal, sendo certo, contudo, que este é uno e indivisível. A

repartição das funções estatais funciona, assim, como instrumento para evitar a concentração de todo o poder em uma única instituição ou em uma única pessoa, fundamentada nas ideias centrais de que o poder detém o poder e de que o detentor do poder tende a abusar do mesmo. Pode-se acrescentar também o ganho em eficiência com a instituição de órgãos especializados para desempenhar tarefas específicas.

Revela-se oportuna a nomenclatura utilizada pela Constituição da República Portuguesa de 1976 que, em seu artigo 110, 1, prescreve: “São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais”, para a seguir determinar, no artigo 111, I, que: “Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição”. O constituinte português, certamente inspirado na constatação de ser o poder uno e indivisível, preferiu substituir a tradicional expressão “poderes” por “órgãos de soberania”. Como a nossa Constituição utiliza o termo “poderes”, assim procederemos neste artigo.

Na sociedade contemporânea, o Poder Judiciário, considerado por Montesquieu um “poder nulo”, diversamente dos demais poderes políticos, apresenta-se com uma nítida alteração na conformação das suas funções. Não se nega, ainda hoje, que a sua função precípua seja o exercício da jurisdição. Contudo, o que se entende por jurisdição passou por profundas mudanças, em especial com o advento do constitucionalismo.

Entendemos importante, nesse momento da análise, a exposição dos conceitos clássicos de jurisdição apresentados pelos juristas italianos Giuseppe Chiovenda e Carnelutti.

Chiovenda, cuja principal contribuição para o Direito Processual Civil consistiu em destacar a sua autonomia frente ao direito material, atribuía como função da jurisdição a atuação da vontade concreta da lei, deixando clara, assim, a separação entre as funções legislativa e jurisdicional. Apenas a primeira gozava de potencial criativo, sendo a jurisdição subordinada à lei. A função do juiz era meramente declaratória. Luis Guilherme Marinoni (2006, p. 34), enfatizando a relação entre a teoria de Chiovenda e a separação dos poderes, afirma:

Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía

ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar.

Para Carnelutti, a função da jurisdição seria a justa composição da lide, sob o entendimento de que à jurisdição incumbiria criar a norma individual destinada a reger o caso concreto. Contudo, para o exercício dessa atividade constitutiva estaria pressuposta a existência da lei. A diferença entre estas duas teorias revela-se no fato de que, enquanto Chiovenda adota para a jurisdição uma função declaratória (da vontade da lei), situando a sentença fora do ordenamento jurídico, Carnelutti adota a concepção unitária do ordenamento jurídico, conferindo à sentença natureza constitutiva (de criação da norma individual que irá reger o caso concreto). A decisão judicial, para Carnelutti, é, a um só tempo, ato de aplicação da norma geral e de criação da norma individual.

As duas teorias não divergem quanto à submissão do juiz à lei e à ausência de qualquer componente volitivo na sentença judicial, consoante adverte Luis Guilherme Marinoni (2006, p. 37):

Isso quer dizer que as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto *beberam na mesma fonte*, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza *a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada*.

Para Hans Kelsen, autor da *Teoria Pura do Direito*, há um aspecto volitivo na função jurisdicional que não pode ser desconsiderado, diante da multiplicidade de interpretações possíveis para a norma jurídica e do fato de não existir qualquer critério seguro para justificar a adoção de uma delas em detrimento das outras. Há, portanto, dois elementos

distintos no processo de interpretação/aplicação do direito: um cognitivo, representado pelo conhecimento do ordenamento jurídico, e outro volitivo, concernente à adoção de uma das interpretações possíveis dentro da moldura da norma superior.

Há, no componente volitivo da interpretação/aplicação do direito, um aspecto inegavelmente discricionário do julgador, não sujeito ao crivo da racionalidade. Exige-se apenas que a sua interpretação se enquadre no rol de possibilidades da norma hierarquicamente superior. Assim afirma Hans Kelsen (1998, p. 391):

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Ao conceituar a decisão judicial como ato de conhecimento e de vontade, Kelsen identifica como papel do juiz a criação do direito, assumindo a decisão judicial um inegável caráter constitutivo. Segundo esta teoria, não há que se falar em uma única decisão correta, cumprindo ao Poder Judiciário a tarefa de proferir uma decisão dentre as várias possíveis inseridas na moldura do Direito, criando a norma individual ou até mesmo geral (caso das decisões judiciais com eficácia vinculante e *erga omnes*) que vai reger o caso sob sua apreciação.

Mas foi com o constitucionalismo que ocorreu a verdadeira mudança na concepção de jurisdição, em especial com o advento das constituições europeias do segundo pós-guerra, impregnadas de valores positivados sob a forma de princípios e orientadas pelo pluralismo. A ideia de supremacia da Constituição, de que decorre a necessária compatibilização de todas as normas infraconstitucionais com aquela, por se apresentar como norma suprema do ordenamento jurídico<sup>4</sup>, conferiu à jurisdição um novo caráter,

pois passa a ser tarefa dos juízes não apenas aplicar a norma geral para o caso concreto, através de uma operação de subsunção, mas também aferir a compatibilidade desta norma com a Constituição.

A jurisdição constitucional vem sempre atrelada ao princípio da supremacia da Constituição, diante da necessidade de se outorgar a um órgão da soberania estatal a função de zelar pela sua condição de norma suprema do ordenamento jurídico. É conhecido o debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de qual órgão deveria ser incumbido da tarefa de guardião da Constituição. O primeiro sustentava que tal tarefa deveria ser confiada ao Presidente do Reich (o chefe do Poder Executivo), o segundo a um Tribunal Constitucional. Em outros países, notadamente os da tradição jurídica do *common law*, prevalece a concepção de que a Constituição deve ser protegida pelo Parlamento, seguindo a regra democrática da maioria.

Vale ressaltar, neste ponto, que a teoria e práxis constitucionais norte-americanas, desde o famoso Caso *Marbury vs Madison*, julgado pela Suprema Corte<sup>5</sup>, entende ser o Poder Judiciário o guardião da Constituição, incumbindo-lhe a função contramajoritária de aferir a constitucionalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo, sem que isso configure afronta ao princípio da separação dos poderes.

Na Europa do segundo pós-guerra, seguiu-se uma tendência de fortalecimento dos Tribunais Constitucionais, que passaram a exercer um forte controle sobre as normas infraconstitucionais e os atos do Poder Executivo, com o auxílio de ferramentas como o princípio da proporcionalidade, que orienta a atividade de ponderação de princípios, e técnicas de decisão, a exemplo da interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Tal tendência se acentuou na Alemanha, país de forte tradição teórica no Direito Constitucional e de notável influência sobre os juristas brasileiros.

O caráter polissêmico e lacunoso das normas constitucionais evidencia a natureza política da jurisdição constitucional, não na acepção de política partidária, mas sim de política como exercício de atividade que se caracteriza por escolhas e que, por sua relevância, interessa a todos os membros do grupo social. Nesse sentido, enfatiza Gisele Cittadino (2009, p. 62-63), ao tratar especificamente do controle concentrado de constitucionalidade:

(...) Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. Se a própria Constituição, como vimos, não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos.

No mesmo sentido, assinala Dieter Grimm (2006, p. 16):

(...) o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em um poder político. Contudo, permanece uma diferença, pois a aplicação do direito toma decisões de antemão dentro de um âmbito normativamente restrito. Ademais, ela não persegue objetivos políticos próprios e oferece, por isso, uma garantia maior de imparcialidade.

Dieter Grimm prossegue em sua análise, para afirmar que a jurisdição constitucional configura um caso especial, por se encontrar, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, muito mais perto da política do que os demais órgãos do Poder Judiciário. Para o referido autor, além de diferenças como o caráter mais lacunoso e indefinido das normas constitucionais, a diferença decisiva “reside em que o objeto de regulamentação da Constituição e, assim, o objeto de controle do tribunal constitucional consiste na própria política, incluindo a legislação”, operando a legislação constitucional na “interface de legislação e aplicação do direito, direito e política” (GRIMM, 2006, p. 16).

A Constituição, instituída originariamente para disciplinar a atuação do Estado, passa a regular também a sociedade, consoante aponta Gilberto Bercovici (1999, p. 9):



(...) As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assume conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a “ordem jurídica fundamental da comunidade”, ou seja, ela é a Constituição do Estado e da sociedade. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional. (...)

Nesse contexto, o princípio da separação dos poderes não pode mais ser compreendido em sua acepção tradicional, que impede ao Poder Judiciário adentrar nas searas administrativa e legislativa. Considerando a função eminentemente política da jurisdição constitucional e a atuação das Cortes Constitucionais, pode-se fazer coro à afirmação de que “a divisão entre os três poderes está sendo superada” (VIANNA, 2010), para dar lugar a um sistema de cooperação entre os Poderes, em que a ênfase está na existência de um diálogo institucional entre os Poderes<sup>6</sup> e não na separação absoluta das funções estatais.

### **3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Ao reconhecermos o caráter político da jurisdição constitucional, adentramos em um tema polêmico, que vem sendo estudado por constitucionalistas, filósofos do direito e cientistas políticos, qual seja, a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário ou do Tribunal Constitucional para lidar com questões que envolvem a escolha de opções igualmente razoáveis e fundadas em normas constitucionais.

Para o desenvolvimento deste tópico, é fundamental a apresentação do conceito de democracia adotado neste trabalho.

Tradicionalmente, a democracia identifica-se com o respeito às

“regras do jogo”, o que aponta para a legitimação procedimental no Estado de Direito, em que deve prevalecer a vontade da maioria. Nesse sentido, temos a teoria política de Schumpeter, segundo a qual “existe Democracia onde há vários grupos em concorrência pela conquista do poder através de uma luta que tem por objeto o voto popular” (*apud* BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 236).

O advento do constitucionalismo e, com ele, a positivação de direitos fundamentais nas Constituições dos Estados Nacionais, ampliou o conceito de democracia, sendo possível afirmar hoje que esta não compreende apenas o respeito às “regras do jogo” ou o “governo da maioria”, mas também a proteção e a promoção dos direitos fundamentais. Trata-se da compatibilização da democracia formal com a democracia substancial, classificada por Norberto Bobbio como indicativa de “um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios para os alcançar” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 329).

Norberto Bobbio, concluindo o verbete “democracia” do *Dicionário de Política* por ele organizado juntamente com outros autores, assim expressa o que entende por “Democracia Perfeita”: “O único ponto sobre o qual uns e outros poderiam convir é que a Democracia perfeita – que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto – deveria ser simultaneamente formal e substancial” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 329).

Os direitos fundamentais, tradicionalmente considerados como limitações ao poder estatal, passam a servir, nessa perspectiva, como instrumentos destinados a viabilizar a “utópica” democracia perfeita, no sentido de Bobbio, relacionando a democracia formal ou procedimental com a democracia substancial, protegendo e garantindo, dessa forma, os direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade, inclusive dos grupos minoritários.

Acerca da relação intrínseca entre os direitos fundamentais e o princípio democrático, fornece-nos preciosa lição Michelangelo Bovero. Para este autor, são condições (internas) da democracia alguns direitos fundamentais, precisamente os direitos políticos, que instituem a liberdade e a igualdade democráticas. Seriam precondições (externas) da democracia outros direitos fundamentais cuja violação possa comprometer e tornar vão o exercício dos direitos políticos, sendo

classificados como tais algumas liberdades públicas de matriz liberal e alguns direitos sociais, como educação e subsistência (BOVERO, 2002, p. 37).

No mesmo sentido, propondo a substituição da democracia popular pela democracia do cidadão, assinala Peter Häberle (1997, p. 38-39):

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo – termo sujeito a entendimentos equívocos – a partir da ideia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o Povo” converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo.

A existência de norma constitucional contendo limitação expressa ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º, IV) revela o empenho do constituinte originário em proteger os direitos fundamentais, dentre outras matérias, da sanha reformadora da maioria do Parlamento<sup>7</sup>. Assegura-se, assim, a proteção aos direitos das minorias.

Da consagração dos direitos fundamentais como “regras preliminares à realização do jogo” (NEVES, 2006, p. 154) democrático, exsurge a legitimidade da jurisdição constitucional, que se apresenta como “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático” (MOREIRA, 1995, p. 177).

Guy Scoffoni (1999, p. 250), referindo-se ao constitucionalismo norte-americano, afirma:

O constitucionalismo americano apresenta então uma definição da democracia que não se reduz à consagração da regra majoritária, mas faz da Constituição o primeiro instrumento de proteção dos direitos individuais. A doutrina dos direitos naturais, particularmente enraizada no

contexto americano, legitima a missão conferida ao juiz, na tradição liberal, de proteger os direitos fundamentais contra os atentados eventuais do poder majoritário<sup>8</sup>.

Com efeito. Não é suficiente a previsão de direitos fundamentais no texto constitucional para a proteção e promoção dos direitos das minorias. Também não basta que essas normas sejam imunes ao poder constituinte reformador. Faz-se necessária a existência da jurisdição constitucional, para que juízes e tribunais possam analisar os atos administrativos e legislativos à luz da Constituição, e invalidá-los, caso violem as suas normas, em especial no que tange aos direitos fundamentais.

A ideia de supremacia da Constituição e a existência de um ou vários órgãos incumbidos de exercer a jurisdição constitucional não é aceita sem ressalvas. Opõe-se ao exercício do controle de constitucionalidade o argumento de que os juízes constitucionais carecem de legitimidade democrática, por não terem sido, ao contrário dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo, eleitos pelo povo, além de não serem responsáveis politicamente. Não poderiam, assim, adotar a sua própria interpretação constitucional em detrimento da interpretação adotada pelos poderes ditos políticos. Revela-se, assim, a chamada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*).

Há, como afirmamos alhures, um componente inegavelmente discricionário na decisão constitucional, emergindo, portanto, estratégias de legitimação conducentes à minimização deste componente discricionário, “revestindo-o de uma fundamentação racional, que deve ser compartilhada com a comunidade” (BARROSO, 2009b, p. 56).

Revela-se merecedora de atenção a sistematização trazida por Guy Scoffoni (1999) quanto às estratégias de legitimação do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional. O referido autor adota como referência a experiência constitucional dos Estados Unidos da América, mas as suas assertivas são passíveis de generalização a todos os Estados que adotam a jurisdição constitucional.

A existência da jurisdição constitucional faz este autor se referir a uma democracia jurídica, porquanto decisões de extrema relevância para a vida da sociedade são decididas pelo Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos democraticamente, com base na supremacia da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais.

Para Guy Scoffoni (1999, p. 249), a legitimidade do juiz constitucional deve-se aferir a partir de um triplo ponto de vista, a saber: a legitimidade institucional, a legitimidade funcional e a legitimidade social.

A primeira (legitimidade institucional) se apresenta pela composição pluralista dos tribunais, pela designação política dos juízes e pela sua independência. Ademais, revela-se importante, na visão do referido autor, a ausência da “última palavra” da jurisdição, porquanto o poder político pode, através da revisão constitucional, contornar a decisão adotada pelo Poder Judiciário<sup>9</sup>.

A legitimidade funcional decorre da função conferida historicamente à Suprema Corte ou ao Tribunal Constitucional de interpretar e garantir a Constituição, o que, nos Estados Unidos da América, decorre de construção jurisprudencial, ao passo que em outros Estados soberanos resta expresso na própria Constituição. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, confere ao Supremo Tribunal Federal a missão de guardião da Constituição. Nesse aspecto, revela-se importante a compatibilidade entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, a que já se fez menção nesse trabalho.

Por fim, a legitimidade social é derivada da constante interação entre a Suprema Corte e a opinião pública. Para Scoffoni (1999, p. 251), “levar em consideração a opinião pública configura uma exigência essencial na estratégia de legitimação da Corte”<sup>10</sup>. O referido autor identifica as seguintes estratégias adotadas pela Suprema Corte americana, todas referidas à consideração da opinião pública no processo decisório: i) através de suas decisões, a Corte exprime a vontade de responder a uma demanda social; ii) a Corte se apoia, em suas decisões, sobre uma grande parcela da opinião pública, esclarecendo o autor que ela pode limitar ou frustrar certas mudanças contra o desejo da opinião majoritária, mas não pode por muito tempo se opor às expectativas da maioria dos cidadãos<sup>11</sup>; iii) o diálogo constitucional existente entre os cidadãos, os advogados e os juízes, proporcionado pela exceção de inconstitucionalidade (SCOFFONI, 2009, p. 269).

Luís Roberto Barroso (2009b, p. 57) elenca alguns argumentos de legitimação da jurisdição constitucional, que podem ser assim resumidos: i) necessidade de ampliação da atuação do Poder Judiciário como fator de equilíbrio diante da expansão dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno, com o crescimento do papel do Estado proporcionado pelo surgimento do *welfare state*; ii) a jurisdição constitucional funcionaria

como instrumento destinado a superar o déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, que têm a sua composição e atuação desvirtuadas “por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo”; iii) compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia substancial; iv) a jurisdição constitucional como mecanismo apto a assegurar o exercício e o desenvolvimento dos procedimentos democráticos.

Ressaltamos, por fim, que, atualmente, está superado o arquétipo do magistrado isolado da sociedade e que, no recôndito do seu gabinete de trabalho, prestando contas apenas à sua consciência, profere as suas decisões. Hoje, a sociedade exige que as suas aspirações sejam levadas em consideração não só pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário. Nesse ponto, é importante lembrar que todo o poder emana do Povo<sup>12</sup>, como enuncia o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Não defendemos, contudo, um populismo judicial, no sentido de que o magistrado deve guiar-se pela maioria ocasional, mas sim que ele deve levar em consideração o conjunto das posições razoáveis expressas pelos membros da sociedade (SCOFFONI, 1999, p. 270). Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso (2010, p. 37):

(...) O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único

e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade.

Portanto, a democracia é por nós entendida em seu duplo sentido (formal e material). A partir do conceito material de democracia, umbilicalmente ligado à positivação dos direitos fundamentais, legitima-se a jurisdição constitucional, que funciona como mecanismo jurídico destinado a assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição e, em especial, a garantir a observância dos direitos fundamentais nas relações jurídicas.

Contudo, entendemos não ser suficiente a identificação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional em razão da positivação dos direitos fundamentais. Revela-se necessária, e nesse sentido nos aproximamos das ideias de Peter Häberle, a admissão da participação conteudística dos membros da esfera pública pluralista e dos demais agentes institucionais na interpretação e aplicação da Constituição.

É importante destacar, ainda, que o caráter político da Constituição e, por decorrência, da jurisdição constitucional, não pode obscurecer o papel da política na configuração da realidade constitucional. Consoante destaca Gilberto Bercovici (2004, p. 22), “a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica”. O juiz constitucional não pode ter a pretensão de substituir o governo do povo, instaurando uma espécie de “positivismo jurisprudencial” (BERCOVICI, 2004, p. 21). Oportuna, no mesmo sentido, é a explanação de Gustavo Ferreira Santos (2006, p. 53), propondo a conciliação entre a ideia de supremacia da Constituição e o princípio democrático:

Identificamos, ainda, uma necessidade de que a interpretação da Constituição se reconcilie com a natureza democrática do Estado, encontrando para o princípio democrático um papel de relevo. O intérprete/aplicador da Constituição não deve atuar com vistas a fechar as portas aos representantes e ao povo, mas deve velar pela abertura dos canais de participação e decisão, evitando criar empecilhos ao debate político não razoavelmente encontráveis no

texto constitucional. Trata-se de uma recomposição do papel da política na vida cotidiana, que exige uma nova postura de quem busca interpretar a Constituição.

#### 4. CONCLUSÃO

Para a compreensão do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional, revela-se fundamental a análise do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático.

Como pode ser constatado neste artigo, na atual compreensão do princípio da separação dos poderes, que decorre do advento do constitucionalismo, a jurisdição constitucional apresenta-se como fundamental para assegurar a supremacia da Constituição. O seu papel político, no sentido de definição de questões fundamentais para a vida da sociedade, é evidente, não havendo colisão com a função a ser desempenhada pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A dificuldade contramajoritária, inerente à função de legislador negativo exercida pelo órgão incumbido do exercício da jurisdição constitucional, é superada, quando identificamos na democracia um aspecto material, para além do seu caráter puramente formal. À jurisdição constitucional, dessa forma, incumbe o relevante papel de assegurar a supremacia da Constituição, protegendo os direitos fundamentais nela catalogados e impedindo que as maiorias ocasionais violem os direitos das minorias.

Para o exercício da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário deve observar estratégias de legitimação democrática, das quais revela-se como fundamental a observância da opinião pública, não no sentido de se defender um “populismo judicial”, mas sim que as diversas visões do fenômeno jurídico apresentadas pelos integrantes da esfera pública pluralista sejam levadas em consideração.

Pode-se concluir, portanto, que o princípio da separação dos poderes e a democracia não se apresentam como óbices à existência de um órgão incumbido do exercício da jurisdição constitucional, porquanto o Poder Judiciário, no exercício desta função, não exerce função executiva ou legislativa, mas sim função própria, essencial à garantia da supremacia da Constituição.



## JUDICIAL REVIEW: CONFRONTATION WITH THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND DEMOCRACY

**ABSTRACT:** With the advent of constitutionalism, which has as its essential characteristics the separation of powers and the establishment of a catalog of fundamental rights, arises the need to grant to an organ of state sovereignty the mission of ensuring the supremacy of the Constitution. In Western legal culture, the prevailing view that this body should be the Constitutional Court, distinct from the executive and legislative branches. In the exercise of constitutional jurisdiction, this body is faced with the countermajoritarian difficulty, because constitutional judges are not elected by popular vote. The redefinition of the principle of separation of powers is fundamental to understanding the role of constitutional jurisdiction. In addition, there is the need for a new understanding of the democratic principle, combining their formal aspect with substantial.

**KEYWORDS:** Judicial Review. Separation of Powers. Democracy.

### Notas

<sup>1</sup> Utilizaremos o termo “jurisdição constitucional” na acepção de “gênero” que compreende a aplicação direta da Constituição por juízes e tribunais nas situações por aquela explicitadas, bem como o exercício do controle de constitucionalidade, que se verifica quando a Constituição serve de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade (BARROSO, 2009b, p 3).

<sup>2</sup> Não desconhecemos que a ideia da separação dos poderes remonta a filósofos gregos e romanos, a exemplo de Aristóteles e Cícero. Contudo, nos tempos modernos, foram Locke e Montesquieu quem sistematizaram tal concepção, sendo largamente adotada no mundo ocidental a teoria deste filósofo francês.

<sup>3</sup> Tradução livre do original: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution”.

<sup>4</sup> A ideia de supremacia da Constituição sofreu a forte influência, no mundo ocidental, da teoria de Konrad Hesse (1991), que ressalta, em contraposição às ideias de Ferdinand Lassalle (2005), a força normativa da Constituição.

<sup>5</sup> A Constituição norte-americana não faz referência à jurisdição constitucional, sendo a sua instituição resultado de construção jurisprudencial atrelada ao princípio da supremacia da Constituição. Nesse sentido, afirma Barroso (2009b, p. 5): “Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza”.

<sup>6</sup> Com base na doutrina constitucional norte-americana, Flávia Martins de Carvalho, José Ribas

Vieira e Mônica Campos de Ré (2009, p. 85) asseveram, a par da representação argumentativa que identificam na jurisdição constitucional, exercida pelo Supremo Tribunal Federal com base na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a premente necessidade de uma postura mais cooperativa por parte dos Ministros, seguindo a advertência de Cass Sunstein, para quem “a interpretação da Constituição deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, o qual, em muitos casos, pode conduzir a uma postura de autocontenção por parte dos magistrados em situações controversas”.

<sup>7</sup> Demonstrando o que ora dizemos quanto ao excesso de reformas constitucionais, basta analisar a nossa Constituição atual, que difere, em muito, daquela promulgada em outubro de 1988, contando, atualmente, com 75 Emendas ordinárias e 6 de revisão.

<sup>8</sup> Tradução livre do original: “Le constitutionalisme américain repose donc une définition de la démocratie qui ne se réduit pas à la consécration de la règle majoritaire mais fait de la Constitution, le premier instrument de protection des droits individuels. La doctrine des droits naturels, particulièrement enracinée dans le cadre américain, légitime la mission impartie au juge, dans la tradition libérale, de protéger les droits fondamentaux contre les atteintes éventuelles du pouvoir majoritaire.

<sup>9</sup> No original: “Elle repose ensuite sur l’absence de ‘dernier mot’ de la juridiction, le pouvoir majoritaire pouvant par une révision constitutionnelle, contourner la décision rendue. Ainsi, le juge, dans une démocratie, reste légitime parce qu’il ne constitue pas un obstacle insurmontable”. (SCOFFONI, 1999, p. 249).

<sup>10</sup> No original: “La prise en compte de l’opinion publique demeure une exigence essentielle dans la stratégie de légitimation de la Cour”.

<sup>11</sup> No Brasil, Luís Roberto Barroso (2010, p. 36) exemplifica três casos em que o Supremo Tribunal Federal, atendendo aos anseios da opinião pública, revisou antigas jurisprudências da Corte. São eles: “a limitação das hipóteses de foro por prerrogativa de função (cancelamento da Súmula nº 394); a proibição do nepotismo, conduta que por longo tempo foi social e juridicamente aceita; e a imposição de fidelidade partidária, penalizando o “troca-troca” de partidos após as eleições”.

<sup>12</sup> Ressaltamos que não concebemos o “povo” como conceito representativo de uma massa de pessoas portadora de uma “vontade geral” de matriz rousseauiana, mas sim como conceito identificado com o de cidadãos, pessoas com distintas ideias, princípios e valores, cujas vontades devem ser consideradas na formação da vontade política.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 07 nov. 2010.
- \_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: *Lua nova*, 2004, n. 61, p. 5-24.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 13. ed. Brasília: UnB,

2007.

BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. In: *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, n. 16, abr. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO, Flávia Martins; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista internacional de direito e cidadania*, n. 5, p. 81-92, outubro/2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Leandro Farina. 2.ed. Campinas: Minelli, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. vol. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São

Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. In: *Revista de informação legislativa*, v. 172, p. 45-55, 2006.

SCOFFONI, Guy. La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 51. n. 2. Abril-Junho 1999. p. 243-280.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

VIANNA, Luiz Werneck. A divisão entre os três poderes está sendo superada. Disponível em: <<http://www.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=9685>>. Acesso em: 02.ago.2010.