

# **XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

## **DIREITO CONSTITUCIONAL II**

**MARCELO NEGRI SOARES**

**RUBENS BEÇAK**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcelo Negri Soares; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-574-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## DIREITO CONSTITUCIONAL II

---

### **Apresentação**

#### DIREITO CONSTITUCIONAL II

É com imensa satisfação que o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito torna público à comunidade científica o conjunto dos artigos aprovados e apresentados no Grupo de Trabalho intitulado DIREITO CONSTITUCIONAL II, produzidos no XI Encontro Internacional do CONPEDI, sob o enfoque dos DIREITOS SOCIAIS, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA, realizado presencialmente em Santiago do Chile entre os dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022. Foram diversas temáticas tratadas, neste que foi o primeiro encontro científico presencial após a pandemia do COVID-19, dentre esses temas, foram apresentados trabalhos sobre: os meios alternativos de solução de conflitos para desafogar o Judiciário na esfera dos conflitos envolvendo a Administração Pública; a natureza jurídica da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que não existe como ação, mas sim como reclamação ou arguição; Lei Geral de Proteção de Dados: a proteção e exclusão de dados; a dicotomia entre imunidade e isenção tributária na inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 187/2021 para regulamentação das contribuições sociais das instituições beneficentes de assistência social (terceiro setor); contextualizando a cidade de Araraquara, com reinserção do idoso no meio social, em vista do aumento da população idosa; o problema da segregação humana pelo avanço tecnológico e dificuldade de acesso; destaque para a questão da mídia jornalística e blogs na liberdade de expressão versus direito ao esquecimento e a proteção dos direitos da personalidade; o fenômeno do politicamente correto na incidência versus ponderação (debate entre Friedrich Muller e Alexy); a questão se o voto aberto pode interferir no resultado final da votação, com a possibilidade de avaliação do representante pelos seus representados, isto é, a outorga da transparência; sobreposição da culturalização, desconstrução das práticas sociais aceitas e dissociação entre direito e cultura na proteção dos bens jurídicos sob a ótica da dignidade da pessoa humana; binômio laicidade do estado e liberdade religiosa; crítica o quórum para iniciativa popular em Emendas Constitucionais no Brasil; estudo comparado no juiz de garantias; a interpretação jurídica em Ronald Dworkin para uma Constituição pluralista e democrática, a partir de uma ideia política; separação de poderes: o Poder Judiciário como poder nulo versus um certo ativismo e o constitucionalismo popular na construção da democracia; judicial review e ativismo judicial; por fim, sobre a cláusula democrática no MERCOSUL e a questão do Paraguay.

Trata-se de coletânea composta diversos trabalhos aprovados oralmente, sendo que também foram submetidos previamente ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de vinte e três proeminentes pesquisadores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, incluindo alguns mestrandos e doutorandos.

Nesta esteira, a coletânea que ora se apresenta é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e com o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação. Importante lembrar, ainda, da contribuição deste congresso com a formação de novos pesquisadores.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Santiago (Chile), 17 de outubro de 2022.

Prof. Pós-Dr. Marcelo Negri Soares - Coordenador de GT Conpedi – UNICESUMAR-PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - Coordenador de GT Conpedi – Livre-docente - USP

# SEPARAÇÃO DE PODERES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

## SEPARATION OF POWERS AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE TENSION BETWEEN DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM

Silvagner Andrade de Azevedo <sup>1</sup>  
Alexandre de Castro Coura <sup>2</sup>

### Resumo

O artigo analisa o princípio da separação de poderes no paradigma do Estado Democrático de Direito, a partir do pressuposto de um direito constitucionalizado que incorpore em si a tensão entre democracia e constitucionalismo. Investiga sob quais novas premissas desse princípio, e sob quais condições, repousa a legitimidade do Poder Judiciário em estabelecer limites à democracia. Parte da hipótese de que os pressupostos da separação de poderes devem ser considerados para além da clássica divisão de funções estatais, que, em sua origem, qualificava o Poder Judiciário como um “poder nulo”. Conclui que a jurisdição constitucional assume o papel de participar efetivamente em um quadro renovado de separação e poderes, no qual não se pode desconsiderar a tensão entre a garantia do princípio democrático e os limites à vontade popular, quando esta, de alguma forma ou por meio dos demais poderes constituídos, atentar contra a própria constituição ou o regime democrático.

**Palavras-chave:** Separação de poderes, jurisdição constitucional, Poder judiciário, Constitucionalismo, Democracia

### Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the principle of separation of powers in the paradigm of the Democratic Rule of Law, based on the assumption of a constitutionalized law that incorporates the tension between democracy and constitutionalism. It investigates under which new premises of this principle, and under which conditions, the legitimacy of the Judiciary Power rests in establishing limits to democracy. It starts from the hypothesis that the assumptions of the separation of powers must be considered beyond the classic division of state functions, which, in its origin, qualified the Judiciary as a “null power”. It concludes that constitutional jurisdiction assumes the role of effectively participating in a renewed framework of separation and powers, in which one cannot ignore the tension between the guarantee of the democratic principle and the limits to the popular will, when this, in some way or through of the other constituted powers, to attempt against the constitution itself or the democratic regime.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Separation of powers, Constitutional jurisdiction, Judicial power, Constitutionalism, Democracy

## 1 INTRODUÇÃO

Após mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que restabeleceu a democracia e instituiu um Estado Democrático de Direito no Brasil, de forma recorrente vê-se pelas ruas do país, adesivada em veículos e estampada em camisetas verde-amarela, a frase “Supremo é o povo!”. A manifestação integra uma onda de críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) frente a decisões que limitam ou invalidam ações e manifestações do chefe do Poder Executivo federal.

Sintaticamente, a frase revela a identificação de duas palavras: supremo e povo. Sendo aquela qualificadora desta, o sentido semântico da frase sugere a reafirmação do princípio da soberania popular. Afinal, tanto esse princípio quanto a frase, assim compreendida, reforçam o caráter soberano (supremo) do povo que, desde Rousseau, é convocado a ocupar e legitimar o lugar do poder soberano do Estado.

Contudo, o duplo sentido da frase só é revelado em sua dimensão pragmática. Quando, no contexto da análise, o que se identifica são dois substantivos – “supremo” (em referência ao Supremo Tribunal Federal) e “povo” –, a frase revela seu sentido crítico: desqualificar as decisões do STF que limitam ou restringem a atuação do chefe do Executivo federal, eleito diretamente pelo voto popular, o que, supostamente, dar-lhe-ia legitimidade para atuar sem a limitação daquele (supremo) tribunal constitucional. A mesma crítica poderia ser também dirigida ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário sobre a atividade do Legislativo, cujos representantes são igualmente eleitos por meio do voto popular.

O exemplo que vem das ruas é simbólico da grave crise institucional e constitucional que se instalou no país, notadamente a que afeta a separação de poderes, elemento central do constitucionalismo moderno. Mas revela um incômodo – ou, mais precisamente, um equívoco –, que aqui se pretende esclarecer, em relação ao suposto déficit democrático na atuação do Judiciário para limitar os demais poderes constituídos, Executivo e Legislativo, que se legitimariam como expressão maior da democracia, uma vez que seus representantes são eleitos diretamente pelo voto popular.

A questão da limitação e separação dos poderes do Estado não é recente e já apresentou respostas diversas acerca das funções a serem legitimamente desempenhadas pelos

poderes constituídos, especialmente a amplitude do *checks and balances system*. Desde *Marbury v Madison*, em 1803, o fortalecimento do Judiciário no esquema de separação de poderes coloca-o não mais como um “poder nulo”, mas com a devida força para participar no controle recíproco entre os poderes.

A superação da hipótese do déficit democrático na atuação do Judiciário para limitar os demais poderes constituídos deve levar em conta que o constitucionalismo moderno não nasceu democrático. Ele integra-se em tensão com a democracia no início do século XX, a partir da Constituição de Weimar, em 1919, justamente na tentativa de compatibilizar os elementos clássicos do constitucionalismo (nomeadamente, o Estado de Direito, o governo limitado e os direitos fundamentais) e o princípio democrático da soberania popular.

O estabelecimento dessa tensão acompanhou a evolução da teoria jurídico-política e contribuiu para redimensionar o princípio da separação de poderes ao longo do eixo histórico do constitucionalismo, ora ampliando ora restringindo a participação de cada poder na garantia dos princípios constitucionais em cada paradigma estatal. Desde então, “[...] o sistema de freios e contrapesos determinou afinal não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles” (PIÇARRA, 1988, p. 184).

Diante da impossibilidade de o povo governar-se diretamente, a soberania popular expressa-se como poder delegado pelo próprio povo aos poderes constituídos que, por sua vez, submetem-se às regras do constitucionalismo e do governo moderado. Dessa maneira que, sob aquela tensão, é possível falar em limites à democracia; ou, mais precisamente, em limites à atuação de poderes constituídos, mesmos os eleitos de forma direta pelo voto popular.

Assim, a análise que aqui se pretende realizar parte do seguinte questionamento: considerando o princípio da separação de poderes à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, como (re)pensá-lo a partir de um direito constitucionalizado que incorpore em si a tensão entre democracia e constitucionalismo? De forma mais específica, sob quais novos pressupostos desse princípio, e sob quais condições, repousa a legitimidade do Poder Judiciário em estabelecer limites à democracia?

Muitas são as possibilidades de análise dessas questões. Nos limites deste texto, pretende-se discuti-las levando-se em consideração as premissas do princípio da separação de poderes no paradigma do Estado Democrático de Direito, cujo significado, hoje, difere daquelas desenvolvidas em outros contextos históricos. Por essa razão, “certas pré-compreensões, típicas dos paradigmas jurídicos de maior sucesso na modernidade, devem ser criticamente analisadas, uma vez que, ainda hoje, concorrem entre si no âmbito da atividade jurisdicional” (COURA, 2009, p. 43).

Assim, parte-se da hipótese de que compreender, hoje, a atuação do Poder Judiciário como um “poder nulo”, como no tempo e na tradição francesa de Montesquieu, sem legitimidade e instrumentos para conter os demais poderes nos casos de afronta à constituição e à democracia, é desconsiderar os riscos e a tensão, que aqui se pretende afirmar, necessária à garantia da constituição e do próprio regime democrático.

Essa hipótese pode parecer já superada, sem necessidade de uma reflexão acerca de sua confirmação, mas as atuais e recorrentes crises institucionais entre os poderes constituídos, bem como a construção de uma narrativa que pretende desqualificar as ações do Poder Judiciário por suposto déficit democrático, apontam para a necessidade de se refletir sobre as origens e a atualidade do princípio da separação de poderes em um contexto constitucional de tensionamento entre os poderes constituídos.

No desenvolvimento dessas questões, o primeiro tópico do artigo analisa a relação entre o surgimento do princípio da separação de poderes e o constitucionalismo moderno clássico, com destaque para os pressupostos iniciais desse princípio na tradição inglesa e francesa do século XVIII, diretamente ligados à estratégia de limitação do poder estatal e garantia dos direitos naturais.

O segundo tópico lança um olhar sobre a separação de poderes no paradigma do Estado Liberal de Direito, consolidado no século XIX. Nesse contexto, a premissa da lei como expressão quase que exclusiva do direito fez surgir os pressupostos iniciais da separação de poderes, com a prevalência do Legislativo e o “apagamento” da importância do Judiciário, reduzido à função de “boca da lei”, conforme designação dada por Montesquieu.

O último tópico relaciona o papel da jurisdição constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual a tensão entre constitucionalismo e democracia faz

surgir novos pressupostos da separação de poderes, como forma de, simultaneamente, preservar o princípio democrático e garantir os limites impostos pela constituição.

## 2 CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES

Em *Constitución – De la Antigüeda a Nuestros Días*, o jurista italiano Maurizio Fioravanti traça um compreensivo panorama histórico dos conceitos de constituição e do desenvolvimento de seus elementos na cultura ocidental. Para muito além de um documento estrito de fundação política, Fioravanti busca reconstruir um conceito de constituição em que seja possível sua análise da Antiguidade até nossos dias, como revela o subtítulo da obra. Para tanto, como objeto de estudo, entende a constituição como “*ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas.*” (FIORAVANTI, 2011, p. 11)

Como esse conceito alargado de constituição, o autor apresenta as características constitucionais fundamentais de cada época, dividindo-as em “constituição dos antigos” (na experiência greco-romana da *politeia* e da *res publica*), “constituição medieval” (período em que os poderes da igreja, dos reis e dos senhores feudais atuavam no ordenamento das relações sociais e políticas) e “constituição dos modernos” (que se inaugura com as doutrinas sobre a soberania do Estado, nos séculos XVI e XVII, notadamente de Jean Bodin e Thomas Hobbes).

Nesse amplíssimo quadro constitucional, o constitucionalismo moderno surge como “*el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto de límite y de la garantía*” (FIORAVANTI, 2011, p. 85)<sup>1</sup>. Assim, diante do já consolidado poder soberano do Estado, teorizado pelos autores contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau), o constitucionalismo moderno, em sua essência – e como parte da estratégia contratualista –, surge diante da necessidade de se impor limites a esse poder (nesse contexto, principalmente do Executivo, exercido pelo monarca) e de se garantir os direitos – direitos individuais de igualdade formal e liberdade política – diante desse mesmo poder soberano, instituído na forma de um contrato social entre governantes e governados.

---

<sup>1</sup> “O conjunto de doutrinas que, aproximadamente a partir de meados do século XVII, se dedicaram a recuperar o aspecto de limite e garantia no horizonte da constituição dos modernos”. (Tradução livre)

A doutrina da separação de poderes nasce, portanto, imbricada nas ideias constitucionalistas como estratégia de limitar o poder e garantir os direitos. No contexto iluminista, a razão é utilizada para questionar e justificar o poder do estado. Nessa empreitada intelectual, a concentração e o abuso do poder estatal por parte de uma monarquia de “direito divino” constituem-se os primeiros obstáculos. Com destaque, duas tradições irão desenvolver a doutrina da separação de poderes do Estado: a tradição inglesa, a partir de John Locke; e a tradição francesa, com influência de Rousseau e Montesquieu.

A contribuição de Locke assenta-se na fundamental distinção entre um poder absoluto e um poder moderado. A qualidade moderada do poder seria “*la mayor y más concreta garantía de los derechos de los individuos: saber que quien tiene el poder de legislar sobre ellos no tiene ningún poder directo de coacción, y viceversa*” (FIORAVANTI, 2011, p. 93)<sup>2</sup>.

A fórmula de poder moderado de Locke busca evitar que Legislativo e Executivo se confundam, criando um espaço constitucional em que “*se construye una relación prudente y equilibrada entre legislativo y ejecutivo, de manera que prevenga y evite la formación de una dimensión absoluta del poder que amenace los derechos de los individuos*” (FIORAVANTI, 2011, p. 94)<sup>3</sup>.

Nesse espaço constitucional, o Poder Judiciário ainda não projetava, de forma autônoma, sua relevância para o constitucionalismo e a garantia dos direitos individuais. No quadro da separação de poderes proposto por Locke, “não havia, até então, a função judiciária propriamente dita, confundindo-se esta em certa medida com o Executivo, que tinha como atribuição principal, segundo a visão lockeana, a execução das leis” (OMMATI; FARO, 2012, p. 179). Pensava-se a limitação do (poder do) Estado essencialmente pela via legislativa.

Mas é com Montesquieu que a doutrina da separação de poderes resplandece e se consolida na cultura ocidental. No célebre décimo primeiro livro de “O espírito das leis”, apresenta as bases de sua teoria sobre o poder moderado do Estado: “não há outro meio a não ser instaurar um governo que obedeça ao princípio de moderação” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 238).

---

<sup>2</sup> “a maior e mais concreta garantia dos direitos dos indivíduos: saber que quem tem o poder de legislar sobre eles não tem nenhum poder direto de coação, e vice-versa”. (Tradução livre)

<sup>3</sup> “se construa uma relação prudente e equilibrada entre o legislativo e o executivo, de modo a prevenir e evitar a formação de uma dimensão absoluta de poder que ameace os direitos dos indivíduos”. (Tradução livre)

Montesquieu (2012, p. 254) começa apontando a influência do poder na natureza humana: “temos, porém, a experiência eterna, de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo até que encontre algum limite”; para então apresentar o cânone da separação de poderes: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder”.

É nessa disposição de ideias que a tripartição do poder, e a respectiva divisão de funções estatais entre órgãos distintos, apresenta-se como forma ideal de moderação dos governos. Para que haja verdadeira liberdade política, o exercício desses três poderes, “o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares” (MONTESQUIEU, 2012, p. 256), não dever ficar concentrado em uma única pessoa nem em um grupo de pessoas. Para se alcançar o princípio do equilíbrio dos poderes (*balance of power*), e evitar assim a sua concentração, “os três poderes devem ser distribuídos a instâncias organicamente distintas e aptas a, por sua cooperação, portanto por sua complementaridade, a exercer nas formas a autoridade do governo” (GOYARD-FABRE, 2012, p. 240).

A construção teórica pelas formas moderadas de governo associa-se à garantia contratualista dos direitos dos indivíduos. Montesquieu considerava que a forma moderada de governo dos ingleses era “*lo mejor que los hombres han inventado para obtener una buena y eficaz tutela de los derechos*” (FIORAVANTI, 2011, p. 499). Essa garantia, contudo, expressava-se no embate entre os poderes legislativo (na potência da lei como expressão da racionalidade, generalidade e abstração) e executivo (cuja arbitrariedade desejava-se conter, justamente pelas características atribuídas à lei).

A compreensão ampliada da lei, como expressão do direito, e a reduzida importância do papel do Judiciário no equilíbrio de poderes são características de um paradigma jurídico-estatal próprio desse contexto histórico: o Estado Liberal de Direito.

### **3 SEPARAÇÃO DE PODERES NO PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO: A LEI COMO EXPRESSÃO DO DIREITO E A PREVALÊNCIA DO LEGISLATIVO**

---

<sup>4</sup> “o melhor que os homens inventaram para obter uma boa e efetiva proteção dos direitos”. (Tradução livre)

Se a discussão sobre a separação de poderes se mantivesse no horizonte histórico do século XVIII, não haveria muita dúvida acerca da definição do direito: no nascente Estado Liberal de Direito, o Direito identificava-se com a legislação, de onde emanavam leis gerais e abstratas, elaboradas pelo consenso racional da *volonté générale* rousseauiana, obtida no parlamento. O fenômeno da codificação do direito e o desenvolvimento do positivismo jurídico, a partir do século XIX, consolidou a identificação entre a lei e o direito:

*La concepción del derecho, propia do Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el 'positivismo jurídico' como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 33)<sup>5</sup>*

Na arquitetura autocontida do poder, proposta por Montesquieu, Rousseau deposita na vontade geral, e por conseguinte, no poder legislativo, e expressão da democracia e a legitimidade popular para a criação das leis. Nesse sentido que a relação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário apresentava-se assimétrica do ponto de vista da legitimidade de suas decisões, uma vez que:

A premissa política subjacente a essa concepção era de que o Poder Legislativo, que encarnava a vontade da Nação, tinha legitimidade para criar o direito, mas não o Poder Judiciário, ao qual cabia tão somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas pelos parlamentos. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015, p. 74)

Na origem da teoria tripartida do Poder, Montesquieu afirmava que o juiz deveria ser não mais que a “boca da lei”, dizendo – ou seja, exercendo a jurisdição – exatamente o que a lei determinada para o caso concreto: “Mas os juízes da nação não são, conforme já dissemos, senão a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força nem o rigor” (MONTESQUIEU, 2012, p. 263). Nesse contexto, de supremacia do Legislativo, que se entende o “apagamento” da importância do Judiciário:

---

<sup>5</sup> A concepção de direito, típica do estado de direito, do princípio da legalidade e do conceito de direito de que falamos era o 'positivismo jurídico' como ciência da legislação positiva. A ideia expressa por essa fórmula pressupõe uma situação histórico-concreta: a concentração da produção jurídica em uma única instância legislativa. Seu significado implica uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito – isto é, direitos e justiça – ao que é previsto pelo direito. (Tradução livre)

A figura do juiz como boca da lei tem origem nesse contexto de supremacia do Legislativo. Tal entendimento foi mantido na clássica teoria da separação dos poderes de Montesquieu, que, embora tenha tripartido os poderes considerava o Judiciário como um poder nulo, já que os juízes de uma nação devem observar a literalidade da lei, pronunciando-a sem emitirem sua opinião e sem moderarem a força e o rigor das leis. (OMMATI; FARO, 2012, p. 178)

Sendo um “poder nulo”, o Judiciário, “cujo papel seria o de declarar o sentido que se acreditava decorrer naturalmente do próprio texto da norma” (COURA, 2009, p. 51), não participava e nem estabelecia tensão na definição do direito perante a análise dos casos concretos.

Nessa concepção, se ao Legislativo cabia criar o direito, ao Judiciário esperava-se a sua aplicação aos casos concretos, e nada mais. A razão para esse pressuposto fundava-se na ideia de que “a defesa do Judiciário nulo era uma clara maneira de se querer evitar julgamentos arbitrários como os que ocorriam à época do Antigo Regime, quando imperava a supremacia do Executivo” (OMMATI; FARO, 2012, p. 179).

Numa simplificação do complexo, não evidente nesse horizonte histórico do Estado Liberal de Direito, a atividade judicial era concebida como “*un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador*” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 33)<sup>6</sup>.

Sob essas premissas, a separação de poderes, para preservar a vontade popular presente, como se pensava, exclusivamente no parlamento, continha o Poder Judiciário de qualquer limitação na atuação do Poder Legislativo:

A vinculação estrita do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação, ressalvada por meio do inquestionável primado do Legislativo sobre os demais poderes do Estado no modelo clássico de separação de poderes, tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo. (MAUS, 2000, p. 189)

Ocorre que as respostas dadas por esse paradigma estatal e jurídico (o Estado Liberal de Direito) para a atuação do Judiciário no esquema de separação de poderes entram em crise e, sob novos e sucessivos paradigmas (o Estado de Bem-Estar Social e o Estado Democrático

---

<sup>6</sup> “um mero serviço à lei, senão mesmo como sua simples exegese, ou seja, leva à pura e simples busca da vontade do legislador”. (Tradução livre)

de Direito), conformam-se a novas exigências de justiça, nomeadamente aquelas decorrentes de um direito constitucionalizado.

Além disso, a influência da tradição judicial inglesa e norte-americana, “preocupada em proteger o indivíduo e em pôr freios no abuso do governo” (OMMATI; FARO, 2012, p. 179), também colaborou para que o poder do Judiciário deixasse de ser nulo e, contribuindo para a limitação do poder, restringisse também os Poderes Executivo e Legislativo, estabelecendo assim a tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

A matriz norte-americana da doutrina da separação de poderes, materializada no *checks and balances system*, e sob a égide de uma constituição escrita, desenvolve um sistema de controle recíproco do poder por meio de mecanismos constitucionais que visam evitar a despotismo, limitar a ação dos detentores do poder político no quadro traçado pela constituição e garantir as liberdades nela previstas.

Tanto a matriz europeia quanto a norte-americana enfatiza a importância, como instrumento de luta contra o poder absoluto, da relação entre a doutrina da separação de poderes e a constituição. Principalmente sob a influência de Montesquieu, ainda no final do século XVIII, essa relação cristaliza-se no célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1798: “Qualquer sociedade na qual não seja assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação de poderes, não tem constituição”.

No avanço da teoria política e jurídica, os séculos seguintes seriam responsáveis por integrar à doutrina da separação de poderes os conceitos de soberania popular, poder constituinte e constituição. Nesse processo, que se estabeleceu simultaneamente à evolução de distintos paradigmas político-jurídicos, a tensão entre constitucionalismo e democracia alterará os pressupostos da separação de poderes, trazendo o Poder Judiciário à condição de participar da limitação dos poderes constituídos (nomeadamente, Legislativo e Executivo, cujos representantes são representantes escolhidos pelo voto popular) para a garantia da constituição, dos direitos fundamentais e da própria democracia.

#### **4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA**

Segundo Maurizio Fioravanti (2011, p. 149), foi no início do século XX, que as constituições passaram a incorporar o princípio democrático: “*precisamente la Constitución alemana de Weimar de 1919 representa en cierto sentido el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX*”<sup>7</sup>. Desde então, o problema colocado a partir do século XX estava em:

*[...] encontrar una forma constitucional estable y adecuada al principio democrático, realizar en el plano constitucional el encuentro entre democracia y constitucionalismo, que desde siempre pertenían a campos distintos y con frecuencia contrapuestos, la una expresando esencialmente la idea de la soberanía del pueblo o de la nación, el otro expresando esencialmente las ideas del límite, del equilibrio, de la garantía, de la moderación; la primera dirigida a legitimar el poder de quien está llamado a representar al pueblo soberano, el segundo dirigido a limitar ese poder, a establecer condiciones fijas e inderogables para su ejercicio.* (FIORAVANTI, 2011, p. 154)<sup>8</sup>

O desafio de conciliar constitucionalismo e democracia apresenta-se como um novo empreendimento, cuja concretização requer uma redefinição da democracia, que “não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015, p. 83). Afinal, “aprendemos dolorosamente que a democracia só é democracia se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura [...], e o constitucionalismo só é constitucional se for democrático” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 15).

Para Vera Karam de Chueiri e Miguel Godoy (2010, p. 160), há na democracia constitucional um intrínseco paradoxo:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes de sua comunidade, isso inclui os conteúdos das constituições de um país, [...] o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da constituição devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas.

---

<sup>7</sup> “Precisamente a Constituição alemã de Weimar de 1919 representa, em certo sentido, o início das constituições democráticas do século XX”. (Tradução livre)

<sup>8</sup> [...] encontrar uma forma constitucional estável e adequada ao princípio democrático, fazer um encontro constitucional entre democracia e constitucionalismo, que sempre pertenceram a campos diferentes e muitas vezes conflitantes, um deles expressando essencialmente a ideia do soberania do povo ou nação, o outro expressando essencialmente as ideias de limite, equilíbrio, garantia, moderação; a primeira visava legitimar o poder daqueles que são chamados a representar o povo soberano, a segunda visava limitar esse poder, estabelecer condições fixas e inderogáveis para o seu exercício. (Tradução livre)

Esse paradoxo, inexorável no paradigma do Estado Democrático de Direito, aponta que entre a democracia e o constitucionalismo instaura-se uma tensão que perpassa e altera o sentido clássico atribuído à da separação de poderes: “[...] a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015, p. 98).

Ao contrário do que possa parecer, essa tensão não enfraquece a democracia constitucional e os princípios a ela subjacentes. Para coexistirem, necessitam que sejam compreendidos como princípios “reciprocamente constitutivos um do outro, pois instauram uma tensão rica, complexa e produtiva, sem a qual não pode haver nem democracia, nem constitucionalismo” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 14).

A expansão da jurisdição constitucional e sua relação com a democracia reflete a riqueza dessa tensão. Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto (2015, p. 83) qualificam-na como sinérgica, destacando que essa tensão envolve ações e esforços simultâneos para preservar e garantir tanto os pressupostos democráticos quanto os limites constitucionais:

[...] a relação entre jurisdição constitucional e democracia envolve uma tensão sinérgica. Há sinergia, porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. Comprova essa sinergia a constatação de que o surgimento ou fortalecimento da jurisdição constitucional na maior parte dos países se deu no momento em que estes se democratizavam ou redemocratizavam, e não em cenários autoritários. Da análise histórica verifica-se que controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos.

Claro que, sob essa tensão, uma imensa discussão se abre em relação aos limites e as possibilidades da jurisdição constitucional legítima no Estado Democrático de Direito, como as críticas direcionadas ao ativismo judicial e à judicialização da política, que não serão aqui levantadas em razão da delimitação do estudo.

O que se pretendeu foi compreender que, no atual horizonte histórico das democracias constitucionais, os pressupostos da separação de poderes devem ser considerados para além da clássica divisão de funções entre diversos órgãos e dos controles recíprocos do *checks and*

*balances system.* Envolve também outros pressupostos, que estão associados ao equilíbrio da tensão ente democracia e constitucionalismo:

*En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea – ínsita en toda la tradición constitucionalista – de los límites de la política a fijar mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en el ámbito de las democracias modernas. (FIORAVANTI, 2011, p. 163)<sup>9</sup>*

A jurisdição constitucional assume o papel de participar efetivamente, em um quadro renovado de separação e poderes, do equilíbrio necessário entre o princípio democrático e os limites soberania popular, quando esta, de alguma forma, mesmo que pelos demais poderes constituídos, atentar contra a própria constituição.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No dia 7 de setembro de 2021, em vez de tradicionais paradas militares alusivas à independência do Brasil, atos antidemocráticos conduzidos pelo Presidente da República foram realizados em Brasília e em São Paulo, com ataques contundentes à atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional. A mesma frase citada na introdução deste trabalho, “Supremo é o povo”, continuava presente nesses atos, que elevaram e acirraram ainda mais a tensão política entre os poderes.

Três dias antes das manifestações de 7 de setembro de 2021, em evento que reunia líderes conservadores, o Chefe de Poder Executivo federal manteve as críticas aos ministros do Supremo Tribunal Federal e, diante das limitações impostas pela Corte ao seu governo (notadamente aquelas relacionadas à condução da pandemia de Covid-19), novamente apelou à vontade popular para livrar-se de freios ao seu governo, afirmando que “Poder Moderador é o povo”.

---

<sup>9</sup> Na fórmula contemporânea da democracia constitucional parece estar contida a aspiração a um justo equilíbrio entre o princípio democrático, dotado de valor constitucional através das instituições da democracia política e do mesmo papel do legislador e do governo, e a ideia - inerente a toda tradição constitucionalista – dos limites da política a serem fixados pela força normativa da constituição e, em particular, pelo controle de constitucionalidade que é sempre mais decisivo no âmbito das democracias modernas. (Tradução livre)

No mesmo evento, o jurista Ives Gandra Martins defendeu a interpretação de que o artigo 142 da Constituição Federal de 1988, que disciplina o papel dos militares no país, “autorizaria” as Forças Armadas a atuarem como “poder moderador” dos demais (Executivo, Legislativo e Judiciário).

A retomada da figura de um “poder moderador”, que existiu na constituição de 1824, quando o Brasil ainda era um império, é mais um reflexo da tentativa de enfraquecer a tensão entre constitucionalismo e democracia, bem como o papel do Judiciário. Aposta no autoritarismo para se sobrepor a uma tensão que, sob as regras da atual constituição, envolve limitações e controles recíprocos dos próprios poderes constituídos, sejam eles eleitos ou não pelo voto popular.

Nas manifestações ocorridas no dia 7 de setembro, o presidente de República aumentou ainda mais o tom do conflito com o Poder Judiciário. Em um cenário de distopia política, ameaçou ministros do STF e afirmou que não cumprirá qualquer decisão judicial proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, dentre outras manifestações de vieses autoritários e antidemocráticos.

Como foi possível acompanhar ao longo das reflexões deste trabalho, a jurisdição constitucional, em especial a realizada pelo Supremo Tribunal Federal na tarefa proteger e garantir o cumprimento da Constituição Federal, participa, sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, efetivamente (e não como poder nulo) no equilíbrio dos poderes, numa tensão que se estabelece entre a democracia e o constitucionalismo.

Nesse novo estado de coisas, a separação de poderes deve igualmente equilibrar-se para evitar tanto o governo dos juízes (que devem ser autocontidos pelas regras constitucionais ditadas pelo próprio povo) quanto – na expressão aqui já citada de Menelick de Carvalho Netto – o governo da “vontade ilimitada de uma eventual maioria”, que, nessa quadra da história, não mais se identifica com a democracia.

Para além da regra da maioria e do voto popular, a democracia deve incorporar também o respeito aos direitos fundamentais, às regras e aos princípios que possibilitam a própria existência da democracia em um ambiente de elevada complexidade e pluralidade social. Tais regras e princípios encontram-se estabelecidos na Constituição Federal de 1988, cuja força normativa impõe limites tanto à política quanto ao direito. Sem esses limites,

estabelecidos democraticamente para refrear e conter os poderes constituídos, será o eterno retorno à trágica experiência, já anunciada por Montesquieu, dos riscos e das possibilidades concretas de abuso do poder por aqueles que, circunstancialmente, o detém.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003.
- COURA, Alexandre. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2009.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania popular e poder constituinte. *In: Revista Direito GV*. n. 11, p. 159-174, jan./jun., 2010.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *In: Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n.58, p. 183-202, nov. 2000.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. Do poder nulo ao poder supremo: o Judiciário como superego. *In: A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. – ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set., 2012.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo par o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. *In: Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid: Simancas Ediciones, 1995.