

# OS EFEITOS CONTEMPORÂNEOS DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA SOBRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Filipe Guedes de Oliveira<sup>1</sup>



Apresenta-se aqui um estudo que visa abordar a existência da intrínseca relação entre as constituições e o ideal do Estado democrático de direito, operando-se, ao mesmo tempo, de forma harmônica e conflituosa.

A harmonia, ao menos sob uma ótica preliminar, se apresenta pela própria função constitucional de positivação da garantia e do resguardo dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos e, de outro lado, o conflito se mostra inerente à implicação de uma constituição culminar na reiterada afronta ao princípio majoritário, embora pautada nos pilares da democracia.

Insta tratar, pois, inicialmente, sobre as experiências precursoras do constitucionalismo liberal até a lógica constitucional contemporânea moderna, não se olvidando a essencial ligação entre os ideais de constituição e de democracia.

A partir do século XVIII, os movimentos liberais europeus acentuaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento, retirando força da ideia de constituição como norma vinculante, disseminando a Justiça constitucional pela Europa apenas quando os seus países se democratizaram, tendo sido

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF); Pós-Graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP); Pós-Graduado em Direito Educacional pela Universidade de Araraquara (UNIARA); Pós-Graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS); Advogado.

acolhida em Portugal e na Espanha nos anos 1970, e recebida nas antigas ditaduras do leste europeu, com a queda do comunismo<sup>2</sup>.

Pode-se notar, a partir das lições de Luís Roberto Barroso, que a ideia de Estado moderno se consolidou na Europa, ao longo do século XIX, revestido sob a forma de Estado de direito, sendo que a maioria dos países daquele continente já adotavam a fórmula da monarquia constitucional, constando como núcleo essencial das primeiras constituições escritas a composição de normas de repartição e limitação do poder, dentre as quais encontrava-se abarcada a proteção dos direitos individuais em face do Estado, contudo, vindo a desenvolver-se e aprofundar-se a noção de democracia somente mais adiante, quando se incorporariam à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política<sup>3</sup>.

O supracitado autor destaca, ainda, que a construção do “Estado constitucional de direito” ou “Estado constitucional democrático”, envolveu debates teóricos e filosóficos, no íterim do século XX, sobre a dimensão formal e substantiva dos conceitos centrais, inerentes ao Estado de direito e à democracia, em que o primeiro, sob um sentido formal, pode ter a sua vigência afirmada pela simples existência de algum tipo de ordem legal, cujos preceitos sejam observados tanto pelo poder estatal quanto pelos particulares, e a segunda, igualmente em uma concepção formal, pode ser considerada a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, referenciados como liberdades públicas, implementáveis a partir da abstenção ou do cumprimento de deveres negativos pelo Estado.<sup>4</sup>

Atualmente, o constitucionalismo traduz a superioridade

---

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40-48

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65.

<sup>4</sup> *Ibidem*. p. 65-66.

da constituição, a qual, sob a influência de valores morais e políticos do seu tempo, subordina todos os poderes estatais e ainda os particulares, delineando as normas a serem editadas sob a sua égide, pautada nos ideais instauradores dos princípios dos direitos fundamentais e da democracia, e garantida por mecanismos de controle de constitucionalidade.

Partindo de tais premissas, pode-se constatar que o constitucionalismo moderno adota claras referências extraídas da democracia. No exemplo brasileiro, tem-se uma Constituição em que, em seu art. 1º, Parágrafo único, dispõe que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”<sup>5</sup>.

Ou seja, a constituição vigente confere ao povo o poder para decidir sobre o seu próprio futuro, por meio de representantes eleitos ou diretamente. Assim, qualquer norma que retire do povo o referido poder de decisão, constitucionalmente previsto, afrontará o princípio democrático majoritário, que apõe o valor de participação igualitária de todos os cidadãos no processo de tomada de decisões do Estado.

Resta então o seguinte questionamento: Uma constituição instaurada pelo poder constituinte do povo, que a princípio demonstra-se pautada no princípio majoritário, pode se transmutar em uma constituição contramajoritária pelo transcurso de tempo?

Ocorre que os valores morais e políticos da sociedade sofrem mutações com o tempo, o que implica em evidente imposição das decisões tomadas pelas gerações passadas sobre as futuras, confirmando a eventual transformação da postura majoritária do passado em uma postura contramajoritária no futuro.

O filósofo do direito norte-americano, Ronald Dworkin, em sua obra “O Império do Direito”, versou, de forma irretocável, sobre o assunto:

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, 1988.

[...] O historicista<sup>6</sup> poderia dizer que a democracia, do modo como entende tal conceito, exige que os governantes escolhidos pelo povo para criar uma Constituição tenham o poder de decidir o que ela quer dizer. Mas a descrição abstrata de democracia, a de que as pessoas devem escolher os seus governantes, não indica em si mesma até que ponto as declarações não formalizadas em lei desses governantes entram no direito por eles criado. Portanto, ele deve adicionar algum argumento mais concreto sobre a equidade a seu apelo geral à democracia. Deve mostrar por que o pressuposto da democracia - de que as pessoas devem ter, *grosso modo*, uma influência igual sobre a legislação - resulta em seu método de decidir o que a Constituição quer dizer. Não pode ter a certeza de que será bem-sucedido. Os fundadores da Constituição original eram extraordinariamente pouco representativos do povo como um todo. Não foram escolhidos de algum modo sancionado por um direito nacional anterior, e uma parcela majoritária da população, inclusive

mulheres, escravos e pobres, foi excluída do processo que os escolheu e ratificou a Constituição. Tampouco a democracia era suficientemente avançada, mesmo na época das emendas posteriores à Guerra Civil, para oferecer um argumento democrático de equidade que nos permita considerar as opiniões concretas dos legisladores como bons indícios de qual era a opinião pública na época. Além desses defeitos, a equidade não pode explicar por que as pessoas agora devem ser governadas pelas minúcias das convicções políticas de pessoas eleitas muito tempo atrás, quando a moral popular, as circunstâncias econômicas e quase tudo o mais era muito diferente. [...]

No capítulo anterior, demos mais atenção a um argumento diferente em favor de se levarem em conta as declarações feitas no processo legislativo, pelo menos quando estas fossem feitas de modo formal. Esse é o argumento proveniente da integridade no processo político, segundo o qual tais declarações são parte da história política de uma comunidade, e a história política

---

<sup>6</sup> Ronald Dworkin utiliza o termo “historicista” para se referir a quem denomina “interpretativista”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 431.

aparece em sua melhor luz quando as leis e (podemos agora acrescentar) as constituições são interpretadas de modo a se ajustarem às declarações formais de propósito e convicção. [...] <sup>7</sup>

O autor leciona, então, que as declarações firmadas no processo legislativo, ou seja, na origem normativa, traduzem grau de integridade no processo político, mostrando-se tais declarações como parte da história política da comunidade, o que, por sua vez se apresenta com maior intensidade quando a norma (constitucional) recebe interpretação tendente ao seu ajustamento às declarações formais de propósito e convicção.

Tais constatações restam por aproximar a ideia de proteção ao princípio da democracia no ínterim da norma constitucional, sob pena de incidência de um decorrente poder contramajoritário pelo simples fluir do tempo, o que pode ser resolvido pela hermenêutica constitucional aliada aos ensejos da sociedade moderna.

Ainda em convergência com as supratranscritas ideias de Ronald Dworkin, figura o intérprete da norma constitucional, a quem cabe proceder ao exercício de hermenêutica de questões afetas aos direitos fundamentais e aos princípios democráticos, considerando a intenção do legislador (teleologia imaginada à época da edição da norma) e a aplicação à sistemática social moderna (atual necessidade da sociedade).

O autor alemão, Robert Alexy, ao tratar sobre a dimensão normativa da dogmática jurídica, defende que o seu uso culmina por apresentar-se como uma tentativa de se responder, racionalmente e fundamentadamente, questões axiológicas que tenham sido deixadas em aberto pelo legislador originário:

[...] A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. [...] O problema

---

<sup>7</sup> Ibidem. p. 436-437.

dos valores surge sobretudo quando da interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas. [...] <sup>8</sup>

Assim, no âmbito da dimensão normativa, a dogmática jurídica empresta argumentos à necessidade de adaptação da norma editada pela geração passada, cabendo ao intérprete constitucional realizar a adequação da norma à realidade da sociedade moderna, segundo os valores sociais aplicáveis no presente, o que aproxima, outra vez, o princípio majoritário (presença do princípio da democracia) ao constitucionalismo.

Contudo, nesse mister, há que se destacar que o Poder Judiciário, notadamente a Corte Suprema, detentora da função de interpretação da norma constitucional, possui a atribuição para atuar em sede de controle de constitucionalidade, com vistas a adequar os atos jurídicos aos ditames da constituição vigente.

Considerando a atual garantia de controle jurisdicional de constitucionalidade (seja em sua forma difusa ou concentrada) e de legalidade, percebe-se que o Poder Judiciário, representado por titulares escolhidos a partir de critérios técnicos, pode invalidar, total ou parcialmente, um ato editado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, titularizados por agentes políticos, eleitos pelo povo, com vistas a representar os anseios e vontades dos cidadãos.

Tal ideia pode ser, outrossim, extraída das lições de Luís Roberto Barroso:

[...] Uma das grandes questões subjacentes à legitimação democrática do Poder Judiciário é a denominada *dificuldade contramajoritária*<sup>44</sup>. Os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular. O mesmo não se passa com os membros do Poder Judiciário, cuja investidura se dá, como regra geral, por critérios essencialmente técnicos, sem eleição popular. A atividade criativa do Judiciário e,

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 36.

sobretudo, sua competência para invalidar atos dos outros Poderes, devem ser confrontadas com o argumento da falta de justo título democrático.<sup>9</sup> [...]

Assim, o Judiciário caracteriza-se como um Poder contramajoritário, ou seja, que, em tese, incide contra as decisões da maioria do povo, representada em seus atos pelos membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Tal concepção se apresenta como ponto central de controvérsias sobre a relação existente entre constituição e democracia, sobretudo no que se refere ao princípio constitucional da separação dos poderes, considerado pela essência constitucional como uma das denominadas cláusulas pétreas<sup>10</sup>.

Entretanto, fica claro que a constituição, na condição de norma suprema do ordenamento jurídico, advinda do próprio princípio da democracia, uma vez titularizada pelo povo e provida pela força da soberania popular, com sede no poder constituinte originário, dispõe expressamente sobre as atribuições do Poder Judiciário, conferindo a função de controlador jurisdicional e ainda de “legislador negativo”, para o fim corrigir os abusos e ilegalidades eventualmente praticados pelos demais poderes da república.

Portanto, o Poder Judiciário encontra legitimação constitucional, com base no princípio da democracia, instaurador da norma constitucional originária, para atuar de forma contramajoritária, inexistindo, *a priori*, vício de inconstitucionalidade em

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 320-321.

<sup>10</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

[...]”

tal atuação sob eventuais argumentos de figurar-se antidemocrática a sua atuação.

Nesse mesmo sentido, destacam-se os ensinamentos de Dirley da Cunha Junior. Vejamos:

[...] Em suma, o discurso de legitimidade da justiça constitucional, sintetizado nas várias posições doutrinárias que buscam conciliar a justiça constitucional e a democracia, reside verdadeiramente na vontade soberana do povo que a institui, através do Poder Constituinte, para assegurar, de um lado, a força normativa e a supremacia da Constituição e, de outro, o acesso imediato dos direitos fundamentais e a participação política das minorias no processo democrático. Ela existe tanto para garantir e proteger a Constituição como para assegurar seu desenvolvimento e adaptação ao longo do tempo. Nesse sentido, ela apresenta-se como uma entidade encarregada ou delegada do Poder Constituinte para a defesa de sua obra, a fim de pô-la em vivência, buscando transformar em realidade os valores supremos da sociedade e albergados no seu texto sacramental.

Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. A justiça constitucional, na síntese perfeita de Cappelletti, expressa a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das “Leis Fundamentais”. [...] <sup>11</sup>

Aliás, o Autor Luís Roberto Barroso revela, inclusive, a conclusão de que, quando o processo político majoritário funciona com representatividade e legitimidade, com debates amplos e públicos, a tendência é que o judiciário seja menos pró-ativo, diferentemente da hipótese em que os direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo sejam sufocados, cabendo ao judiciário fazer avançar o processo político e social <sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 4ª edição. Bahia: JusPodivm, 2010. p. 60-61.

<sup>12</sup> “[...] Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político



Essa conclusão remete à função do controle jurisdicional, atribuída ao Poder Judiciário, aproximando o argumento de que, embora aparentemente contramajoritária a sua atuação, deve ser entendida como uma espécie de termômetro da eficiência da atuação essencialmente majoritária dos Poderes Executivo e Legislativo.

Por fim, conclui-se que o constitucionalismo moderno, considerando todas as influências históricas a que esse instituto se submeteu em suas fases de desenvolvimento, encontra-se pautado sob diversas referências extraídas da democracia, o que resta por culminar na atual forma constitucional democrática adotada no Brasil.

Não obstante, conquanto assente o debate sobre a relação “constituição *versus* democracia” no âmbito da separação de poderes no Brasil, resta claro que a própria atuação de cada um dos poderes, conforme a norma positivada na Carta Magna de 1988, encontra respaldo no princípio da democracia, posto que a norma constitucional fora originada pela soberania popular, postulado máximo do regime democrático de uma nação.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável. Ao revés, quando o processo político majoritário está funcionando com representatividade e legitimidade, com debate público amplo, juízes e tribunais deverão ser menos pró-ativos. [...]” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 321.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 4ª edição. Bahia: JusPodivm, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.