

SEPARAÇÃO DE PODERES, MAIORIA DEMOCRÁTICA E LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ana Paula de Barcellos

Advogada no Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Público e Professora contratada da UERJ

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Separação de poderes; II.1. Origem, finalidade e breve evolução do pensamento político; II.2. A diversidade de modelos de separação de poderes: Inglaterra, França e Brasil; III. A maioria democrática e seus limites; IV. Da legitimidade do controle de constitucionalidade; IV.1. Natureza normativa da Constituição; IV.2. A natureza da Constituição; IV.3. Participação do Legislativo na elaboração das regras de controle de constitucionalidade; V. Conclusão.

I. Introdução

O século XX foi o século da grande travessia do constitucionalismo rumo à normatividade, especialmente no mundo europeu ocidental e nos países periféricos de tradição romano germânica. A face mais evidente desse fenômeno é, sem dúvida, a ampliação do controle de constitucionalidade dos atos normativos, o que tem suscitado uma série de debates ainda inconclusos sobre a natureza e os limites desse controle.

Com efeito, até a Segunda Guerra Mundial (tomando-se este evento como marco aproximado), as 'normas' constitucionais eram tidas como programas dirigidos basicamente ao Legislador, a quem caberia — ou não — implementar tais diretivas. A Constituição, portanto, não era uma norma jurídica propriamente dita, ao alcance de toda a sociedade, que poderia manejá-la diante do Poder Judiciário. Ao contrário, o contato da Constituição com o mundo real era necessariamente limitado pela intermediação do Poder Legislativo.¹

Essa compreensão da Constituição e dos papéis dos Poderes estatais, especialmente do Judiciário e do Legislativo, estava diretamente relacionada com as circunstâncias históricas que consagraram a supremacia dos parlamentos na Europa ocidental no século XIX.

Sem pretender apresentar um painel histórico detalhado, não há dúvida de que os parlamentos tiveram um papel fundamental na oposição ao Antigo Regime, e a deliberação legislativa representou não apenas a superação das monarquias absolu-

1 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 55 e ss. e Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, pp. 96 e ss.

tas como a realização dos princípios máximos de igualdade e democracia, através da representação popular majoritária. O Judiciário, ao contrário, era historicamente ligado às monarquias e ao clero e durante muito tempo, após as revoluções burguesas, continuou a ser visto com grande desconfiança.² A supremacia do parlamento e da lei, como os grandes garantidores dos direitos individuais, e o desprestígio do Judiciário completam o quadro, mantendo afastada, a essa altura, a idéia de controle judicial de constitucionalidade das leis na Europa continental.³

A relevância do contexto histórico para a compreensão do tema se torna ainda mais clara quando se verifica a substancial diferença da situação nos Estados Unidos da América.⁴ Ali, ao contrário, o grande vilão da independência norte-americana foi precisamente a intolerância e a exaustão excessiva do Parlamento britânico, que acabou por conduzir à ruptura com a metrópole.⁵

Desde cedo, os Estados Unidos puderam perceber que o Legislativo poderia se transformar em um violador dos direitos e liberdades individuais e deveria, por isso, sofrer limitações — impostas pela Constituição, como norma hierarquicamente superior, e garantidas pelo Judiciário. O marco inicial do *judicial review* data, como se sabe, de 1803, com o rumoroso caso *Marbury v. Madison*, incorporando-se com alguma naturalidade ao sistema norte-americano. Nem por isso as perplexidades inicialmente referidas, a respeito da natureza e dos limites do controle de cons-

2 Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira, 2ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, pp. 26 e ss. e 94 e ss. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 56: "Debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas habla sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las Leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la Ley por los representantes parlamentarios."

3 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 168: "É certo que se considerou inadmissível o controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis em nome do princípio da separação dos poderes, colocado ao serviço da supremacia do legislador. Mas a verdade é que, por força desta compreensão deficiente do valor normativo da constituição, que excluiu a dedução de um princípio de constitucionalidade, faltava ao juiz o superior parâmetro ou critério constitucional substantivo, à luz do qual pudesse legitimamente controlar a validade dos actos legislativos."

4 Cumpre esclarecer que, pela necessidade de fixar limites temáticos ao presente estudo, não será abordada a importante contribuição norte-americana para a doutrina da separação de poderes em geral, não apenas doutrinária como histórica, pela criação do sistema presidencial de governo, ou sua influência específica sobre a história constitucional brasileira. Optou-se por abordar o tema principalmente do ponto de vista europeu continental, com uma inevitável passagem pela contribuição inglesa no assunto, pelo fato de que o conflito entre a noção de separação de poderes e o controle de constitucionalidade assumiu contornos muito mais nítidos na experiência histórica daqueles países.

5 Tomás de la Quadra, Antonio La Pergola, Antonio Hernández Gil, Jorge Rodríguez-Zapata, Gustavo Zagrebelsky, Francisco P. Bonifacio, Erhardo Denninger e Conrado Hesse, "Metodos y criterios de interpretación de la constitución" in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, p. 134.

titucionalidade, foram superadas, ainda que os debates nos Estados Unidos assumam outras dimensões.⁶

Voltando ao ponto, o primeiro modelo de controle judicial de constitucionalidade praticado na Europa, concebido por Hans Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920, ainda se encontra marcado pela concepção de norma constitucional como mera diretiva, bem como pela convicção da supremacia do parlamento, de forma que se trata muito mais de uma atividade legislativa negativa que jurisdicional.

Com efeito, Kelsen concebeu um sistema pelo qual apenas um órgão — o Tribunal Constitucional — poderia confrontar a lei com a Constituição, em abstrato e com efeito *erga omnes*, sendo que a decisão que porventura pronunciasse a invalidade da norma equivalia à sua revogação, produzindo efeitos *ex nunc*. Por esse sistema, é fácil notar, a Constituição não é uma norma verdadeiramente justiciável, dotada de plena hierarquia sobre as leis, uma vez que a invalidade destas não é um efeito da Constituição, mas sim da decisão do “legislador negativo”. Os demais membros do Judiciário não estão vinculados diretamente à Constituição, mas apenas às leis em geral e às decisões do Tribunal Constitucional, que devem aplicar no caso concreto.⁷

Nada obstante, o progressivo desenvolvimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade vem se fazendo às custas do prestígio e do espaço de exclusividade do Poder Legislativo. Do prestígio porque ampliam-se e efetivam-se os limites impostos pela Constituição ao Poder Legislativo, e do espaço de exclusividade porque as novas modalidades de controle passam a permitir o ingresso de novos agentes no âmbito de interpretação e implementação das normas constitucionais, que não apenas o Legislativo.

A Segunda Guerra Mundial pode ser indicada como um divisor de águas em todo esse processo de jurisdicização da Constituição e ampliação do controle de constitucionalidade.

Isso porque, em primeiro lugar, o mito do Poder Legislativo como mantenedor maior dos direitos de todos os indivíduos desfez-se ruidosamente com a instalação

6 A legitimidade do Poder Judiciário de extrair prestações positivas diretamente da Constituição, por exemplo, é um tema em debate nos Estados Unidos. Veja-se sobre o ponto, dentre outros: Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch — The Supreme Court at the bar of politics*, New Heaven and London, Yale University Press, 1986. Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The cost of rights*, New York-London, W.W. Norton & Company, W.W. Norton & Company, 1999, e Guido Calabresi e Philip Bobbitt, *Tragic choices — The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, New York-London, 1978.

7 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 56 e ss. e Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, pp. 104 e ss.: “No originário sistema austríaco, portanto, não só os juízes — exceção feita exclusivamente (...) para a Corte Constitucional — não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais (...), além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado.”

dos regimes nazista e fascista no seio das instituições de diversos países europeus, sem qualquer oposição consistente dos Legislativos. Na verdade, pior que a falta de reação dos representantes do povo, foi o apoio prestado pelo próprio povo, em sua maioria, a políticas de exclusão e destruição de grupos minoritários.⁸ Um segundo saldo do pós-guerra foi a percepção do fracasso que a concepção de Constituição até então vigente tinha representado: a absoluta incapacidade de Cartas libertárias, como a Constituição de Weimar, de funcionarem como limite à atuação das majorias.

Na segunda metade do século, portanto, o grande esforço da doutrina (inclusive brasileira, ainda que um pouco tardiamente) se concentrou na elaboração da noção aparentemente óbvia de que a Constituição é norma jurídica.⁹

Vale lembrar que *ser* norma jurídica, segundo a moderna teoria da norma, significa que a disposição há de ser dotada de imperatividade relativamente aos efeitos que propõem. Isto é: trata-se da capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma¹⁰ ou de associar algum tipo de consequência ao descumprimento voluntário desta, capaz de impor, ainda que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente.¹¹ É o que Karl Larenz¹² qualifica como *ordenação de vigência*, característica típica de cada proposição jurídica.

Para instrumentalizar a normatividade da Constituição e atender sua *ordenação de vigência*, passou-se a desenvolver novas e variadas formas de controle de constitucionalidade, entendido como o meio não apenas de impedir a produção de

8 Veja-se sobre o tema Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém — Um relato sobre a banalidade do mal*, Trad. José Rubens Siqueira, São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

9 Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; o trabalho, texto base da aula inaugural do autor na Universidade de Freiburg, em 1959, se tornou um documento fundamental na matéria. Veja-se também, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 64 e ss. Na produção nacional merecem destaque, dentre outros, o trabalho pioneiro de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998 (a primeira edição é de 1967) e Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

10 Karl Englich, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 27 e ss. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 10ª ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília, Editora UNB, 1997, pp.21-22. Giorgio Del Vecchio, *Lições de filosofia do direito*, Trad. Antônio José Brandão. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979, pp. 339-340 e San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil, Parte Geral* Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, pp. 57 e ss.

11 Em algumas situações simplesmente não é possível que o efeito originalmente pretendido pela norma se realize, ainda com a intervenção da força. Os casos mais clássicos dessa limitação do ordenamento se referem ao descumprimento de obrigações personalíssimas, que só poderão ser substituídas pela reparação pecuniária. Situação totalmente peculiar é a do direito penal que, na maior parte dos casos, exceto nos crimes contra o patrimônio, não tem condições de oferecer uma forma coativa substitutiva dos efeitos da norma que não tenham sido observados. A sanção no direito penal tem natureza e função diversas.

12 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 214.

normas ou atos inconstitucionais, mas também como instrumento de realização dos comandos da Constituição.

Assim é que se passa a desenvolver o controle não apenas do ato comissivo, mas também da omissão inconstitucional.¹³ A força normativa da Constituição atravessa o campo do combate às normas inconstitucionais e ingressa na discussão da interpretação mais adequada das normas em geral, impondo uma *filtragem*¹⁴ geral de todo o ordenamento, a fim de impor a cada norma a interpretação que melhor realize os comandos constitucionais.¹⁵ Ademais, ao lado dos tradicionais modelos concentrado e difuso, criam-se sistemas mistos,¹⁶ o mesmo acontecendo com o controle na via incidental ou de exceção e na via principal ou em tese.

Como consequência dessa nova postura diante da Constituição, o controle de constitucionalidade, sua legitimidade, sua natureza e seus limites tornou-se o grande tema deste final de século. O objetivo do presente trabalho é examinar alguns aspectos de dois pontos, relacionados entre si, que histórica e logicamente impõem limites à ampliação indefinida do controle de constitucionalidade, a saber: a separação dos poderes e a regra da maioria democrática. Cumpre examiná-los mais de perto para, delineando-lhes o perfil e os fundamentos, verificar em que medida se opõem realmente ao controle judicial da constitucionalidade. Por fim, e em conclusão, o estudo pretende enunciar, sem pretensão de exaustividade, alguns elementos capazes de formar a legitimidade do controle de constitucionalidade e seus limites.

II. Separação de poderes

II.1. Origem, finalidade e breve evolução do pensamento político

A idéia de separação de poderes,¹⁷ tal qual entendida modernamente, tem como referência histórica original mais consistente as obras de John Locke (1632-1704)

13 A Constituição Brasileira de 1988 criou dois instrumentos para o tratamento da omissão inconstitucional: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), nenhum dos quais, até o momento, foi bem sucedido na empreitada. Sobre o tema, e especialmente sobre a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção, veja-se Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pp. 175 e ss.

14 Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

15 Gustavo Tepedino, "Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil" in *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 13: "Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição."

16 No Brasil, por exemplo, o incidente de inconstitucionalidade julgado pelo Órgão Especial dos Tribunais (CPC, arts. 480 e ss. e regimentos internos dos Tribunais), é uma mistura das modalidades concentrada e difusa. Cabe apenas ao Pleno ou ao Órgão Especial do Tribunal (CF, art. 97) apreciar a inconstitucionalidade na via incidental, pronunciando-a, no entanto, em tese, decisão que vincula o órgão fracionário no julgamento do caso concreto que originou o incidente, bem como nos demais casos em que venha a ser suscitada a mesma questão.

17 Vale registrar, como lembra a doutrina, que o poder político é uno e, portanto, melhor seria falar de divisão ou distribuição de funções e não de separação de poderes. A expressão, entretanto, restou consagrada pelo uso e, feita a ressalva, será adotada como padrão neste trabalho para evitar-se desencontros terminológicos.

e Montesquieu (1689-1755).¹⁸ Nada obstante isso, a idéia básica de distribuir o exercício do poder político entre várias pessoas ou grupos, ao invés de mantê-lo concentrado em um só indivíduo, é consideravelmente mais antiga, remontando às teorias da Constituição mista de Aristóteles.

Em sua teoria clássica das formas de governo, exposta em a *Política*, Aristóteles classifica os governos, em um primeiro momento, por meio de um critério quantitativo — o governo de um só, de poucos ou de muitos —, sendo que cada uma dessas opções pode perfeitamente dar origem a uma forma 'boa' de governo (monarquia, aristocracia e política ou timocracia, comumente referida como república ou democracia) ou, igualmente, pode deteriorar-se em uma forma 'má' (tirania, oligarquia e democracia — termo que em geral se prefere evitar, embora de tradução mais acurada, adotando-se tradicionalmente demagogia).¹⁹

Embora Aristóteles considere que qualquer das três formas é capaz de conduzir a um governo bom, ao analisar as constituições concretas observa que elas dificilmente adotam apenas uma daquelas três formas (sejam as puras ou as deterioradas). Mais que isso, o autor acaba por desenvolver a teoria da Constituição Mista, pela qual a forma de governo mais adequada é aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, de modo que este passa a tomar em conta os interesses de ricos e pobres, mesclando-se as três formas puras de governo.²⁰ Vale notar que a fórmula da Constituição Mista se insere perfeitamente no contexto de seu pensamento filosófico, no qual se consagra o meio-termo como o ponto virtuoso de todas as coisas.

A idéia de Constituição Mista será também desenvolvida, tempos depois, por Políbio e Cícero, especialmente a partir da experiência republicana romana, que ambos os autores têm como uma espécie de Constituição Mista.²¹

Pode-se traçar uma linha, ainda que tênue, ligando a idéia de Constituição Mista à moderna concepção da separação de poderes, na medida em que é possível extrair da Constituição Mista o princípio bastante familiar pelo qual cada órgão constitucional, ou cada classe social, na medida em que tem acesso ao poder político,

18 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 63 e ss. e Reinhold Zippelius, *Teoria geral do estado*, 3ª ed., Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 401.

19 Norberto Bobbio, *A teoria das formas de governo*, 10ª ed., Trad. Sérgio Bath, Brasília, UNB, 1998, pp. 55 e ss.

20 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 33 e ss.

21 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 37 e ss. Vale notar que, embora desenvolvendo a idéia original de Aristóteles, a Constituição Mista de Políbio apresenta algumas diferenças fundamentais. Enquanto para Aristóteles todas as classes deveriam ter acesso a todos os órgãos constitucionais, misturando-se no âmbito deles, Políbio defendia que cada classe deveria ter acesso apenas a um órgão constitucional, destinado especificamente para si.

funciona perante as demais como um limite ou um contrapeso.²² Embora esta seja uma interpretação válida, não se pode deixar de registrar que se trata de uma visão do passado com os olhos e as categorias do presente.

Tratando ainda das origens remotas, e dando um salto no tempo, vale fazer um registro acerca da abordagem de Maquiavel sobre o tema. Maquiavel retoma a distinção aristotélica das formas de governo baseada no critério quantitativo para descrever os Estados de seu tempo, classificando-os em duas categorias: os governos de muitas pessoas — as repúblicas, que poderão ser aristocráticas ou democráticas, na medida em que os titulares do poder sejam mais ou menos numerosos — e o governo de um só — os principados.

A relevância da distinção de Maquiavel está, no entanto, em que, mais importante do que o simples diferencial quantitativo, o autor reconhece uma diferença qualitativa essencial, ainda que não a desenvolva, entre a vontade singular do príncipe — de uma pessoa física — típica das monarquias, e a vontade coletiva republicana, seja de um colegiado restrito, seja de uma assembléia popular.²³

De toda sorte, nada obstante o interesse que essas referências remotas possam despertar, a origem próxima da doutrina da separação dos poderes deverá ser encontrada ao longo da idade moderna, em um contexto histórico específico: a oposição aos regimes monárquicos absolutos e a formação dos Estados de Direito Constitucionais. Assim, diferentemente dos registros históricos antigos, a doutrina contemporânea da separação de poderes é um mecanismo engajado em um propósito: controlar o exercício do poder, a fim de que ele não se torne, por concentrado, arbitrário, garantindo-se assim o Estado de Direito e, principalmente, os direitos individuais. Esse caráter instrumental é uma marca que de forma mais ou menos evidente acompanha a doutrina da separação de poderes ao longo do tempo,²⁴ como registra Eduardo García de Enterría, *in verbis*:

22 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 40.

23 Norberto Bobbio, *A teoria das formas de governo*, 10ª ed., Trad. Sérgio Bath, Brasília, UNB, 1998, pp. 83 e ss.

24 A doutrina em geral procura fazer o registro dessa instrumentalidade. Confirma-se, dentre muitos, Luis Díez-Picazo, Manuel Alonso Olea, Antonio G. Cuéllar, Claudio Movilla, Conrado Hesse, Antonio La Pergola, "Constitucionalidad, derecho comunitario europeo y jurisdicción ordinaria" in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, p. 102; Victor Nunes Leal, "A divisão de poderes no quadro político da burguesia" in *Cinco Estudos*, Rio de Janeiro, FGV, 1955, pp. 95 e ss. e Alexandre Groppali, *Doutrina do estado*, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 188.

Vale registrar que há vozes discordantes, da maior autoridade, como Karl Loewenstein, *Teoria de la constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965, p. 56: "Es necesario tener bien claro que el principio de la necesaria separación de las funciones estatales según sus diversos elementos substanciales y su distribución entre diferentes detentadores, ni es esencial para el ejercicio del poder político, ni presenta una verdad evidente y válida para todo tiempo. El descubrimiento o invención de la teoría de la separación de funciones estuvo determinado por el tiempo y las circunstancias como una protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo monolítico de la monarquía en el siglo XVII y XVIII (...) Este proceso recibió su cuño específico ante la necesidad ideológica de establecer y

"*Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.*"²⁵

O Reino Unido, precursor na formação de um Estado de Direito (*rule of law*) e de uma monarquia limitada por documentos de natureza constitucional, foi também, naturalmente, o primeiro onde se desenvolveu e implementou a doutrina da separação de poderes. Embora se atribua a Montesquieu especial destaque na matéria, por sua exposição sistemática e ordenada em *O Espírito das leis*, não se pode deixar de reconhecer a importância da obra de Locke para o desenvolvimento da doutrina, mesmo porque Montesquieu vai escrever a partir de sua leitura da realidade inglesa, que já havia recebido a influência dos escritos de Locke.

Locke vai apresentar sua teoria da separação de poderes no *Segundo Tratado do Governo Civil: Ensaio concernente à verdadeira origem, extensão e fim do Governo Civil — Segundo Tratado*,²⁶ na seqüência histórica da deposição dos Stuarts, a Casa de pretensões absolutistas derrotada por Guilherme de Orange e pelo Parlamento em 1688, e movido pela intenção de justificar racionalmente a nova ordem estabelecida na Inglaterra.

A teorização de Locke a respeito da separação de poderes parte de suas visões do estado de natureza, da igualdade dos homens e do contrato social, e tem como elemento fundamental a lei. Como se sabe, no estado de natureza de Locke, diferentemente do que se passa no de Hobbes, os homens encontram-se em uma posição de liberdade e igualdade generalizadas; trata-se, a princípio, de um estado de paz. Nada obstante, a existência da propriedade privada e a circunstância de que todo o poder e jurisdição são recíprocos, cada qual, portanto, sendo juiz em causa própria, já deixa entrever características de uma sociedade concorrencial.

proteger la libertad individual. Sólo el liberalismo constitucional identificó la libertad individual con la separación de 'poderes'. Esto queda aclarado por una breve digresión histórica. Es curioso constatar que el Constitucionalismo de la antigüedad funcionó sin la separación de funciones y frecuentemente en conflicto con dicho principio."

Embora o autor tenha razão no que diz respeito à historicidade da idéia da separação de poderes, negar-lhe a função de garantia dos direitos individuais frente ao poderes estatal parece, *data venia*, um equívoco. Mais ainda a comparação com os Estados antigos, nos quais, como se sabe, ainda não estava desenvolvida a noção de individualidade fora do contexto da cidade ou do Estado, e, portanto, não havia oposição possível.

25 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 45.

26 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 65 e ss. e Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, 8ª ed., Trad. Lydia Cristina, Rio de Janeiro, AGIR, 1999, pp. 103 e ss.

Nesse contexto, o contrato social não representa um revolução integral na vida dos indivíduos, nem estes abrem mão integralmente de seus direitos e de sua liberdade, como pretendia Hobbes. Busca-se com ele apenas garantir o que não é possível obter no estado de natureza, a saber: a segurança dos homens e a salvaguarda da propriedade privada. Na visão de Locke, a lei fixa e estabelecida — e não apenas a lei natural típica do estado de natureza —, é a melhor forma de garantir esses fins, de modo que toda a estrutura do Estado será organizada para refletir esse objetivo.

Caberá, portanto, ao Estado recém-inaugurado elaborar as leis, através de seu Poder Legislativo. Igualmente será da competência do Estado providenciar juízes imparciais com autoridade reconhecida para dirimir conflitos concretos de acordo com as leis estabelecidas — o que inexistia no estado de natureza — bem como providenciar um Poder Executivo capaz de garantir a execução das sentenças proferidas pelos juízes.

Por evidentes razões históricas, e pela própria lógica de seu raciocínio, Locke confere ao poder de fazer as leis considerável preeminência sobre os demais. O autor admite, entretanto, que o próprio Legislativo pode tornar-se arbitrário, sendo necessária a imposição de limites à sua atuação,²⁷ dentre os quais vale ressaltar a impossibilidade de o Legislativo executar as leis por ele elaboradas, o que deverá ficar a cargo de outros órgãos estatais.²⁸

A esse modelo relativamente simples proposto por Locke, a experiência britânica foi agregando outros mecanismos destinados a aprimorar a idéia base da separação, tanto para conferir-lhe mais eficácia em relação a seus próprios fins — controle do poder e garantia dos direitos e liberdades individuais — como para assegurar maior eficiência à atuação estatal como um todo. Institutos como o veto real (ainda que abandonado já no início do século XVIII) e o *impeachment* dos conselheiros reais, origem da responsabilidade política do Gabinete, dentre outros, foram tecendo uma malha de controles recíprocos entre o Monarca e seus conselheiros e o parlamento.²⁹

Com efeito, as relações entre Executivo e Legislativo tomam um rumo muito particular por volta de 1721 a 1742, com a progressiva autonomia dos Gabinetes e o desenvolvimento de relações cada vez mais próximas destes com o parla-

27 Mais uma vez a referência histórica facilita a compreensão. A atuação do “Longo Parlamento”, no reinado de Carlos I, e da Câmara dos Comuns, logo após o episódio da abolição da realeza e da Câmara dos Lordes, eram exemplos relativamente recentes na história inglesa que ilustravam o arbítrio dos Parlamentos. Confira-se: Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 48 e 56.

28 Além e fora dos poderes Legislativo e Executivo (no qual se inclui o Judiciário), o autor refere também os poderes de prerrogativa e federativo, poderes de caráter muito mais político (relações internacionais, intervenção em momentos de emergência interna) que jurídico.

29 Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pp. 249 e ss.

mento,³⁰ a ponto de se dizer que há quase uma fusão entre os dois Poderes. Os opositores do governo à época, dentre os quais se destaca Bolingbroke, passaram a atacar o arranjo político sob o fundamento de que ele violaria qualquer noção de separação de poderes, mesmo considerando-se a tradição inglesa de interdependência entre os poderes.

Nada obstante o protesto da oposição, o modelo britânico continuou a desenvolver-se nessa linha, institucionalizando relações especialmente próximas entre Executivo e Legislativo, a ponto de ser denominada modernamente de parlamentarismo “monista”, como se verá adiante.

Passando ao continente europeu, Montesquieu, a grande referência no tema da separação de poderes, procura apresentar uma teoria em abstrato da separação dos poderes, bem como uma descrição concreta dos mecanismos de governo inglês. Não raro as searas se confundem, com prejuízos para a clareza da obra, o que fica evidente especialmente na percepção muitas vezes confusa e mesmo equivocada que o autor tem de aspectos da realidade inglesa.³¹

Diferentemente da maioria dos teóricos dos séculos XVII e XVIII, Montesquieu não aceita a idéia de contrato social, nem a que lhe é subjacente, a da igualdade natural de todos os homens. O autor mantém a idéia basicamente medieval, mas ainda em voga, especialmente na França, de que há uma desigualdade natural entre os homens. Daí porque Montesquieu, um nobre liberal, vai defender o papel da nobreza na estrutura do governo, como um estamento ao lado do povo e do Rei, com uma participação fundamental na elaboração da lei.

Montesquieu vai estruturar sua teoria retomando as classificações quantitativas dos antigos acerca das formas de governo: monarquias e repúblicas (democráticas ou aristocráticas, conforme o governo seja exercido por todos ou apenas por um grupo). A distinção mais importante feita pelo autor, no entanto, utiliza um critério qualitativo, e diz respeito à possibilidade de degeneração de qualquer daquelas formas básicas de governo em um despotismo.

30 Essas relações, que se institucionalizaram com o tempo, consistiam originalmente na atribuição de cargos, pensões e subsídios aos parlamentares, o que viria a ser denominado por Walter Bagehot como o “eficiente segredo da Constituição inglesa”. Confira-se: Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 87 e ss.

31 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 109; Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, 8ª ed., Trad. Lydia Cristina, Rio de Janeiro, AGIR, 1999, pp. 127 a 138, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, 12ª ed., Trad. Carmen C. Varriale e outros, UNB, Brasília, 1999, p. 1.107 e ss., Norberto Bobbio, *A teoria das formas de governo*, 10ª ed., Trad. Sérgio Bath, UNB, Brasília, 1998, p. 127 e ss., Norberto Bobbio, *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, 4ª ed., Trad. Alfredo Fait, UNB, Brasília, 1997, p. 41 e ss. e David Lowenthal, *Montesquieu in History of political philosophy*, ed. Leo Strauss and Joseph Cropsey, 3ª ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1987, p. 513.

Embora o autor trate de uma multiplicidade de fatores, o elemento mais evidente que distingue as formas moderadas de governo do despotismo é a existência de uma lei geral, abstrata e adequada às circunstâncias sociais,³² bem como a forma de aplicação da lei. Na medida em que se governa por decretos ocasionais, improvisados e arbitrários tem-se um governo absoluto e despótico.³³

A solução para que tanto república (aristocrática ou democrática) como monarquia sejam governos moderados, 'bons', está na existência de poderes contrapostos, de modo que nenhum deles possa atuar arbitrariamente no âmbito do Estado. A separação de poderes é precisamente o instrumento que, para Montesquieu, garante a moderação no exercício do poder político, evitando sua utilização abusiva e, principalmente, garantindo a liberdade e os direitos dos indivíduos.

Montesquieu procura enfatizar que a edição e a execução das leis têm de estar confiadas a órgãos e pessoas diferentes. Quanto à solução dos conflitos concretos, Montesquieu a considera uma atividade de aplicação mecânica da lei, e por isso mesmo pouco importante,³⁴ adotando integralmente a visão iluminista do juiz, referindo-se a ele como "a boca que pronuncia a palavra da lei".

Curiosamente, o autor vai importar das práticas inglesas alguns elementos pelos quais pretendia enfraquecer ainda mais o Judiciário; sugere que os Tribunais sejam temporários, formados apenas de acordo com as necessidades e por indivíduos eleitos, e não por um corpo permanente. O autor parece não perceber que a instituição do júri, onde vai colher essas características, era apenas um aspecto do sistema judicial inglês que, ao contrário do que pretende o autor, desenvolve uma marcante atividade criadora, típica do sistema da *common law*, em nada se assemelhando à atividade mecânica pretendida pelos iluministas.³⁵

A concretização de seu modelo teórico através da observação da realidade inglesa, e sob a influência das idéias de Constituição Mista, leva o autor a concluir que o Poder Legislativo corresponde principalmente à nobreza e aos representantes eleitos pelo povo e o Executivo ao Monarca.

Alguns controles recíprocos garantiriam o bom funcionamento do sistema: cabe ao Legislativo o voto anual do orçamento e da lei que autoriza o exército permanente, bem como processar e julgar (*impeachment*) os conselheiros reais. Ao

32 Diferentemente da crença iluminista em uma razão universal e atemporal, da qual se extrairia uma lei igualmente universal, Montesquieu vai demonstrar a percepção de que cada localidade, em função de suas peculiaridades naturais, históricas e culturais terá necessidade de uma lei particular ajustada às suas circunstâncias. Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 91.

33 Compreensivelmente, o autor dá maior ênfase ao governo despótico monárquico, embora as repúblicas também possam deteriorar-se em despotismo.

34 Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, 8ª ed., Trad. Lydia Cristina, Rio de Janeiro, AGIR, 1999, p. 140, transcrevendo Montesquieu, registra: "dos três poderes de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo".

35 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 96 e ss.

Executivo compete convocar o Legislativo e exercer o poder de veto (embora desde 1707 o veto real não fosse mais praticado na Inglaterra).³⁶ O autor não oferece, no entanto, uma resposta sistemática para o problema dos controles recíprocos dos poderes, limitando-se a manifestar a crença de que "pelo movimento necessário das coisas, são [os três poderes] *constrangidos à marcha, serão forçados a marchar em harmonia.*"³⁷

Nada obstante a convicção de Montesquieu a respeito da natural harmonização dos poderes, não foi isso que aconteceu em seu próprio país. A história política da França, após a Revolução, é a história de uma sociedade em busca de um governo, em sucessivas tentativas de alcançar o equilíbrio entre os poderes.³⁸

Com efeito, se na Inglaterra de Locke, a partir da Revolução de 1688, consolidou-se uma monarquia constitucional, com poderes separados, ainda que ao longo do tempo cada vez mais interdependentes, a França de Montesquieu conheceu momentos em que se procurou implementar modelos de separação rígida dos poderes — como as Constituições de 1791 e 1795 —, outros em que vigorou uma prática monista de exercício do poder político, cujo exemplo clássico foi o assembleísmo jacobino de 1793,³⁹ bem como alguns momentos dos períodos imperiais.

Por fim, na maior parte do tempo, a França procurou equilibrar um regime de separação mais flexível, através de práticas parlamentares, nem sempre bem sucedidas. O último passo nesse percurso foi dado pela V República, iniciada com a Carta de 1958, que construiu um sistema peculiar, denominada por Maurice Duverger de *semipresidencialismo*, sobre o qual se falará adiante.⁴⁰

Encerrando este ponto de breves notas históricas, vale fazer ainda uma referência à visão de Kant sobre a separação dos poderes. Todo o pensamento do Direito e do Estado exposto por Kant gravita em torno da idéia central da lei, à qual, na visão do autor, praticamente todo o Estado, de uma forma ou de outra, se reduz, de modo a assegurar aos indivíduos a liberdade de perseguirem seus projetos individuais. Para

36 Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, 8ª ed., Trad. Lydia Cristina, Rio de Janeiro, AGIR, 1999, pp. 140 e ss.

37 *apud* Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, 8ª ed., Trad. Lydia Cristina, Rio de Janeiro, AGIR, 1999, p. 146.

38 Jean Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Montchrestien, 1987, p. 64.

39 A influência de Rousseau no episódio é notável, já que o autor considerava o Legislativo como o poder soberano, em decorrência de uma concepção monista do poder. O Executivo seria subordinado a ele, não podendo limitar-lhe a atuação. Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 256 e ss.

40 Paulo Bonavides, *Ciência política*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 328 e ss., Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1995, Maurice Duverger, *Le Système Politique Français: Droit Constitutionnel et Science Politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, Jean Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, Paris, 1987 e Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pp. 457 e ss.

Kant, a lei, fruto da vontade geral e racional dos indivíduos, que agem movidos pelo imperativo categórico universal, vincula inclusive o governo, assumindo a forma do princípio da legalidade.⁴¹

A separação dos poderes decorre naturalmente dessas premissas. Como o cidadão não pode ser prejudicado por aquilo que não decidiu, a vontade coletiva é que deve exercer o Poder Legislativo. Ao lado do Legislativo, figuram os demais poderes com suas funções privativas: o Executivo — que governa em conformidade com as leis — e o Judiciário — que determina para cada um o que é seu segundo a lei. Para Kant, a conjugação desses dois elementos — legalidade e separação de poderes — é capaz de garantir a liberdade individual, finalidade principal do Estado.⁴²

A associação de toda essa construção teórica do século XVIII com o contexto histórico do século XIX, a saber: a desmontagem vitoriosa do Antigo Regime pelas Revoluções Burguesas, nas quais o parlamento desempenhou sempre um papel destacado, acabou por envolver a separação de poderes em uma roupagem dogmática⁴³. Mais que isso, um determinado modelo de separação de poderes — aquele em que se consagra a supremacia do parlamento e da lei, bem como a desimportância política do Judiciário — acabou por ser canonizado.⁴⁴ Esse o cenário europeu continental de fins do século XIX e início do século XX, cujas concepções foram importadas para os países periféricos de tradição romano-germânica.

Feito esse breve percurso pela evolução do pensamento político da separação de poderes, vale referir suas relações com a idéia, muito mais recente, de Constituição ou, mais precisamente, as relações do modelo de separação de poderes acima referido — da supremacia do parlamento — com as limitações que a Constituição

41 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 155 e ss.

42 Norberto Bobbio, *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, 4ª ed., Trad. Alfredo Fait, Brasília, UNB, 1997, pp. 31 e ss., Norberto Bobbio, *Estado, Governo, Sociedade*, 7ª ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, São Paulo, 1999, p. 108, Pierre Hassner, *Immanuel Kant in History of political ed. philosophy*, 3ª ed., Chicago, Leo Strauss and Joseph Cropsey, The University of Chicago Press, 1987, p. 581 e Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 6ª ed., Buenos Aires, Tecnos, 1999, p. 215: “Kant acepta, en principio, la tesis del iusnaturalismo iluminista de que el Estado es un medio y una condición para asegurar las respectivas esferas de libertad de los ciudadanos, por medio del derecho.”

43 Vale lembrar o famoso o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

44 Clémerson Merlin Clève, “A teoria constitucional e o direito alternativo” in *Uma vida dedicada ao direito — Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*, São Paulo, RT, 1995, pp. 34-35: “Os revolucionários burgueses acreditavam na força da razão. Por isso que, não passando a lei, para eles, de norma descoberta pela atividade racional, não poderia ela atentar contra a justiça e a liberdade. (...) Imaginavam os revolucionários que o Parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão; e porque a lei era, a um tempo, regra criada pela nação por meio de seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), ela não poderia atentar contra a justiça e contra a liberdade. O culto da lei pelo liberalismo produziu conseqüências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma.”

poderia lhe impor. No final do século XIX, considerando-se a realidade europeia, as relações entre a separação de poderes e a Constituição fluíam ainda sem muitos atritos. Em primeiro lugar, não se reconhecia à Constituição caráter normativo, capaz de produzir efeitos diretamente e, ademais disso, as Constituições em geral limitavam-se a disposições gerais de caráter organizatório ou jurídico processual.⁴⁵

De toda sorte, e se isso não fosse suficiente, a cogitação de controle judicial de constitucionalidade das leis era considerada, a essa altura, simplesmente inadmissível pelo princípio da separação de poderes, colocado a serviço da supremacia do parlamento.⁴⁶

Ao longo do século XX, no entanto, o conteúdo da Constituição ampliou-se significativamente, bem como a prática das relações entre a Constituição e a lei, o Judiciário e o Legislativo sofreram alterações substanciais. Curiosamente, as concepções doutrinárias a respeito da separação de poderes permaneceram basicamente inalteradas. A introdução do controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos europeus, sempre acompanhado de certo desconforto, se deveu não a uma reformulação da idéia consagrada de separação de poderes, mas à introdução de um elemento novo: a normatividade da Constituição.

Daí porque muito se fala hoje de crise da idéia de separação de poderes. Esta parece, realmente, a resposta mais evidente diante da radical alteração das circunstâncias neste século e da incompatibilidade destas com as concepções consagradas a respeito da separação de poderes, que simplesmente não acompanharam a construção dessas novas realidades.⁴⁷

Mas, estaria mesmo a idéia básica, o fundamento lógico da separação de poderes em crise? Algumas conclusões parciais já podem ser alinhavadas neste ponto.

Em primeiro lugar, é preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes. Embora ele tenha se transformado em um princípio de fundamental importância para a organização do Estado Moderno, e de fato o seja, a separação de poderes não é um valor em si mesmo. Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que os direitos e as liberdades dos indivíduos fossem preservados.

45 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 55-56 e Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 167.

46 Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 168.

47 Confira-se, dentre muitos, na doutrina brasileira: Paulo Bonavides, *Ciência Política*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 134 e ss. e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*, RTDP 9/40 e ss.

Essa primeira conclusão, embora um tanto óbvia, impõe uma visão flexibilizadora dos dogmas construídos em torno da idéia de separação de poderes.

Em segundo lugar, a suposta crise do princípio da separação de poderes acima referida, é na verdade a crise dos parlamentos, como bem acentuou o Professor Nelson Saldanha.⁴⁸ Com a democratização e o sufrágio universal, o parlamento deixa de ser um lugar de identidade ideológica, como na maior parte do século passado, para abrigar uma variedade de grupos distintos.⁴⁹ Associado a esse esfacelamento interno, o parlamento se vê acossado pelo crescimento do controle de constitucionalidade e, particularmente importante, do papel do Executivo.⁵⁰ A crise dos legislativos acarretou, conseqüentemente, a crise do modelo de separação de poderes que consagrava acima de todas as coisas o parlamento e a lei.

Não se pode negar que esse formato de separação, que conferia total preeminência ao Legislativo, desempenhou um relevante papel histórico e traz em si um componente não meramente instrumental, mas essencialmente valorativo, que é a fórmula da representação popular democrática, tema do qual se tratará adiante. Nada obstante, esse é um modelo que não atende mais às necessidades contemporâneas e necessita de reformulação. O princípio da separação de poderes, entretanto, permanece absolutamente válido e valioso em sua essência. O poder concentrado continua sendo uma ameaça aos direitos individuais e, portanto, controlá-lo através da divisão de seu exercício permanece como uma necessidade imperiosa.

Por fim, e esta última conclusão decorre logicamente das duas primeiras, não há, na realidade, um modelo absoluto e acabado de separação de poderes que deva ser dogmaticamente aceito por todos os países, fora do qual se estaria violando o princípio da separação. Ao contrário, a observação demonstra, exatamente em função de seu caráter instrumental, e mais ainda atualmente, diante da crise do modelo tido por tanto tempo como único viável, que cada país vai organizar um modelo próprio de separação de poderes, como se verá, brevemente, no ponto seguinte, a propósito da Inglaterra, da V República francesa e do modelo brasileiro criado pela Carta de 1988.⁵¹

48 Nelson Saldanha, *O Estado moderno e a separação dos poderes*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 104.

49 Clémerson Merlin Clève, "A teoria constitucional e o direito alternativo" in *Uma vida dedicada ao direito — Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*, São Paulo, RT, 1995, pp. 34-35.

50 Clémerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e a Constituição de 1988*, São Paulo, RT, 1993.

51 J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 502: "Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protigido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do 'monismo de poder', como o que resultaria, por ex., da concentração de 'plenos poderes'".

Desse modo, o que se pode dizer de logo é que a separação de poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle de constitucionalidade. É verdade que isso poderia chegar a acontecer se se pretendesse cumular no Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, o poder de legislar e aplicar a legislação por ele criada, sem que outro Poder pudesse controlar essa atuação. O argumento, entretanto, é apenas *ad terrorem*. Como se sabe, entre o exercício monolítico do poder pelo Judiciário e a completa vedação do controle judicial de constitucionalidade das leis, entre um extremo e outro, há um longo trajeto de possibilidades que pode ser trilhado legitimamente pelos países, mantendo-se ainda eficiente controle dos poderes por meio da divisão das funções. Isso será especialmente verdadeiro quando o controle de constitucionalidade disser respeito à proteção de direitos fundamentais, fim último, afinal, da própria separação de poderes.⁵²

II.2. A diversidade de modelos de separação de poderes: Inglaterra, França e Brasil

Conforme referido acima, de acordo com as necessidades históricas de cada povo, os países vão construindo ao longo do tempo, ou através de novas Cartas Constitucionais, suas fórmulas de separação de poderes.⁵³ E embora se procure classificar esses modelos em um dos dois sistemas clássicos de governo — parlamentar ou presidencial —, a verdade é que também já não há exemplos puros desses sistemas, mas sim fórmulas mistas. Breves notas a respeito das práticas políticas inglesas, bem como dos modelos criados pela Constituição Francesa de 1958 e suas emendas e pela Constituição Brasileira de 1988 são capazes de demonstrar esse ponto.

Já se referiu anteriormente à evolução histórica que deu origem ao sistema inglês atual, denominado de parlamentarismo "monista". Conforme se deixou registrado, a prática política inglesa cunhou um sistema absolutamente particular, no qual a maioria parlamentar e o governo formam uma unidade de poder tão consistente que há quase uma confusão entre Legislativo e Executivo (daí a qualificação de "monista").

Com efeito, não há real oposição entre maioria parlamentar e Executivo, uma vez que as decisões são, em geral, tomadas em conjunto ou referendadas pelos

no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante. Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função."

52 J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 219: "Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpoitismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais."

53 Javier García Roca, *Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo con rango de ley: mayoría, minorías, controles*, CDCCP — RT 27/9 e ss.

parlamentares. Aparentemente, tal sistema acabaria por concentrar no bloco governista um conjunto amplíssimo de poderes sem qualquer contraponto, já que Legislativo e Executivo não se controlam mutuamente. Nada obstante, assim não acontece, principalmente em função da atuação dos partidos de oposição. Na realidade, essa é uma tendência observada em muitos sistemas parlamentares, nos quais a antiga separação entre Executivo-Legislativo foi substituída pela separação entre maioria governamental e oposição, desempenhando esta o papel de poder contraposto ao bloco majoritário.⁵⁴ O Professor Vital Moreira bem percebeu o fenômeno e o registrou nos seguintes termos, *in verbis*:

“Em terceiro lugar, os postulados clássicos da separação de poderes entre o legislativo e o executivo também deixaram de ter correspondência na realidade. Especialmente nos países de sistema parlamentar com partido ou coligação majoritária, a idéia de separação de poderes entre legislativo e executivo e de subordinação deste àquele não fazem hoje grande sentido. A separação hoje relevante é a que se estabelece entre maioria governamental e a oposição, e a questão constitucionalmente mais importante deixou de ser apenas ou sobretudo a supremacia do legislativo sobre o executivo mas sim as garantias da oposição face ao poder da maioria existente no governo e no parlamento.” (grifos no original).⁵⁵

Na França, diferentemente, foi a instabilidade do sistema parlamentar das III e IV Repúblicas (nos doze anos da IV República — de 1946 a 1958 — se sucederam 22 gabinetes) que conduziu à criação de um modelo *sui generis* batizado por Maurice Duverger de “semipresidencialismo”,⁵⁶ no qual o sistema parlamentar convive com um Chefe de Estado dotado de poderes especialmente amplos.

O modelo francês, criado pela Constituição de 1958 e pelas reformas constitucionais de 1962 e 1974, é consideravelmente complexo e não se pretende apresentá-lo de forma completa, mas apenas pontualmente, sobretudo naqueles aspectos que se opõem ao modelo clássico de separação de poderes, consolidado no século passado.

54 Confira-se sobre o tema: Paulo Bonavides, *Ciência política*, São Paulo 10^a ed., Malheiros, 1999, pp. 328 e ss. e Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 241 e ss.

55 Vital Moreira, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional” in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional — Colóquio no 10^o aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 183.

56 Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Librairie de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995, Maurice Duverger, *Le Système Politique Français: Droit Constitutionnel et Science Politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, Jean Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Montchrestien, 1987.

Com efeito, a supremacia do parlamento, embora continue sendo um princípio fundamental da organização política francesa, já não é mais a mesma. A Constituição de 1958, inovando no ponto, listou as matérias de competência de lei, permitindo que as demais sejam disciplinadas pelo Executivo por meio de decretos. Mesmo em relação às matérias de competência legislativa, é possível a delegação ao Executivo, que poderá editar uma espécie de lei delegada (*ordonnances*).⁵⁷

Vale notar que tanto os decretos como as *ordonnances* (antes da ratificação pelo Parlamento), por se tratarem de atos formalmente administrativos — ainda que materialmente normativos —, poderão ser invalidados judicialmente no âmbito de uma disputa concreta.⁵⁸ Por outro lado, embora não se admita o controle judicial da lei produzida pelo parlamento (nem incidental nem abstratamente), o Conselho Constitucional, órgão político e fora da estrutura jurisdicional, poderá impedir a promulgação de projeto de lei que considere inconstitucional,⁵⁹ embora a última palavra caiba afinal ao parlamento, juntamente com o governo, que poderão reformar a Constituição e implementar o projeto.⁶⁰ De toda forma, embora a validade das leis elaboradas pelo Legislativo não possa ser discutida, há um conjunto de outras espécies normativas que estão hoje sujeitas a alguma espécie de controle judicial.

Quanto à relação entre Executivo e Legislativo, o regime constitucional atual optou por fortalecer consideravelmente o primeiro. Além da ampliação dos poderes legislativos do Executivo, o Presidente passou a ser eleito diretamente, bem como detém o poder de submeter projetos a referendo popular, o que, historicamente, tem se mostrado uma importante competência, como forma de contornar a oposição do

57 A lei que autoriza a delegação deverá fixar o prazo da delegação, o prazo no qual a *ordonnance* deverá ser submetida ao Legislativo para ratificação, bem como as diretrizes gerais para a matéria a ser regulamentada pelo Executivo (art. 38). Embora a *ordonnance* tenha de ser submetida à ratificação do Parlamento, não há prazo para que o Legislativo as ratifique. De fato, a maioria das *ordonnances* até hoje editadas jamais foi ratificada.

58 Em função da tradicional separação rígida de poderes, especialmente no que diz respeito ao Judiciário, desde a Revolução há na França duas ordens de jurisdição totalmente distintas: a jurisdição judiciária propriamente dita, cujo órgão de cúpula é a Corte de Cassação e que decide litígios entre particulares e questões penais, e a jurisdição administrativa, cujo órgão de cúpula é o Conselho de Estado, cabendo-lhe apreciar todos os litígios de natureza não penal que envolvam particulares e o Estado ou qualquer outra pessoa pública. Historicamente, o Conselho de Estado tem desempenhado um papel fundamental na defesa das liberdades públicas, construindo noções como o excesso de poder, capazes de anular atos administrativos que atentem injustificadamente contra os direitos e as liberdades individuais.

59 O controle de constitucionalidade pelo Conselho é obrigatório no caso de leis orgânicas, mas facultativo quanto às demais leis e tratados, dependendo, neste caso, da provocação de algum legitimado. A reforma constitucional de 1974 ampliou a legitimação para esse fim, permitindo que 60 deputados ou 60 senadores levem ao Conselho Constitucional o exame de qualquer projeto de lei. Vale notar que Conselho tem outras atribuições, como decidir sobre a regularidade das eleições do Presidente, deputados e senadores (arts. 58 e 59), bem como zelar pelo respeito à repartição de competências entre executivo e legislativo.

60 O que já aconteceu, em 1992, para a promulgação do Tratado de Maastricht, e em 1993, em um caso envolvendo concessão de asilo.

Parlamento.⁶¹ Ademais, o Presidente poderá também ser investido de poderes extraordinários, que a Carta não especifica, em caso de grave crise nacional (art. 16).

A Constituição procurou também dificultar a apresentação de moção de censura contra o Executivo,⁶² como compreensível reação à instabilidade da III e IV Repúblicas, o que vem garantindo grande estabilidade aos governos.

Quanto à experiência brasileira, a Constituição de 1988 criou uma elaborada malha de competências privativas de cada um dos três poderes, bem como pontos de contato e controle recíprocos entre eles.⁶³ Com efeito, cada poder é especializado na função que lhe dá nome, sem, no entanto, exercê-la com absoluta exclusividade. Assim, cabe ao Legislativo preponderantemente legislar: produzir o direito, inovar na ordem jurídica; ao Executivo administrar, isto é, aplicar a lei de ofício; e ao Judiciário compete julgar, aplicando a lei contenciosamente.⁶⁴

A Constituição, no entanto, prevê hipóteses em que o Judiciário administra e legisla, o Executivo julga e legisla e o Legislativo administra e julga. Assim se passa quando o Judiciário gerencia toda a administração de seu pessoal bem como de seus serviços (apenas exemplificativamente, confira-se os arts. 93, X e 96), bem como quando os Tribunais elaboram seus regimentos internos (art. 96, I, a), atividade essencialmente legislativa.

O mesmo se pode dizer do contencioso administrativo no âmbito do Executivo (art. 5º, LV) que, embora não exclua a possibilidade de apreciação final pelo Judiciário, representa uma modalidade de atividade judicante. Talvez a faceta mais visível dessa interpenetração entre as funções estatais sejam as competências legislativas próprias conferidas pela Constituição ao Executivo — as medidas provisórias (art. 62) e os decretos autorizados pela Constituição a alterar, como se lei fossem, alíquotas de determinados impostos (art. 153, § 1º).

Assim como o Judiciário, também cabe ao Legislativo administrar seu pessoal e serviços (arts. 51, IV e 52, XIII) sem interferências do Executivo. Por outro lado, o Legislativo tem um papel judicante fundamental quando processa e julga os chamados crimes de responsabilidade (art. 52, I e II).

61 A emenda constitucional de 1962 que introduziu a eleição direta para Presidente foi fruto de um referendo convocado por De Gaulle. Em 1969, diante de novo conflito com o Parlamento, De Gaulle tentou novamente a técnica do referendo, que, no entanto, foi rejeitado, provocando a sua renúncia.

62 Pela reforma de 1995, a moção deverá ser solicitada por 1/10 dos deputados e aprovada, em 48 horas, pela maioria absoluta deles. Os subscritores de uma moção rejeitada não podem subscrever outra na mesma sessão. A experiência tem demonstrado que a oposição dificilmente consegue formar novo grupo de 1/10 dos deputados para apresentar nova moção de censura.

63 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Interferências entre poderes do estado (Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988)*, RILSF 103/5 e ss.

64 Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 4 e ss.

Além desses pontos de contato, por força dos quais cada poder exerce atividades que não correspondem à sua especialidade funcional, a Constituição prevê também um conjunto de controles recíprocos entre os poderes.

O Judiciário tem competência para apreciar a constitucionalidade e a legalidade dos atos produzidos pelo Legislativo e pelo Executivo invalidando-os se for o caso (arts. 5º, LXIX, 102, I, a, 125, § 2º). Por outro lado, os órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro — Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça — são integrados mediante nomeação do Presidente da República, com a prévia aprovação dos nomes dos Ministros pelo Senado Federal (arts. 101 e 104).

O Executivo, além de participar da formação do Poder Judiciário, como referido, tem um papel fundamental na atuação do Legislativo, uma vez que, ao lado de suas competências legislativas próprias, a Constituição lhe confere a iniciativa privativa para o processo legislativo em relação a um considerável conjunto de matérias (art. 61), bem como o poder de veto (art. 66). O desrespeito de qualquer dessas regras, como se sabe, acarreta a inconstitucionalidade formal da lei cujo processo legislativo foi irregular.⁶⁵

Por fim, ao Legislativo, especificamente ao Senado Federal, compete aprovar, como já referido, os nomes indicados pelo Executivo para o STF e o STJ. Na relações com o Executivo, cabe-lhe aprovar previamente a escolha de nomes indicados para uma série de cargos no âmbito da Administração (v.g., presidente e diretores do Banco Central, chefes de missão diplomática em caráter permanente etc. — art. 52, III, d e IV). Além disso, cabe ao Senado uma função vital de controle do endividamento público, fixando os limites dentro dos quais as Administrações da União, Estados e Municípios podem transitar na matéria (art. 52, V, VI, VII, VIII, IX).

A Constituição confere ainda ao Poder Legislativo uma ampla competência fiscalizatória, especialmente dos atos do Executivo (art. 49, X), que vai desde a possibilidade de sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação legislativa conferida ao Executivo (art. 49, V), até a sustação de atos (art. 71, X)⁶⁶ e contratos (art. 71, § 1º) firmados pela Administração que sejam considerados ilegais.

O que se pode perceber, na realidade, é que qualquer dos três modelos — o inglês, o francês ou o brasileiro —, acima descritos em linhas muito gerais, é apenas um dentre uma diversidade de outras fórmulas capazes de implementar a idéia da separação dos poderes.

65 “A sanção do projeto, verificada na espécie, não tem o efeito de suprir a falta de iniciativa, não prevalecendo a Súmula n. 5, que traduzia a jurisprudência predominante no STF no regime da Constituição de 1946.” (STF, RTJ 127/811).

66 Vale notar que a sustação de ato unilateral poderá ser feita, nos casos de ilegalidade, pelo Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Legislativo para fiscalização (art. 71, X). No caso de contratos, no entanto, apenas o próprio Legislativo pode sustá-los (art. 71, § 1º).

III. A maioria democrática e seus limites

A existência de um órgão representativo ao qual, por meio da regra majoritária, cabe decidir a respeito da vida social é uma decorrência do princípio moderno da separação dos poderes, mas vai além dele. Na verdade, seu fundamento último reside no pressuposto de que todos os homens são iguais, axioma que foi sendo construído ao longo do tempo, através de um processo próprio e distinto do da idéia da separação de poderes.⁶⁷

É desnecessário discorrer sobre esse processo detalhadamente, valendo apenas registrar três momentos fundamentais desse percurso: o Cristianismo⁶⁸, o iluminismo-humanista e a obra de Immanuel Kant.⁶⁹

A mensagem divulgada por Jesus Cristo e seus sucessores representou um ponto de inflexão no mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal. A consequência que se extrairia naturalmente dessa circunstância, mas que foi expressamente verbalizada pelo apóstolo São Paulo e pelos Pais da Igreja, diz respeito à igualdade essencial dos homens. A conhecida declaração “*Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus.*”⁷⁰ teve um compreensível efeito subversivo no mundo romano.

Muitos séculos depois, o movimento iluminista, com sua crença fervorosa na razão, comum a todos os homens, foi o responsável por desalojar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem. Uma das consequências do desenvolvimento teórico do humanismo será precisamente o exercício democrático do poder. Com efeito, a regra majoritária era a fórmula de deliberação política capaz de respeitar a igualdade essencial de cada homem.

Em terceiro lugar, e seguindo o curso histórico, não se pode deixar de mencionar a obra de Immanuel Kant. É Kant quem vai apresentar a formulação mais consistente — e evidentemente mais complexa — da natureza humana e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as criações do próprio homem e da natureza.

No que mais diretamente interessa para esse estudo, e de uma forma bastante simplificada, pode-se dizer que, para Kant, cada homem é um fim em si mesmo — e não uma função do Estado, da Sociedade ou da nação — dispondo de uma

67 Basta lembrar, por exemplo, como exposto, que a teoria de Montesquieu a respeito da separação de poderes não parte da idéia de que todos os homens são iguais.

68 Miguel Reale, *Questões de direito público*, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 3 e ss.

69 Norberto Bobbio, *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, 4ª ed., Trad. Alfredo Fait, Brasília, UNB, 1997, p. 31 e ss., Norberto Bobbio, *Estado, Governo, Sociedade*, 7ª ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 108 e Pierre Hassner, “Immanuel Kant” in *History of political philosophy*, 3ª ed., Leo Strauss and Joseph Cropsey, Chicago, The University of Press, 1987, pp. 581 e ss.

70 A referência consta da carta escrita pelo apóstolo Paulo aos Gálatas, capítulo 3, verso 28.

dignidade ontológica. O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. Essa concepção se harmoniza com o que se afirmou acima a respeito da necessidade da separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade, instrumentos, na exposição de Kant, capazes de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais.

De fato, a separação de poderes, em seu modelo clássico, confere a um órgão — o Legislativo — o poder de elaborar as leis. Entretanto, como consequência da igualdade de todos os homens, o poder de decidir sobre o que quer que afete a coletividade só pode pertencer à própria coletividade, isto é, ao conjunto dos indivíduos. Ademais, uma vez que a opinião de cada um tem idêntico valor, o único critério de decisão admissível, em tese, é o majoritário. A soberania popular democrática é, portanto, antes de tudo, um corolário da idéia de igualdade.⁷¹

De logo já se pode observar que se a separação de poderes é, em si, basicamente instrumental, a regra da maioria democrática realiza um valor próprio que é a manifestação da igualdade no exercício do poder político. Mesmo em países, como o Brasil, em que o chefe do Executivo também é escolhido através de eleições diretas, o parlamento continua a representar de forma mais fiel os diferentes grupos que compõem a sociedade.

Desse modo, não há dúvida de que quando o Judiciário declara inconstitucional uma lei ou concretiza diretamente determinado comando constitucional, cuja integração foi negligenciada pelo legislador, há aí uma espécie de interferência, mais do que de um poder sobre o outro, de uma legitimidade — a da Justiça Constitucional — sobre outra: a legitimidade majoritária. A questão é precisamente saber se essa interferência é legítima e, se o é, em que medida. O primeiro passo nesse mister é examinar a consistência da legitimidade majoritária; se se trata de um princípio absoluto ou se ele admite restrições. Caso estas sejam admitidas, vale verificar em que circunstâncias, e por quais razões são elas admitidas.

Em primeiro lugar é preciso esclarecer que democracia não é sinônimo de regra majoritária, e a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, sendo os dois mais recentes e famosos a Assembléia Jacobina do período do terror na Revolução Francesa e as maiorias nazistas e fascistas. A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte

71 J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 311: “As raízes do princípio maioritário reconduzem-se aos princípios da igualdade democrática, da liberdade e da autodeterminação. Se a liberdade de participação democrática é igual e vale para todos os cidadãos, então o estabelecimento vinculativo de uma determinada ordenação jurídica pressupõe, pelo menos, a concordância da maioria.”

da maioria ou não.⁷² É nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais.⁷³

Com efeito, o princípio da igualdade, que subjaz a regra da maioria, exige que mesmo as minorias, mesmo os vencidos, sejam respeitados em sua humanidade, no conjunto de direitos fundamentais inerentes à sua condição humana e que lhe possibilita, afinal, serem considerados iguais aos demais. Se assim não fosse, a igualdade tão propalada seria meramente circunstancial: dependeria de se fazer ou não parte da maioria, e não essencial, como decorrência da natureza humana.

Essa preocupação com o limite da atuação das majorias está presente na própria lógica da formulação das constituições escritas em geral, e especialmente nas rígidas. A idéia, desenvolvida com maior clareza após a Segunda Guerra Mundial, e à qual se voltará adiante, é de que se deve inserir nas Constituições o consenso mínimo da sociedade, que haverá de ser respeitado independentemente das tendências da maioria temporária que porventura esteja ocupando o poder.⁷⁴

Além dos direitos fundamentais, também devem estar fora da deliberação do legislador a própria regra de deliberação majoritária, sob pena do sistema destruir-se a si próprio.⁷⁵

Assim é que boa parte das Constituições não apenas exigem um procedimento mais complexo para alteração de suas normas, como chegam a vedar completamente o acesso do Legislativo a determinadas matérias, através de cláusulas imodificáveis ou pétreas. Mesmo as Constituições flexíveis, como a britânica, têm na tradição um poderoso elemento de contenção da atuação legislativa.⁷⁶

72 Landelino Lavilla, "Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo," in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxia constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 58, 72, Tomás de la Quadra, Antonio La Pergola, Antonio Hernández Gil, Jorge Rodríguez-Zapata, Gustavo Zagrebelsky, Francisco P. Bonifacio, Erhardo Denninger e Conrado Hesse, "Metodos y criterios de interpretación de la constitución" in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxia constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, p. 134 e Francisco Fernández Segado, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*, RILSF 121, p. 77: "(...) los derechos son, simultáneamente, la conditio sine qua non del Estado constitucional democrático."

73 Ignacio Ara Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 91: "(...) dos posturas igualmente insatisfactorias, la prioridad de la democracia sobre los derechos humanos, y la prioridad de los derechos humanos sobre la democracia (...) todo dependerá del significado que vayamos a atribuir al concepto de democracia. (...) Si, por el contrario, definimos la democracia como un conjunto de reglas del juego, de carácter exclusivamente procedimental (...) los derechos humanos se presentarán como un prius lógico con relación a la democracia."

74 Pedro Cruz Villalón, "Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria" in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional — Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 86 e ss.

75 Jorge Hage Sobrinho, "Democracy and distrust — A Theory of judicial review" — *John Hart Ely: resumo e breves anotações à luz da doutrina contemporânea sobre interpretação constitucional*, Arquivos do Ministério da Justiça, 48 (186)/201-225, jul/dez, 1995, pp 203, 209.

76 J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 311: "A democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário, mas isso não significa qualquer 'absolutismo da maioria' e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em consonância com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar majorias." *A maioria não pode dispor de toda a 'legalidade', ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de*

A conclusão, também aqui, é que a regra da maioria, embora essencial para o exercício da democracia, não se confunde com esta e nem pode ser tomada em termos absolutos, admitindo-se, para manutenção da própria democracia, algumas restrições fundamentais à sua aplicação.

IV. Da legitimidade do controle de constitucionalidade

Como visto acima, nem a separação de poderes nem a regra de deliberação majoritária são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses. A questão que se coloca neste ponto é: o que confere ao controle de constitucionalidade legitimidade para ser uma dessas exceções?

A primeira resposta a essa pergunta está na própria previsão constitucional do controle de constitucionalidade das leis, bem como na superioridade hierárquica da Constituição. A legitimidade do controle decorre, antes de mais nada, da própria Constituição que o prevê. Ainda que assim não fosse, entretanto, é apenas lógico, no processo de aplicação do direito, que o Judiciário privilegie a norma constitucional em detrimento de uma norma hierarquicamente inferior que a ela se oponha (embora este raciocínio só sirva de fundamento para as hipóteses de inconstitucionalidade por ato comissivo, e não nos casos de omissão inconstitucional).⁷⁷

Ademais disso, e sem pretender esgotar o tema, é possível apontar ainda outros três fundamentos para a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, na extensão que será referida, sendo dois deles principais e um acessório. Os dois principais dizem respeito à normatividade da Constituição e à sua própria natureza. O acessório se refere à participação do Legislativo na regulamentação do próprio controle de constitucionalidade. Confira-se.

IV.1. Natureza normativa da Constituição

A Constituição, como já referido, é norma jurídica, daí decorrendo, portanto, a legitimidade básica do controle de constitucionalidade. Com efeito, se a Constituição é norma, cabe ao Judiciário, no Estado de Direito, aplicar as normas jurídicas, velando para que elas sejam respeitadas e seus efeitos, quando não

ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade subpreõe-se ao princípio majoritário.)

77 German J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1987, p. 226: "Hay un equilibrio o balanceo entre la función subordinada de aplicar el derecho vigente tal como es creado por los otros poderes, y el poder de impedir su aplicación en defensa de la supremacía de la constitución. Y esto sí tiene que ver con la división de los poderes, porque hay uno — el judicial — que contiene y contrae a los otros dentro del marco de la constitución suprema. El aplicar el derecho 'tal como es' involucra el aplicar prioritariamente la constitución, porque el derecho 'tal como es' está encabezado por ella, y eso significa que el derecho infraconstitucional opuesto a la constitución ('tal como es') carece de validez por ser inconstitucional; y sólo el poder judicial puede declararlo, porque se trata de un conflicto de derecho."

cumpridos espontaneamente, obrigatoriamente realizados.⁷⁸ Francisco Fernández Segado resume o ponto, *in verbis*:

*“El carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado en nuestros días, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo sus preceptos, como regla general, sin perjuicio de algunas matizaciones particulares a esta regla, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica.”*⁷⁹

Ora, se as relações no âmbito do Estado se baseiam no direito, e se a Constituição é direito, é apenas natural e indispensável que haja um órgão capaz de assegurar a realização dessa ordem jurídica — impondo-lhe o cumprimento, ainda contra a vontade dos indivíduos — e meios próprios para provocar a ação desse órgão.⁸⁰ O controle de constitucionalidade pretende precisamente fornecer os meios processuais próprios pelos quais se poderá dispor de tutela jurídica em relação às normas constitucionais.

Esse ponto, embora fundamental para a legitimidade da jurisdição constitucional exige uma elaboração um pouco mais sofisticada, já que, nada obstante serem normas jurídicas como as demais, as normas constitucionais apresentam uma série de peculiaridades que não podem ser desconsideradas.⁸¹ Isso é o que se passa a expor no ponto seguinte.

IV.2. A natureza da Constituição

A Constituição é um documento normativo ímpar no conjunto do ordenamento, por uma variedade de razões. Uma delas é que cabe à Constituição — o pressuposto com o qual se trabalha é de uma Constituição democrática — realizar dois objetivos: assegurar um consenso mínimo e garantir o pluralismo político.

Em primeiro lugar, cabe à Constituição tomar determinadas decisões políticas fundamentais, dentre as quais, por exemplo e com destaque, a de garantir um mínimo de direitos aos indivíduos. São decisões plenamente judicializadas e que

78 Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pp. 78 e ss.

79 Francisco Fernández Segado, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*, RILSF 121, p. 80.

80 Karl Larenz, *Derecho justo — Fundamentos de ética jurídica*, Tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, pp. 176 e ss. e Mauro Cappelletti, *Proceso, Ideologías, Sociedad*, Tradução Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, pp. 369, 520.

81 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 101 e ss. O autor aponta quatro espécies de peculiaridades que singularizam as normas constitucionais: a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político.

são colocadas pelo poder constituinte originário fora do alcance da deliberação política das maiorias.⁸² A idéia, já referida, que está no substrato dessa concepção, e foi reforçada com a experiência da Segunda Guerra Mundial, é que a democracia é mais do que a simples aplicação da regra majoritária.

Na verdade, se a regra da maioria surge como a fórmula de viabilizar, na deliberação política, a idéia de igualdade essencial de todos os homens, não haveria qualquer sentido em permitir que o grupo majoritário, uma vez instalado no poder, tivesse liberdade tão ampla a ponto de poder se voltar contra a igualdade que lhe deu origem para violar os direitos dos membros da minoria ou para alterar a própria regra majoritária. É indispensável, portanto, que as maiorias encontrem limites, limites estes que deverão ser fixados pela Constituição. Estes pontos são tão essenciais — uma espécie de consenso mínimo — que qualquer grupo que venha a exercer o poder, qualquer ideologia que venha a ser escolhida pelo povo terá de respeitá-los. Simplesmente não se admite que não o façam.⁸³

Na outra ponta, o segundo objetivo de uma Constituição democrática é assegurar o pluralismo político.⁸⁴ Isto é: garantir a abertura do sistema e o exercício democrático de modo que o povo possa, a cada momento, decidir, através de seus representantes, qual o caminho a seguir.⁸⁵

Os dois objetivos se encontram na medida em que qualquer opção que o povo faça terá necessariamente de respeitar aquele consenso mínimo assegurado pela Constituição.⁸⁶ Note-se, como registrado, que essas normas básicas intangíveis têm também um papel fundamental de garantir o regular funcionamento do próprio mecanismo democrático, de modo a impedir que uma maioria venha a destruí-lo.

82 Tomás de la Quadra, “Interpretación de la constitución y órganos del estado” in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, p. 34: “La Constitución, para la actividad política, es un fundamento y un marco de referencia dentro del cual puede y debe moverse con libertad. La Constitución, en cambio, para el órgano constitucional encargado de velar por su aplicación, es la norma mínima a respetar.”

83 Francisco Lucas Pires, “Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria” in *Legitimidade e legitimização da justiça constitucional — Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 170.

84 Consagrado no inciso V, do art. 1º da Constituição Brasileira de 1988.

85 Tomás de la Quadra, “Interpretación de la constitución y órganos del estado” in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, p. 35.

86 Salvo, evidentemente, se sobreviver um novo poder constituinte originário. Tomás de la Quadra, Antonio La Pergola, Antonio Hernández Gil, Jorge Rodríguez-Zapata, Gustavo Zagrebelsky, Francisco P. Bonifacio, Erhardo Denninger e Conrado Hesse, “Metodos y criterios de interpretación de la constitución” in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, p. 136: “Es evidente que ese pluralismo político está dirigido a que las distintas concepciones ideológicas o políticas que existen en la sociedad tengan la oportunidad de plasmar su concepción particular acerca de los valores superiores de libertad, justicia e igualdad. Es evidente que hay un núcleo esencial de esos valores y de los derechos fundamentales que deben ser respetados por cualesquiera de estas opciones;”

Por outro lado, não cabe à Carta definir de forma integral e definitiva a respeito da vida política do povo, o que caberá a este mesmo, a cada nova oportunidade eleitoral.

Desse modo, há um conjunto de normas constitucionais que diz respeito àquele consenso mínimo e que, por isso mesmo, poderão ser objeto de amplo controle judicial não apenas para impedir que sejam violadas, como também para assegurar a produção dos efeitos por elas pretendidos. Esse é o campo de trabalho do direito e da Justiça Constitucional, não estando tais regras à disposição da deliberação política.⁸⁷

Nada obstante, há também um campo reservado à deliberação democrática, em relação ao qual a Constituição fixa diretrizes genéricas, cabendo ao Legislativo decidir as formas de implementação, ainda que vinculado a tais diretivas. Essa é a esfera do político e faz parte das particularidades da Constituição garantir que esse campo lhe seja reservado.

A grande questão é saber, e aqui se faz apenas o registro da questão, o que é exatamente que está contido nesse mínimo consensual, esse núcleo das decisões fundamentais da Constituição.

O controle de constitucionalidade, portanto, poderá ser exercido amplamente no que diz respeito àquele primeiro grupo de normas. Quanto a este último, ao Judiciário só caberá invalidar a norma que não puder ser compatibilizada com a diretriz constitucional.

IV.3. Participação do Legislativo na elaboração das regras do controle de constitucionalidade

Além dos dois fundamentos acima enunciados, que dizem respeito à própria natureza da norma constitucional e à sua legitimidade como parâmetro controlador da validade das leis, um outro se agrega de espécie totalmente diversa. É que, na maior parte dos países de tradição romano-germânica, nada obstante a previsão constitucional do controle de constitucionalidade (especialmente aquele por via de ação principal), é a própria lei que vai regulamentar como esse controle será implementado, suas modalidades e seus efeitos.

Assim, pontos fundamentais para determinar a amplitude do controle — como, v.g., os legitimados, o *quorum* de deliberação, os efeitos da decisão — passam previamente por uma discussão no âmbito do Legislativo.

O exercício da jurisdição constitucional, ou ao menos boa parte dele, recebe, desse modo, uma regulamentação elaborada pelo próprio Legislativo, cuja participação vem agregar sua própria legitimidade àquela decorrente da Constituição.⁸⁸

87 J. C. Vieira de Andrade, "Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria" in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional — Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 80.

88 Landelino Lavilla, "Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo"

V. Conclusão

O presente trabalho pretendeu contribuir para esclarecer as relações entre o controle de constitucionalidade e as idéias de separação de poderes e deliberação majoritária democrática. O cenário do debate é, sem dúvida, a concepção normativa da Constituição e o notável crescimento das modalidades de controle judicial de constitucionalidade das leis, o que, nos países de tradição romano-germânica, vem retirando o Judiciário de uma posição tradicionalmente subalterna e conferindo-lhe a estatura de um poder político-constitucional como os demais. Nada obstante, este ainda é um processo em curso em muitos países, dentre os quais o Brasil.

O que se pretendeu neste estudo foi precisamente apresentar alguma contribuição para delimitar de forma mais clara os espaços de cada um dos poderes na matéria, especialmente no que diz respeito ao Legislativo e Judiciário, através do estudo da separação de poderes e da regra da deliberação majoritária. Em desfecho de tudo que se expôs, é possível compendiar suas idéias básicas em algumas proposições objetivas.

1) O princípio da separação de poderes tem um caráter instrumental e sua formulação tem como pano de fundo histórico a necessidade de controlar o poder político, evitando sua concentração, e como fim último a garantia dos direitos e liberdades individuais.

2) Afora o elemento fundamental da idéia de separação de poderes, que pode ser referido sinteticamente como a necessidade de que o poder seja controlado por alguma forma de limite ou poder contraposto, não há um modelo único de separação de poderes que precise necessariamente ser adotado. Na verdade, cada país — países democráticos, note-se — adota o modelo que lhe convém, de acordo com suas peculiaridades históricas e culturais.

3) A propalada crise da separação de poderes é, na verdade, a crise de um modelo específico de separação de poderes — aquele consolidado pelas Revoluções Burguesas no século passado que consagra a supremacia do parlamento e da lei. Com a crise dos parlamentos em todo o mundo, esse modelo encontra-se em fase de superação. O princípio da separação de poderes, no entanto, continua íntegro.

4) A regra de deliberação majoritária não é sinônimo de democracia, que exige, para além da maioria, a garantia de um conjunto mínimo de direitos fundamentais para todos os indivíduos.

5) A história demonstra que as maiorias também podem ser cruelmente totalitárias, impondo-se sua limitação. Modernamente, essa limitação é levada a cabo pelas Constituições que procuram excluir determinados temas do debate político, especialmente a garantia irrestrita dos direitos fundamentais — tanto para as

in *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Org. Antonio Lopes Pina, Madrid, Tecnos, 1997, p. 59: "Para hacer efectivo el control del poder legislativo, la Constitución recurre, pues, al próprio legislador ordinario (...)".

maiorias, como para as minorias — e as regras da própria deliberação majoritária, de modo a garantir-se a permanente abertura do sistema democrático.

6) Tanto a separação de poderes como a regra majoritária não são elementos absolutos, admitindo restrições, dentre as quais estará o controle de constitucionalidade das leis.

7) O controle de constitucionalidade apresenta quatro fundamentos básicos de legitimação. Os dois primeiros são a própria previsão constitucional do controle e a superioridade hierárquica da Constituição. O terceiro fundamento é a normatividade da Constituição, que exige, como as normas em geral, uma forma de tutela para sua implementação nas hipóteses de violação. Por fim, particularizando a respeito da natureza da Constituição, o controle de constitucionalidade se legitima em maior profundidade e amplitude em relação às normas constitucionais que formam o núcleo de consenso mínimo a que qualquer maioria estará vinculada, independentemente de seus matizes ideológicos. Destacam-se nesse campo um conteúdo básico dos direitos fundamentais, em relação ao qual caberá ao Judiciário não apenas impedir a violação, como também zelar pelo implemento.

8) Há ainda um fundamento acessório de legitimidade, que se aplica aos países de tradição romano-germânica, que é a participação do Legislativo na elaboração da legislação ordinária regulamentadora do controle de constitucionalidade.