

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Leila Maria Ferreira Paes*

RESUMO

A idéia moderna de um Estado Democrático nasce da vontade de um povo e implica a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado na busca da proteção de tais valores. Instala-se, então, uma jurisdição nascida das leis e um legislativo, representante do pensamento político majoritário. O Poder Judiciário não interfere na função legislativa, mas está autorizado pela Constituição a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis por meio de mecanismos criados pelo legislador constituinte originário eleito pelo povo: o sistema difuso e o concentrado, tendo como norte o *princípio da supremacia da constituição*. É nesta perspectiva que o Poder Judiciário se legitima na função de guardião e garantidor dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA – JURISDIÇÃO -
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

The modern idea of a Democratic State implicates the statement of certain fundamental values of the human being, as well as the organization demand and operation of the State in the search of the protection of such values. He/she settles, then, a born jurisdiction of the laws and a legislative, representative of the majority political thought. The Judiciary power doesn't interfere in the legislative function, but it is authorized by the Constitution to declare the constitutionality or unconstitutionality of the laws through mechanisms created by the original constituent legislator elect by the people: the diffuse system and the concentrate, tends as north the beginning of the supremacy of

* Graduanda- CIESA

the constitution. It is in this judiciary perspective is legitimated in guardian's function and covenant of the fundamental rights.

KEYWORDS: REPRESENTATIVE DEMOCRACY – JURISDICTION - CONTROL CONSTITUTIONALITY.

Introdução

Este artigo é uma reflexão sobre o aparente paradoxo do controle jurisdicional de constitucionalidade e a Democracia Representativa, partindo de conceitos, princípios, funções, competências, limites e possibilidades da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito, considerando o ordenamento constitucional brasileiro.

1 Princípios Constitucionais

O termo constituição tem acepção de compor, organizar, constituir. Trazendo para o sentido estrito e formal, Celso Ribeiro Bastos a conceituar como sendo “um conjunto de normas de valor hierárquico máximo dentro da ordem jurídica que se propõe a organizar o poder e a definir direitos individuais”¹. Noção mais completa nos oferece Silva:

A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo.²

A Constituição, lei fundamental de um povo, não pode ser considerada tão somente como um conjunto de normas puras que organizam o poder e definem direitos individuais. É um conjunto de normas que formam um sistema harmônico, ordenado, sem possibilidades de contradição interna por força de sua supremacia, que se conectam com a realidade social onde estão assentados os valores.

Ela reflete um sistema de idéias, postulados e fins que constituem princípios basilares da ordem social, política, econômica e jurídica e que orientam e disciplinam a conduta tanto dos governantes quanto dos particulares.

A doutrina moderna classifica as normas constitucionais em duas espécies: regras e princípios.³ As regras estão direcionadas ao mundo concreto, portanto, imediatamente aplicáveis a situações específicas às quais se dirigem. São fruto de compromissos assumidos na Constituição, podendo não ser aplicadas diante de outras que com elas colidirem.

Os princípios refletem a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins⁴. Preenchem-na com valores inerentes a eles que irradiam todo sistema. Possuem alto grau de abstração por não nos indicar quais os momentos em que devam ser aplicados e a quem devam

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. SP, C. B. Ed., 2004, p. 119.

² SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constituição Positivo. SP, Malheiros Ed. 2005, p. 39.

³ TAVARES, André Ramos, Curso de Direito Constitucional. SP, Ed. Saraiva, 2003, p.91-94.

⁴ BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional. SP, Ed. Saraiva, 2002, p.149.

ser dirigidos. Têm feição de autênticos valores que recairão em todas as situações e sob as regras conferindo-lhes uma unidade. Ao violar um princípio, comete-se uma ilegalidade, uma inconstitucionalidade, no dizer de Celso B. de Melo⁵:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Os princípios acolhidos pela Constituição transformam-se em sua viga mestra, sem posição hierárquica, mesmo patamar jurídico. Por vezes, até se chocam, porém, como o sistema é harmônico, indicam os caminhos para a solução. Caso seja violado, a

Constituição garante a proteção judicial que assegura a harmonia dos procedimentos normativos.

Há princípios que possuem o mesmo raio de atuação, outros que, no momento de sua aplicação, são mais amplos, influentes. Canotilho⁶ divide os princípios constitucionais em duas categorias: *os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais*.

Os princípios jurídico-constitucionais são princípios gerais que atuam por todo o ordenamento jurídico, como desdobramento dos fundamentais e estão dispostos no Título II da Constituição, como ex., o princípio fundamental da supremacia da Constituição que se desdobra em princípios da constitucionalidade, da legalidade, da isonomia, da autonomia individual, os da organização e representação partidária e os chamados princípios-garantias como o do juiz natural.

Os princípios político-constitucionais, dispostos no Título I da Constituição, são os princípios denominados fundamentais por exprimirem a idéias política de um povo em um

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. SP, Malheiros Ed. 2006, p.903. ⁶CANOTILHO *apud* SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. SP, Malheiros Ed., p. 93.

determinado momento histórico; por fixarem os alicerces de uma sociedade e por traçarem as linhas que conduzirão as instituições. São imutáveis porque sua superação só será possível com um advento de uma nova Carta Magma.

Segundo Silva⁷, os princípios fundamentais são assim discriminados:

- (a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado (art. 1º);
- (b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes (arts. 1º e 2º);
- (c) princípios relativos à organização da sociedade (art. 3º, I);
- (d) princípios relativos ao regime político (art. 1º, parágrafo único.);
- (e) princípios relativos à prestação positiva do Estado (art. 3º, II, III, IV);
- (f) princípios relativos à comunidade internacional. (art. 4º).

O Estado Democrático de Direito tem, por fim, capacidade de editar sua Constituição e toda e qualquer norma a ser editada só será válida nos casos e nos termos ali admitidos. Além de consignar objetivos fundamentais, rege-se por normas democráticas como eleições livres dentro de um período, *consagrado no princípio democrático* quando afirma que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*. (art. 1º, § único, CF/88).

Democracia Representativa

Segundo entendimento doutrinário, há três tipos de democracia: direta, indireta ou representativa e semidireta. Democracia direta, denominada também como democracia pura, é aquela em que o povo se autogoverna, decidindo diretamente por meio de voto sobre as questões de interesse da sociedade.

A democracia representativa é aquela em que os cidadãos, não podendo exercer sua soberania diretamente em face da complexidade dos problemas da sociedade, do aumento da população e do espaço geográfico, periodicamente, outorgam o exercício de se autogovernar a representantes que decidem em seus nomes. Atualmente, muitas democracias representativas

⁷SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constituição Positivo. SP, Malheiros Ed. 2005, p. 94. incorporam alguns institutos de democracia direta, recebendo a denominação de semidireta.

A democracia adotada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal brasileira é semidireta por combinar institutos de participação indireta com os de participação direta, de que são exemplos consagrados no artigo 14, I,II,III, quais sejam: o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular.

O plebiscito, definido como consulta, pode ser utilizado para que o povo se manifeste sobre assuntos de grande interesse nacional, na maioria das vezes, de ordem constitucional, antes da vigência das leis. O referendo cuja manifestação democrática dá-se posteriormente, é exercido pelo povo para opinar sobre a adoção ou não de uma norma aprovado pelo Poder Legislativo. A Constituição, entretanto, não estabelece as condições de seu exercício. A iniciativa popular dá-se pela manifestação do povo para apresentar projeto de lei, independente de regulamentação legal, mas regulada nos termos do art. 61, (§ 2º), desde que subscrito por, *no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitorados de cada um deles*. Como se observa, trata-se de uma modalidade em que se alternam as formas clássicas da democracia representativa para aproximá-la cada vez mais da democracia direta.

A vontade nacional, a representatividade não é uma manifestação de todos, mas somente dos ajustados à legislação que regula a capacidade eleitoral. Assim, uma parcela do povo concede um mandato, dentro de um período determinado, a alguns cidadãos para, na condição de seus representantes, externarem sua vontade e, com liberdade, tomarem decisões em causas pertinentes ao interesse público, como se todos estivessem governando. Daí os princípios básicos: transferência de poder do povo aos governantes mediante eleições; representação integral do povo por parte dos eleitos; a liberdade dos mandatários no exercício de seu mandato; a temporariedade⁷. Desempenham os legisladores papéis essenciais ao funcionamento de uma democracia quando atendem às reais necessidades do povo e não somente às das suas bases

⁷ Bastos, Celso Ribeiro Bastos, Teoria do Estado e Ciência Política. SP, CB Ed. 2004, p. 133.

eleitorais; quando debatem e aprovam leis; quando apresentam políticas e programas alternativos que beneficiem a coletividade, servindo-se de “ponte” entre governo e povo; quando supervisionam e investigam membros do próprio Poder e do Executivo por atos irregulares e ilegais.

Todo cidadão tem o direito e o dever de participar da escolha de seus governantes. O direito político implica responsabilidade, pois uma escolha inadequada pode ser desastrosa para o Estado e, conseqüentemente, para o próprio povo. O eleitor, quer na participação indireta, quer na participação direta, deve ter consciência da significação do seu ato, noções fundamentais da organização do Estado e das competências que atribuem aos eleitos para votar com responsabilidade. Um Estado Democrático deve promover a educação política da sociedade para que o sistema eleitoral se aproxime da perfeição.

A Constituição brasileira promulgada em 05 de outubro de 1988 disciplinou de forma clara e inequívoca o regime democrático de governo, e proclamou verdadeiros princípios que norteiam a interpretação e a aplicação tanto das próprias regras constitucionais, quanto de toda legislação infraconstitucional e, ainda, contra eventuais ilegalidades e arbitrariedade do próprio Estado. O princípio democrático está disposto em três situações distintas na Constituição Federal nos seguintes termos:

- Preâmbulo: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício(...)*”. Apresenta um novo ordenamento constitucional, rompendo com o anterior. Explicita os fundamentos desta nova ordem legitimando-a, bem como os valores sociais e políticos que irão orientar o teor da Constituição que lhe segue. Embora não seja norma constitucional, portanto não poderá servir de paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade. É elemento de integração e de interpretação dos artigos que lhes segue⁸;

⁸ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. SP; Atlas, 2005, p.45.

- Art. 1º: “*A República Federativa do Brasil, (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)*”; §

único: *“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”*. Nestes dispositivos encontram-se os fundamentos da República brasileira, caracterizando-a como Estado Democrático e apresentando as bases da política econômica e social a ser adotada pelo governante, no qual a titularidade do exercício do Poder Legislativo e do Poder Executivo dá-se por via eleição popular de livre escolha.;

- Art. 3º: *“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento social; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade quaisquer outras formas de discriminação.”* Estes indicam objetivos fundamentais a serem seguidos pelas autoridades constituídas para que a nação brasileira alcance o desenvolvimento, o progresso e a construção de uma sociedade mais justa.

Como visto, a Constituição Federal proclama verdadeiros princípios que norteiam a interpretação e a aplicação tanto das próprias regras constitucionais, como a de toda legislação infraconstitucional. Supera a simples noção de Estado de Direito, ao indicar o caminho de democratização e consagrar outros direitos fundamentais a serem exercidos pelos indivíduos.

Separação dos Poderes

Aristóteles, em sua obra “A Política”, considera que o soberano concentrava em si três funções distintas: função consultiva, quando se pronunciava acerca de guerras e da paz e das leis; função judiciária, na elaboração de leis e a relacionada à administração. Como resposta ao Absolutismo, esta teoria foi aprimorada por Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”

⁹ Montesquieu *apud* DALLARI, Dalmo Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. Ed. Saraiva, p. 183

inovando-a ao atribuir a cada uma dessas funções um órgão próprio, distinto, autônomo e independente, pois cada uma apresenta-se intrinsecamente diversa e inconfundível. Far-se-ia necessária a separação, pois, quando reunidos em uma só pessoa, daria lugar à tirania, pondo fim à liberdade individual.

Com o passar dos tempos, novas acepções foram adaptadas para aumentar a eficiência do Estado. Cada órgão passaria a exercer só uma função que lhe fosse própria, típica, surgindo, assim, a *teoria dos freios e contrapesos*.¹⁰

Segundo esta teoria, o Estado pratica dois tipos de atos: *gerais e especiais*. Praticados pelo Poder Legislativo, os atos gerais são assim denominados porque alcançam indeterminado número de ações, de atos e de pessoas e abstratos porque resultam da aplicação do processo lógico de abstração pelo qual são observadas circunstâncias, detalhes, particularidades de ações e atos, que ocorrem na vida real cuja regulação alcança somente o que lhes for considerado essencial.

Embora disponha de meios concretos para agir, o Executivo só pratica atos especiais após a limitação feita pelos atos gerais, impossibilitando sua atuação discricionária, o que lhe é peculiar. O Poder Judiciário, nesse contexto, atua como guardião da legalidade constitucional.

Grande parte dos Estados Modernos adotou a teoria “da tripartição de poderes”. Ela está bem clara em nossa Constituição, no art. 2º *in verbis*: “**São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário**”.

Esta separação não se apresenta pura e absoluta. Diante da evolução história e social que atingiu, profundamente, o Estado, sendo cada vez mais solicitado a agir com o aumento de sua área de atuação, a teoria da separação dos poderes vem sendo atenuada pela necessidade de interpenetração entre os poderes. Sobre o assunto Dallari¹¹ assevera:

¹⁰ DALLAIRI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. SP. Ed. Saraiva, p. 184,185.

¹¹ Idem. P.186.

“o Legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O Executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo legislativo, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes, graves e urgentes. (DALLARI, 1994, P.186).

Tendo em vista a eficiência do Estado, outras soluções foram buscadas impondo uma nova visão à teoria da separação dos poderes. A doutrina aponta a técnica da *colaboração de poderes*, característica do parlamentarismo, e da *independência orgânica e harmonia dos poderes*¹² desenvolvida pelo presidencialismo.

A independência dos poderes, que não é absoluta, está relacionada com a investidura e permanência das pessoas num dos órgãos, independentes de vontade e da confiança dos outros. Os titulares investidos não precisam consultar e nem pedir autorização a outros no exercício de suas atribuições, atuando com liberdade na organização de seus respectivos serviços desde que observados os dispositivos legais e constitucionais. A harmonia entre os poderes relaciona-se ao respeito e às prerrogativas que todos têm direito.

Em prol do bem da coletividade, há interferências do que se justifica sistema de *freios e contrapesos*, necessárias à realização da finalidade estatal. O Poder

Legislativo tem como competência elaborar leis gerais (art. 59, CF/88) que serão sancionadas ou vetadas pelo Executivo. O Executivo também tem esta atribuição consoante o art. 62 da CF/88 que determina: *“Em caso de relevância e urgência, o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”*, haverá possibilidade de modificação do projeto inicial por via de emendas ou de rejeição. O Poder Judiciário não interfere na função legislativa e na executiva, mas está autorizado a declarar a inconstitucionalidade das leis. Nesse contexto, literalmente não há que se falar em independência e harmonia, nem subordinação, mas em colaboração sob o princípio da harmonia entre os poderes.

¹²SOUZA, José Afonso de. Curso de Direito Constitucional Positivo. SP, Malheiros Ed., 2005. p. 110.

Jurisdição e o Controle Constitucional

A jurisdição como manifestação do Estado pode ser conceituada como:

Uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesse em conflito para inicialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). (CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido; 2004, p.129)¹³.

Além da função pacificadora deste Poder ao dirimir conflitos, há a função controladora dos atos normativos por meio da qual se verifica sua adequação aos preceitos constitucionais, como resultado da rigidez da Constituição, competência esta que lhe é atribuída pelo constituinte originário.

O princípio da supremacia da Constituição a coloca no vértice do sistema jurídico do País, transformando-a em lei suprema por conter toda estruturação e

organização de seus órgãos. Nela estão contidas todas as normas fundamentais do Estado, sendo, portanto, superior as outras. Caso uma norma inferior com ela não for compatível, deverá ser declarada inválida. O controle, portanto, dar-se-á sempre que houver uma afronta à Constituição por meio de normas que se apresentem incompatíveis sob dois aspectos: formal e material. A inconstitucionalidade formal se verifica no processo de elaboração da lei, quando outra pessoa que não tem competência exclusiva ou reservada vier dar início, ou, verifica-se, ainda, na inadequação do quorum quanto ao tipo de lei. A inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo do ato normativo que não esteja em consonância com algum dispositivo da Constituição, que afronte um de seus princípios ou regras.

O sistema de controle jurisdicional da legitimidade das leis é realizado pelo Poder

¹³ CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido; 2004, p.129)¹³.
Judiciário por meio de um ou de vários órgãos. Esses órgãos verificarão se a lei ou ato normativo ou qualquer outro ato que tenha caráter normativo traz vício formal ou material. Quando uma das formas de inconstitucionalidade se apresenta, a depender do sistema adotado pelo País, pode ser verificado o controle de constitucionalidade por meio de dois sistemas: difuso e concentrado.

O sistema difuso foi o primeiro observado como forma de controle das leis constitucionais. Seu início deu-se pelo Poder Judiciário no Estado americano, com a decisão do caso *Marburg v. Madison*, em que ficou fixada a supremacia da Constituição e a imposição de que os juízes tinham o poder e o dever de não aplicar leis contrárias à Constituição. Ficou estabelecido, ainda, que as Supremas Cortes estatais tinham poderes para determinar se as leis e suas respectivas legislaturas seriam ou não constitucionais. A Corte Suprema Federal, em exame tanto as leis estatais quanto as nacionais, pode declará-las contrárias ou não à Constituição. Consolidaram-se, então, as limitações ao poder político americano e a contribuição para a eficácia e estabilidade de suas normas constitucionais, um fator essencial para o desenvolvimento do Estado Democrático.

O sistema difuso ocorre quando um juiz ou um tribunal, em um caso concreto cuja alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir, a declare de forma incidental, prejudicial o exame do mérito.

O sistema concentrado é aquele em que o poder de controle se concentra em um único órgão, um único tribunal. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerce esse poder, sob a análise da incompatibilidade com a Constituição por meio da ação direta, com objetivo de retirá-la do ordenamento jurídico.

No direito comparado o sistema difuso é adotado pelo Canadá, a Austrália, a Índia, a Dinamarca, a Noruega, e Suécia.¹⁴ O sistema concentrado foi iniciado na Áustria quando sua Constituição instituiu um tribunal especial de controle constitucional para assegurar o respeito à

¹⁴ CAPEPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª 2d. Cap. III.

Constituição tanto pelo legislador como pela administração, reprimindo, assim, a sua violação. Este sistema também é exercitado na Alemanha, na Itália, na Turquia e outros.

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei no sistema difuso, os efeitos da sentença só valem para as partes que litigam em juízo, produzindo efeitos *ex tunc*, retroativos. Com a interposição de recursos extraordinários, o caso poderá ser apreciado e, reconhecida sua inconstitucionalidade pelo Órgão Supremo, a decisão será vinculatória para todos os demais órgãos judiciários, assumindo, assim, indiretamente, uma eficácia *erga omnes*. A declaração, no sistema concentrado, de modo geral, produzirá efeitos vinculantes para todos, *erga omnes*, também retroativo. Há situações, no entanto, por motivo de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, que o

Órgão Supremo decida que sua eficácia terá início a partir de seu trânsito em julgado, ou seja, efeito *ex nunc*.

O controle de constitucionalidade provém da relação entre a Constituição, norma suprema, e uma norma ou ato que são, entre si, compatíveis ou não, seja no aspecto formal, seja no material, gerando as figuras da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade. Na rigidez de uma Constituição, a aferição da conformidade entre as normas deve ser dentro do plano hierárquico por ser norteadada pelo *princípio da supremacia*, colocando-a no ápice do sistema jurídico. É nela que se encontram a estruturação do sistema, a organização de seus órgãos e as normas fundamentais do Estado.

O controle de constitucionalidade no Poder Judiciário e a Democracia Representativa.

Como já delineado anteriormente, a Constituição limita as atividades do Estado e institucionaliza a separação dos Poderes de forma tal que um controla o outro no sistema de *peso e contrapeso* e o Judiciário atua como guardião da ordem constitucional nos casos de excessos dos outros Poderes, por meio do controle difuso ou concentrado, características das Constituições democráticas.

Ante o princípio democrático cuja decisão está na vontade do povo, faz-se o seguinte questionamento: como pode um órgão do Poder Judiciário que não foi eleito pelo povo através do voto popular controlar e anular leis que foram elaboradas por legítimos representantes e aplicadas também por um executivo também eleito?

O primeiro ponto a ser abordado é o de que, frente às experiências nas inúmeras Nações citadas, a justiça constitucional dentro de seus limites é imprescindível para possibilitar um Estado Democrático de Direito.

O segundo é o reconhecimento de que o Estado Democrático de Direito moderno assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não existe democracia sem que respeite e realize os direitos fundamentais e sociais e estes não existem sem democracia.

A Constituição é expressão legítima da vontade do povo. O constituinte nela enfatiza a proteção aos direitos individuais, amplia os direitos trabalhistas, cria novos instrumentos de proteção e garantias dos direitos individuais e coletivos. Nela consagra-se a necessidade de que o Estado atue positivamente, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando efetivamente a igualdade de todos. De forma geral, constitui, sem dúvida, um largo passo na busca de uma sociedade mais justa, principal anseio dos Estados Modernos.

No dizer de Bachof¹⁵:

Não tem muito mais força a afirmação de que o poder judicial é antidemocrático. O juiz não é menos órgão do povo que todos os demais órgãos do Estado. A alusão da falta de imediatez de sua comissão pelo povo não constitui um argumento convincente perante o fato de que também o Governo, o Presidente, os funcionários (...) contam somente com um mandato indireto do povo; e mesmo o Parlamento não pode ser considerado como diretamente comissionado, sem que haja um aspecto muito relativo, pois sua composição está de fato muito mais ligada aos partidos políticos. Ademais, mais importante que a classe do mandato é a função desempenhada. O juiz administra justiça em nome do povo – essa não é uma fórmula vazia – da mesma forma que o Parlamento promulga leis e o Governo governa em nome do povo.(BACHOF Otto *apud* MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil – comentada, 5ª edição).

¹⁵ BACHOF Otto *apud* MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil – comentada, 5ª edição..

Neste contexto, o Poder Judiciário se legitima, pois sua função é de resguardar os fundamentos desse moderno Estado. Há mecanismos constitucionais postos à disposição aos particulares e às instituições para que os utilizem eficazmente como instrumentos como forma de evitar excessos dos poderes públicos.

Num Estado Democrático de Direito é possível proporcionar um regime político que objetive abranger o máximo possível de democracia e de direito. O poder público se concentra nas mãos dos eleitos pelo povo por via de sufrágio universal, por um tempo determinado com atribuições predeterminadas, mas é o Direito que legitima o poder emanado da sociedade fundamentado na lei moral, na lei social. É através do direito que nascem norma que regulamentarão a sociedade.

A democracia é entendida, então, como participação e não como mera representação. O ato jurisdicional é um ato racional, e o princípio majoritário pode ser limitado pelo próprio procedimento democrático. Nesta perspectiva, os Tribunais constitucionais são considerados como guardiões do processo democrático.

Referências Bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. – Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª edição – São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

CATTONI, Marcelo (coordenação). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado Democrático de Direito*. – Belo Horizonte. Mandamentos, 2004.

CAPPELLETTI. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre/1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª edição – São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do estado. 18ª edição – São Paulo. Editora Saraiva. 1994.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 8ª edição. – São Paulo. Ed. Métodos, 2005.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado.– São Paulo, Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6ª edição. – São Paulo: Atlas, 2005 – (Coleção temas jurídicos:3)

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª edição. – São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. – 2ª edição. – São Paulo: SARAIVA, 2003.

VADE MECUM JURÍDICO. Constituição Brasileira. Leme. – RCN Editora, 2005.