

O constitucionalismo plasmando a democracia

Recebido em 12|08|2011 | Aprovado em 20|10|2011

Frederico Batista de Oliveira

Sumário

Introdução. 1. O constitucionalismo como instrumento de um Estado democrático. 1.1. O constitucionalismo como diretriz de um poder dirigido pela vontade do povo. 1.2. A função da Constituição numa ordem democrática. 1.3. O constitucionalismo como conformação de uma realidade social e jurídica. 2. A Constituição como instrumento de força vinculante para a construção de um estado democrático de direito. 2.1. A força normativa da constituição de Konrad Hesse. 2.2. O papel da Constituição para a construção de um Estado democrático. 2.3. A democracia e o problema das minorias. 3. O constitucionalismo no Brasil e os avanços dos mecanismos de controle dos poderes do Estado. 3.1. A jurisdição constitucional como mecanismo de controle de poder. 3.2. Os avanços da jurisdição constitucional. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo tem o objetivo de analisar a contribuição do constitucionalismo para o progresso da democracia. Avalia-se o constitucionalismo como teoria capaz de promover a contenção das arbitrariedades, do excesso de poder, bem como os

Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, bolsista da CAPES, Professor da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, especialista em Direito do Estado pela PUC/SP

mecanismos de controle institucionalizados para concretização de direitos fundamentais de efetivação da cidadania.

Palavras-chave

Constitucionalismo, democracia, direitos fundamentais.

Abstract

This article aims to analyze the contribution of constitutionalism to the progress of democracy. Constitutionalism is evaluated as a theory capable of promoting the containment of the arbitrariness and excesses of power as well as the mechanisms of

institutionalized control for implementation of the enforcement of fundamental rights of citizenship.

Key words

constitutionalism, democracy, fundamental rights.

Introdução

A intenção deste artigo é verificar a contribuição do constitucionalismo como teoria capaz de garantir força para engradar o poder do Estado no sentido de conter as arbitrariedades da experiência do passado. A ruptura e a necessidade de afirmação dos direitos humanos em combate aos modelos antidemocráticos ou opressivos trouxeram a necessidade da utilização de mecanismo de contenção que efetivamente possibilitasse a instituição de um regime voltado à concretização dos direitos fundamentais.

Para isto, é preciso traçar os instrumentos que dão eficácia à efetivação de uma cidadania inserida em um modelo de democracia representativa que precisa ser reformulada de modo a atender o bem comum e dar voz aos grupos sociais vulneráveis.

Cabe, pois, avaliar a contribuição dos mecanismos de controle, especialmente aqueles promovidos no âmbito do Poder Judiciário, que no seu papel de aplicador do direito tem a incumbência de proteger os cidadãos contra as violações e garantir força ativa aos preceitos constitucionais.

Neste sentido, o artigo avalia especialmente a experiência brasileira para constatar que a progressiva adoção do constitucionalismo passou a ser uma ferramenta importante para o controle do poder do Estado em construção de um regime político cada vez mais democrático.

1 O constitucionalismo como instrumento de um Estado democrático

A democracia como base de um regime político de um Estado é composta por meio de um sistema de participação popular a ser modulado por uma estrutura normativa capaz de manter o equilíbrio do poder e a ordem pública. Uma estrutura forte que organize o Estado, seus Poderes e os direitos fundamentais do povo constitui a segurança para uma democracia de modo a implementar um sistema de ampla sobreposição a todo o ordenamento jurídico e todas as ações do governo.

Uma democracia é construída pela soberania de uma sociedade politicamente organizada que, pela utilização de instrumentos de participação, dirige a ordem política, social e econômica com o objetivo de atender o bem estar de todos. Os fundamentos deste regime político devem ser direcionados para afirmar uma sociedade livre, justa, fraterna e pluralista.

A vontade do povo deve ser declarada para que todos os seus integrantes a ela se submetam como uma forma democrática de se compor a soberania de um Estado. Trata-se de norma básica de afirmação da existência de um poder soberano e os meios de sua efetivação para todo um Estado. O brocardo jurídico de que *ubi societas, ibi ius* é fruto de uma convalidação da necessidade de estruturação de uma sociedade politicamente organizada. A organização como necessidade de satisfazer as necessidades vitais do indivíduo impõe uma determinação de limites de atuação

para todos, no sentido de se estabelecer o respeito mútuo. Se existe uma sociedade, como resultado do conjunto de ações individuais orientadas pela ação de outros, logo haverá direito.

1.1. O constitucionalismo como diretriz de um poder dirigido pela vontade do povo

A vocação essencial das leis é de serem aplicadas em razão das pessoas e não em razão de outros fatores. As leis são editadas para seus destinatários como “comunidade política” que possui suas experiências e projetos comuns e excepcionalmente poderão atingir os estrangeiros, marcando-se, assim, um território para sua aplicação. O Estado tem como dever geral proteger seus cidadãos frente a ele próprio.¹

Para que a expressão da vontade do povo seja feita por meio da lei, se faz necessário garantir que este mesmo povo seja o titular dos direitos nela conferidos. É este o sentido de uma democracia como sendo um regime político apto a estabelecer um “sistema de direitos”²

Neste sentido, a postulação da vontade popular deve ser emanada de uma ordem constitucional, não somente para programar a organização da estrutura estatal, mas também para assumir um caráter normativo superior a todo o resto dos ordenamentos postos em um Estado.

Foi nos Estados Unidos da América que inicialmente se implantou de forma mais contundente o constitucionalismo, com o advento da Constituição Americana de 1789. Este fato foi posterior à Declaração de Independência de 04 de julho de 1776 que primeiramente instituiu “o mandamento de que o poder deve repousar sobre o consentimento dos governados”³

¹ MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 102.

² DAHL, Robert. Sobre democracia. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001, p. 62.

³ CASTILHO, Ricardo. Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

Surgem-se daí os ideais democráticos pautados na vontade de um povo que deve consentir com uma ordem pré-estabelecida de um mandamento supremo que traça, tanto a estruturação de um Estado, quanto os direitos básicos de um povo. A organização estatal passa então a ser marcada pela limitação de sua soberania fundada no consentimento da expressão popular.

É claro que o constitucionalismo não surgiu somente como meio de se estabelecer uma ordem baseada na vontade popular. Surge também na necessidade de se estabelecer uma ordem soberana declarada no sentido de se romper com as imposições de um processo de colonização como ocorrido nas Américas. A “Constituição escrita era exigência da própria independência, pois esta implicava o rompimento dos costumes e a destruição das instituições políticas tradicionais.”⁴

Na tradição européia, apesar de evidências importantes como a Magna Carta de 1215 e da *Bill of Rights* de 1689 na Inglaterra, o constitucionalismo adveio de forma mais consistente após as grandes guerras mundiais. O movimento passou a ter maior força na Europa em razão da imperiosa necessidade de resgate da autoridade dos países diante dos prejuízos causados pelas guerras. Este movimento também ganhou força pela necessidade de afirmação dos direitos humanos com o objetivo de desvincular os Estados das atrocidades e do vilipêndio à dignidade humana declarando-se direitos fundamentais a seus povos.

A concepção socialista na busca da efetivação de uma igualdade material trouxe a necessidade de se repensar o modelo liberal de menor intervenção do Estado. Tal concepção impulsionou um constitucionalismo preocupado com os direitos sociais de integração do indivíduo na sociedade, tendo como antecedentes históricos, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha.

Um ponto importante que não se pode deixar de

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 7.

ser mencionado a respeito do constitucionalismo é o ceticismo de Ferdinand Lassale⁵ de que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. No mesmo sentido, George Jellinek ressaltou que as regras jurídicas não são suficientes para o controle da divisão dos poderes políticos.⁶ Muito embora o raciocínio de ambos estivesse inicialmente correto, o que por certo perdurou por muitos anos na realidade de vários países, por sorte não se concretizou no decorrer da história do constitucionalismo. Ao contrário, sofreu em muitas democracias avanços positivos.

A adoção de uma Constituição por um país que pretendia instaurar o poder (e toda a sua estruturação) condicionado à vontade de um povo não se deu do dia para a noite, teve um caminho longo a percorrer para efetivamente estabelecer a ordem. É o histórico de países que hoje adotam um sistema democrático em que a Constituição deixou de ser um mero pedaço de papel para vincular as ações e os poderes do Estado.

A realidade fática obviamente se sobrepõe a uma realidade jurídica emanada de uma norma. No entanto, esta realidade foi absorvendo aos poucos o regramento constitucional no sentido de promover uma efetiva limitação de poder do Estado pela concretização de uma democracia. As forças desestabilizadoras marcadas por diferenças socioeconômicas trouxeram a necessidade de ordenação política no sentido de se edificar a cidadania. Esta cidadania está consubstanciada na capacidade de corrigir as distorções de modo a redefinir um novo papel ao Estado mesmo diante de uma série de restrições para implantar o seu

⁵ Ferdinand Lassale sustenta em sua obra que : “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos lembrar.” LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1998.

⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 9-10.

processo de universalização.⁷

O avanço do constitucionalismo foi importante para fazer com que estas forças desestabilizadas se amenizassem pela incorporação da força normativa de um mandamento constitucional. A Constituição passa, pois, a ser imanente a uma sociedade politicamente organizada com esteio na participação popular.

A força de uma norma de regulação do poder de um Estado só torna-se realidade na medida em que é observada nos seus estritos limites. Daí extrai-se a legalidade estrita como propulsora das ações estatais vinculadas e direcionadas a atender o bem estar de todos indistintamente. A lei, especialmente a Constituição, deve corresponder à tradução jurídica da ordem política de modo a submeter todos aqueles que exercem restringindo favorecimentos, perseguições, arbitrariedades de acordo com uma vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas de países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na reação soberano-súdito (submisso).⁸

O princípio da legalidade para estabelecer a ordem jurídica de um país é uma importante diretriz do constitucionalismo contemporâneo de caráter democrático. O governante só está legitimado quando atua em estrita observância à lei. A ação do governo só é legítima quando condicionada pela vontade popular que necessita ser extraída

⁷ LAVALLE, Adrian Gurza. Cidadania, Igualdade e Diferença. Lua Nova 59, 2003, p. 81.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100.

de um mandamento superior. É este mandamento que vai determinar esse modo de ação do governo, distribuindo-se os poderes e estruturando seus limites de atuação.

Uma Constituição relegada a um pedaço de papel não cumpre a legalidade acima mencionada. A Constituição precisa, portanto, ser concretizada na realidade social de um povo que tem a necessidade de ser a voz das decisões políticas de um Estado para que de fato este atue em seu favor. O povo é o holofote de uma organização de poder. Este poder deve estar a serviço dos interesses deste povo e não para atender os interesses daqueles que detêm o poder. Para isto, cabe estabelecer-se limites rígidos de controle capazes de evitar os favoritismos e as arbitrariedades comuns nos regimes antidemocráticos.

A Constituição deixa o estado de “ser” e “dever ser” e passa para um estado de realidade de uma sociedade politicamente organizada no sentido de se estabelecer um Estado Democrático de Direito.

1.2. A função da Constituição numa ordem democrática

Diante de uma diversidade de realidades que enfrentaram ou que enfrentam os países no mundo, não é tão fácil traçar o objetivo de uma Constituição. A análise desta função fica aqui restrita a uma Constituição capaz de exercer comando de força a uma realidade social que atenda aos anseios de um povo. Cabe, pois, tratar esta norma como concretizadora de uma realidade que dirige o poder em favor de uma sociedade que se organiza para ser o holofote desta organização. Neste aspecto, inserem-se aí os países que adotaram o constitucionalismo como instrumento de efetivação de uma democracia.

Numa ótica jurídica, a Constituição tem por finalidade estabelecer a validade de todo o ordenamento jurídico de um Estado. É, portanto, a lei fundamental que serve de base para todo o

conjunto de leis. Por esta razão, é a diretriz enunciativa de preceitos maiores que agregam todo o conjunto normativo por intermédio de “mandamentos de otimização”⁹ de sobreposição e de irradiação a todo o ordenamento de um Estado a ser realizado na maior medida possível. Nesta ótica, também incumbe à Constituição traçar os meios para que o povo delegue poderes aos governantes dando-lhes atribuições e competências.

Politicamente a Constituição é o instrumento de organização da transmissão e do exercício do poder que deve ser impessoal, ou seja, divorciado de interesses pessoais dos detentores deste poder. O sentido político de uma Constituição, em razão do seu caráter cultural, demanda uma análise mais aprofundada, por ser o constitucionalismo o rompimento com os usos e costumes de favoritismos, arbitrariedades e atrocidades de que o povo não mais passou a aceitar. Sendo assim, o ideal de construção de uma sociedade democrática marcado pelo rompimento das práticas do passado passa a trilhar um novo caminho rumo a aproximação de uma estabilidade de prevalência de direitos fundamentais.

1.3. O constitucionalismo como conformação de uma realidade social e jurídica

A Constituição deixa de ser um documento escrito e solene que tem tão somente a finalidade de organizar um Estado. Passa a ser a condição para as ações do governo e da convalidação dos direitos e obrigações advindas do arcabouço normativo de acordo com os preceitos nela mencionados.

O ceticismo do passado, consoante a visão sociológica de Lassale, não prosperou, considerando a credibilidade que a norma constitucional passou a ter como Lei Fundamental de um Estado. A credibilidade da Constituição passou a ser a válvula de escape de uma sociedade que não mais suportava as ingerências de um Estado autoritário e arbitrário, seja em razão da necessidade de decla-

⁹ A denominação dada aos princípios por Robert Alexy em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

rar sua soberania perante outros países, seja em razão da necessidade de criar um mecanismo de contenção destas arbitrariedades.

A tradição americana e também a européia de constitucionalismo nasceu do romper de paradigmas para a afirmação da dignidade humana, impondo a necessidade de uma nova forma de organização e mecanismos mais eficazes de controle. A experiência histórica demonstrou o quanto o poder ilimitado trouxe prejuízos para os interesses de todos que precisariam ser consagrados em sobreposição aos interesses de uma minoria opositora.

O constitucionalismo passou a ser tomado como meio para a instauração de regimes democráticos, porque paralelamente a instauração de uma Constituição como instrumento de contenção, criou-se uma cultura de credibilidade para o rompimento das atrocidades do passado. Deste modo, é possível dizer que o constitucionalismo foi fruto da necessidade de afirmação dos direitos humanos, aqui entendidos como a construção da dignidade do indivíduo integrado a uma sociedade politicamente organizada.

A Constituição tornou-se a lei fundamental que indica a fonte do poder como fruto da vontade de um povo que rege toda a estrutura do Estado numa legalidade estrita. A Constituição não poderia estar condicionada aos usos e costumes, sobretudo quando esta prática não estava direcionada a atender o bem estar de todos. O sentido político da norma constitucional como limitadora do poder não era o ideal para o estabelecimento de um regime democrático porque não era suficiente para condicionar a atuação dos poderes do Estado.

O constitucionalismo passou a ser uma mudança de paradigma ao longo do século XX ao conferir juridicidade à norma constitucional em superação ao modelo em que a Constituição era apenas "um convite à atuação dos Poderes Públicos", e sua concretização estaria condicionada ao arbítrio do

legislador e do administrador e que o Poder Judiciário não teria o relevante exercício de controle da constitucionalidade das ações estatais.¹⁰

As constituições anteriores eram consideradas apenas diretrizes para a atuação do Estado não se caracterizando instrumento vinculador de sua atividade. No constitucionalismo contemporâneo, o mandamento constitucional incorpora em seus preceitos ferramentas de vinculação da atividade estatal como são as ações constitucionais, tidos como remédios de controle para manutenção de uma ordem democrática que engrada toda ação estatal com o objetivo de atender o anseio da coletividade.

A Constituição sempre existiu no que diz respeito à estruturação de um Estado ou como pacto estabelecido entre o soberano e seus governados. No entanto, uma Constituição que empregasse força normativa limitadora dos poderes do Estado com ferramentas efetivas de limitação do poder, no objetivo de atender o bem estar de todos só foi possível por meio do constitucionalismo.

O constitucionalismo em referência é, portanto, ...

teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.¹¹

Não é possível separar a dimensão jurídica da Constituição de sua dimensão sociológica, posto que estas dimensões devem caminhar juntas para a real implantação de um regime democrático ca-

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Pública, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 10 maio 2011, p. 7.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 51.

paz de conter as mazelas de um autoritarismo ou de atrocidades das experiências passadas. Serve, pois, de limitação ao “poder arbitrário”¹² como evolução histórica de afirmação de direitos humanos antes relegados por estas arbitrariedades. Neste sentido:

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.¹³

Esta teoria decorre da necessidade de afirmação dos direitos de um povo por meio de uma carta declaratória (influência das declarações de direitos humanos, pós revolução francesa) dotada de mecanismos de contenção dos excessos e das arbitrariedades do poder. Os países que adotaram esta teoria o fizeram com o intuito de romper com uma realidade fracassada e muito ainda pelo medo do retrocesso das trágicas experiências vividas.

A história nos revela que a construção dos direitos humanos foi fruto do reconhecimento da condição e da razão humana, especialmente defendido pelos iluministas, que pretendiam romper com o teocentrismo, em nome da razão e da ciência, não mais aceitando que o povo fosse guiado unicamente pela fé. O Estado, como organizador das relações humanas, passou a ser avaliado, destar-

¹² André Ramos Tavares especifica o constitucionalismo da seguinte forma: “numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.” TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

¹³ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 15.

te, sob outro enfoque: não segundo a vontade de um soberano absoluto, mas de acordo com a vontade do homem participante da organização social.

Segundo Hegel, o reconhecimento acima mencionado acontece na medida em que o indivíduo precisa exteriorizar-se e ser por si para a concretização da realidade. A liberdade passa a ser fruto da consciência de uma verdade, que para o pensamento hegeliano é denominado “realidade moral objetiva”. Possibilitou-se, pois, a existência do homem na realidade de sua condição racional, reconhecendo-se o indivíduo em si mesmo para sua libertação da excessiva intervenção do Estado que fomentava o privilégio da nobreza.¹⁴

A conformação de uma realidade fática a uma realidade jurídica determinada em uma Constituição demanda uma ruptura, ou seja, uma mudança de cultura. É um atravessar de um regime antidemocrático para um regime democrático. É um atravessar de um sistema opressor para um sistema garantista. Esta conformação depende da vontade popular em ser dirigida pela norma constitucional e se assim não for o mandamento magno não terá força suficiente para concretizar esta ruptura.¹⁵

2 A Constituição como instrumento de força vinculante para a construção de um estado democrático de direito

¹⁴ HEGEL, G.W.F. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 120-121.

¹⁵ “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).” HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 19.

2.1. A força normativa da constituição de Konrad Hesse

Não é possível falar de constitucionalismo sem analisar a necessidade da força que esta norma fundamental precisa ter para o rompimento das experiências vividas no passado. Konrad Hesse na sua obra "A força normativa da Constituição" demonstra a necessidade de se impor força aos preceitos constitucionais como sendo este o eixo central para a instituição de um Estado Democrático de Direito.

Para Hesse a Constituição não ocupa apenas formalmente o posto de superioridade diante do ordenamento jurídico de um Estado, mas deve ocupar o posto de superioridade material e axiológica para a efetiva concretização dos direitos fundamentais. A Constituição deixa de ser o ápice do sistema normativo passando a ser o centro do sistema de onde se irradia uma alta carga valorativa às ações do Estado para ordenação de um povo.

O Estado Legislativo fica então superado na medida em que todo o poder normativo encontra-se vinculado aos estritos limites impostos pelo mandamento constitucional. Para isto, não basta ao Estado agir em observância à Constituição, cabe ainda, agir de acordo com os valores nela impregnados. A interpretação de todo o regramento de um Estado deve partir dos preceitos insculpidos na ordem constitucional.

É a Constituição que vai conferir forma à ordem política e social de um país, não de uma irradiação de cima para baixo, mas de irradiação em todas as ações do poder público centralizadora destas ações, o que vai se plasmando pouco a pouco na realidade de um país. Cabe então dotar este instrumento de "força ativa" para que possa de fato influir e determinar a realidade política e social. Esta força só será capaz de conter as arbitrariedades quando da credibilidade de que ela não poderá ser violada. Quanto mais forte for esta credibilidade - tanto pelo povo, quanto pelos detentores

do poder estatal - é que poderá ser conformada a realidade social e política com a realidade jurídica desta norma fundamental.¹⁶

Neste raciocínio as forças desestabilizadoras de uma ordem democrática só serão contidas quando uma sociedade se mostra disposta a render homenagem aos preceitos postos nesta ordem limitadora de arbitrariedades. Quando isto ocorre, uma Constituição será dominante o suficiente para impor seus preceitos de modo a extirpar as possíveis agressões à sua ordem. Não basta a declaração de direitos fundamentais. Não basta, portanto, a estipulação de regras programáticas para atender os direitos econômicos e sociais. Esta ordem constitucional necessita de ferramentas aptas a impor os seus preceitos como norte de um Estado que se constrói na intenção de efetivamente romper com as arbítrios de um Estado autoritário e opressor.

A força normativa da Constituição, conforme a teoria de Hesse se desenvolve quando suas normas adquirem "a maior eficácia possível" o que propiciará o desenvolvimento de uma interpretação constitucional. A preservação da vontade da Constituição é, segundo esta teoria, "a maior garantia de sua força normativa."¹⁷

2.2. O papel da Constituição para a construção de um Estado democrático

Não cabe este artigo definir democracia, muito menos avaliar se existe um regime ou o sistema de governo que melhor se amolda a uma realidade democrática. No entanto, é preciso avaliar um regime político democrático que mais atende aos anseios de todos de maneira a preservar a dignidade indistintamente. Cabe, portanto analisar as ferramentas de um sistema democrático aptas a possibilitar o acesso universal dos direitos funda-

¹⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 24.

¹⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 27.

mentais.

Uma Constituição vocacionada a uma ordem democrática enfrenta um dilema quanto a participação igualitária dos membros de um povo nas decisões políticas. A primeira questão é quanto à forma de participação. Democracias diretas são inviáveis em razão da grande quantidade de pessoas que povoam os Estados. Não seria possível convocar toda a sociedade para a discussão e votação de leis, nem tampouco sobre as decisões do âmbito da administração pública.

Apesar da prática apontar alguns meios de participação direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular), têm-se que a participação indireta da maioria das decisões políticas é a forma mais próxima da realidade.¹⁸ A necessidade de igualar a participação dos membros de um povo decorre da necessidade de fazer com que uns não tenham maiores oportunidades do que outros. O sufrágio universal¹⁹ é um mecanismo de salvaguarda para a manutenção da igualdade na participação indireta. Neste sufrágio todos terão as mesmas oportunidades de escolha de seus representantes, inclusive no que tange a capacidade eleitoral passiva.²⁰ Requisitos de participação no exercício do sufrágio por intermédio de um voto direto, secreto estabelecem forças de maior estabilidade em uma democracia representativa.

Apesar da forma representativa ter uma nítida origem aristocrática, no modelo formulado inicialmente por Siéyès²¹, em que o poder era concedido a uma minoria qualificada tida como capaz de governar e representar o povo, têm-se que

¹⁸ O modelo de democracia direta como adotado em Atenas na Grécia Antiga é “inviável, salvo nos pequeninos Estados” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71.

¹⁹ O sufrágio é universal quando o direito de votar é concedido a todos os nacionais independentemente de fixação de condições de nascimento, econômicas, culturais ou outras condições especiais. MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 235.

²⁰ Direito de ser votado.

²¹ SIÉYÈS apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71-73.

ela passou a ser reformulada gradativamente de modo a garantir uma maior participação popular. Tem-se aí, nos dias de hoje, a institucionalização do voto direto, secreto, universal e periódico, bem como a liberdade de manifestação política por intermédio dos partidos políticos (pluripartidarismo) como ferramentas de ampliação da participação pela via representativa.

2.3. A democracia e o problema das minorias

A questão dos grupos minoritários – ou grupos vulneráveis – sempre foi uma questão complexa de ser resolvida no campo de uma democracia representativa que pela sua lógica estrutural acaba por prestigiar a vontade dos grupos majoritários que possuem voz no cenário político.

Contrariando a concepção rousseauiana de prevalência da vontade geral, Alexis de Tocqueville²² em 1848 já prenunciava nos Estados Unidos da América sua preocupação com o direito das minorias. A inquietação de Tocqueville era construir um regime político no qual a liberdade individual fosse mantida paralelamente à “tendência ao igualitarismo” de modo a afastar-se uma “indesejável tirania da maioria”.²³

Existe uma lei geral que foi feita, ou pelo menos adotada, não somente pela maioria de tal ou tal povo, mas pela maioria de todos os homens. Essa lei é a justiça. A justiça forma, portanto, o limite do direito de qualquer povo. [...] Quando me recuso a obedecer a uma lei injusta, não nego à maioria o direito de dirigir; apelo à soberania do gênero humano contra a soberania do povo.²⁴

Passou-se a discutir, desde então, a questão do acesso às minorias nas decisões políticas como problema a ser enfrentado em uma democracia representativa.

²² Alexis de Tocqueville foi deputado na Assembléia Nacional Constituinte do Estados Unidos da América eleita em 1848

²³ Alexis de Tocqueville apud MONDAINI, Marco. Direitos Humanos. São Paulo: Contexto, 2008, p. 79.

²⁴ Alexis de Tocqueville apud MONDAINI, Marco. Direitos Humanos. São Paulo: Contexto, 2008, p. 80.

Exemplificando os grupos excluídos, como o caso de mulheres, negros que não faziam parte das decisões políticas; hoje os deficientes físicos, os homossexuais, os estrangeiros etc. Para estes, a experiência informa que nenhum grupo pode entregar com segurança a outros grupos o poder de governá-los. Assim a inclusão é representação de um estado democrático, salvo os incapazes, e, aqueles que estão de passagem. O processo de educação pública deve ser reforçado para possibilitar a participação democrática baseada no princípio da igualdade extrínseca sem entregar-se o poder nas mãos de especialistas.²⁵

O direito das minorias sempre foi e ainda é um grande desafio para a efetivação de uma democracia justa capaz de assegurar indistintamente a dignidade humana, mesmo para aqueles que não possuem voz suficiente para enfrentar as discussões do cenário político de um país. Ao direito à diferença impõe-se um tratamento diferenciado de modo a assegurar o reconhecimento de grupos menores que precisam ser incluídos no processo de distribuição de direitos.²⁶

O exercício da cidadania de maneira a estabelecer-se uma igualdade material é um desafio atual que...

aponta para a necessidade de redefinir os termos da convivência nas sociedades democráticas; do outro, sua 'inflação normativa' [...] o desafio enorme reside em encontrar novos modelos que possibilitem não apenas preservar defensivamente a equidade, mas ampliá-la com efetividade universal sem abrir mão da

²⁵ DAHL, Robert. Sobre democracia. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001, p. 81.

²⁶ Além da necessidade de distribuição de direitos, Nancy Fraser aponta como solução de inclusão das minorias a necessidade de um tratamento diferenciado para o reconhecimento desses grupos. "O ponto central da minha estratégia é romper com o modelo padrão de reconhecimento, o da "identidade". Nesse modelo, o que exige reconhecimento é a identidade cultural específica de um grupo. O não reconhecimento consiste na depreciação de tal identidade pela cultura dominante e o conseqüente dano à subjetividade dos membros do grupo. Reparar esse dano significa reivindicar "reconhecimento". Isso, por sua vez, requer que os membros do grupo se unam a fim de remodelar sua identidade coletiva, por meio da criação de uma cultura própria auto-afirmativa." FRAZER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? Revista Lua Nova, São Paulo 70: 101-138, 2007, p. 106.

diferença.²⁷

Neste processo, demanda-se, pois, a necessidade de se implantar políticas de inclusão social para o reconhecimento dos grupos sociais vulneráveis, dando-lhes voz para que possam ter uma efetiva participação igualitária em comparação com os demais grupos sociais.

3 O constitucionalismo no Brasil e os avanços dos mecanismos de controle dos poderes do Estado

O constitucionalismo consubstanciado na conformação de uma realidade vocacionada a institucionalização de um regime democrático foi consolidado no Brasil pela Constituição de 1988. A adoção desta ideologia resultou de uma cultura de ruptura em combate à opressão e às arbitrariedades praticadas durante o regime ditatorial que permeou o cenário político brasileiro desde 1964 a 1985.²⁸

A aludida Constituição, denominada "Constituição Cidadã" representou um marco histórico no processo de redemocratização do Brasil partindo-

²⁷ LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, Igualdade e Diferença. Lua Nova 59, 2003, p. 92.

²⁸ A ditadura militar representou um retrocesso na afirmação de direitos humanos, essencialmente pela restrição dos direitos civis e políticos decorrentes de atos institucionais editados pelos presidentes militares. Os direitos políticos foram cassados ao longo de 10 anos (AI 1), intervenção a sindicatos que também foram fechados, assim com à UNE do movimento estudantil. "O perigo comunista era a desculpa mais usada para justificar a repressão. O AI 2 determinou a dissolução dos partidos políticos e aboliu as eleições diretas para presidente da República estabelecendo-se um sistema de dois partidos; aumento dos poderes do presidente para dissolver o parlamento, demitir funcionários públicos; o direito de opinião foi restringido e o judiciário sofreu transformações para possibilitar a repressão. Apesar das manifestações sociais, principalmente da classe operária e estudantil as posições autoritárias se mantiveram. O AI 5 considerado o "mais radical de todos" foi o que mais atingiu os direitos civis e políticos determinando o fechamento do Congresso Nacional, suspendendo-se o direito de habeas corpus para crimes contra a segurança nacional, impossibilitando o controle judicial deste ato. Foi um período marcado pela cassação de uma série de mandatos e direitos políticos de deputados, vereadores e demissões de funcionários públicos. CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 160-161.

se dela para um avanço da cidadania na retomada e conquista de direitos civis, políticos e sociais. Foi por ela que em 1989 tivemos a primeira eleição direta no país em meio a uma série de problemas sociais e econômicos. Após escândalos de um esquema ambicioso de corrupção no governo do Presidente Fernando Collor de Melo o povo foi às ruas lutar pelo seu impedimento conquistado justamente pela pressão popular, sendo, portanto, uma “vitória cívica” importante.²⁹

Apesar do processo de constitucionalização brasileira ter sido lento³⁰, percebe-se hoje importantes avanços de ampliação do processo de democratização, especialmente no campo dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos). No Brasil institui-se uma República Federativa presidencialista. No âmbito do Poder Legislativo, adotou-se um sistema bicameral com representatividade de maior espectro pelo método proporcional com a participação de mais segmentos sociais organizados em partidos políticos, o que não seria possível pelo método majoritário. A separação de poderes foi instituída com a imposição de equilíbrio das suas funções pelo sistema de freios e contrapesos pulverizado ao longo do texto constitucional.

A lentidão deste processo se deve muito mais aos avanços atinentes aos direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais). Tais direitos demandam maiores prestações positivas

do Estado no sentido de amoldar uma série de políticas públicas e programas sociais condizentes com a capacidade econômica do país que no início do processo de redemocratização passava por uma série de crises econômicas.

Muitos dos problemas na participação política dos cidadãos são derivados das próprias condições sociais e econômicas enfrentadas pelo país, bem como no que diz respeito à institucionalização democrática.

Para que haja a afirmação progressiva de um regime democrático, impõe-se a proibição de retrocesso visando possibilitar, no mínimo, a manutenção dos ganhos obtidos em favor da proteção da dignidade humana. Esta proibição, também deve atingir os parâmetros mínimos de participação popular e de instrumentalização de controle do poder que não poderão ser diminuídos, cabendo somente a sua ampliação.

Para este mister, a rigidez³¹ da Constituição de 1988 estabeleceu ainda as cláusulas pétreas³² como meio de conter possíveis retrocessos e oscilações que possam obstaculizar o progresso democrático. Essa rigidez serve de limitação imposta em respeito aos direitos adquiridos. Impede-se, pois, modificações e restrições das normas garantistas que constituem fundamento essencial para possibilitar a segurança jurídica e dar força normativa naquilo que deve ser considerado um teto mínimo de proteção para uma estabilidade democrática.

Não obstante algumas mazelas de ordem prática, tivemos um importante avanço na ordem constitucional inaugurada em 1988. A força prepon-

²⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 221.

³⁰ A lentidão no processo de democratização do Brasil foi marcada por uma visão individualista e ou corporativista “A ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer. A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apóia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais.” CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 224.

³¹ “Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60)” MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

³² A Constituição Federal estabeleceu no § 4º do art. 60 que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação de poderes; IV – os direitos e garantias individuais.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

derante do mandamento constitucional se deve à institucionalização de uma série de ferramentas de controle de poder, especialmente ao patamar equilibrado que o Poder Judiciário passou a ocupar neste cenário (harmonia dos poderes), bem como ao Ministério Público e a Defensoria, como funções essenciais à Justiça.

Neste aspecto, percebeu-se a necessidade de se criar um mecanismo mais eficaz de controle do exercício do poder político de modo a garantir proteção aos direitos fundamentais, proteção esta indissociável do regime democrático. Não basta apenas o controle recíproco dos poderes, mas também a instituição de órgãos de fiscalização no sentido de proporcionar a contenção de abusos, como é o caso do Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (art. 127, *caput* CRFB)³³

A reformulação do modelo de democracia representativa tem outros expoentes importantes de amplitude de acesso aos indivíduos nos espaços públicos. A par disto, a Constituição de 1988 ao assegurar a liberdade de associação instaurou, mesmo que de forma tímida, uma democracia participativa.

Nesta linha de raciocínio, o constitucionalismo possibilitou a associação de indivíduos para o melhor exercício da cidadania na idéia de Robert Dahl de que “todos nós temos objetivos que não conseguimos atingir sozinho. No entanto, cooperando com outras pessoas que viam objetivos semelhantes, podemos atingir alguns deles.”³⁴

Consubstanciada a idéia de associação os indivíduos se organizaram com ampla liberdade para atender aos mais diversos interesses. Chamada por muitos de sociedade civil estas organizações (associações) são por muitas vezes convidadas ou

possuem lugar garantido nos espaços públicos para a deliberação de ações do Poder Público.

A Constituição obrigatoriamente impõe a participação da sociedade civil, a exemplo da participação nas decisões referentes: à seguridade social (art. 194, inciso VII), ao sistema único de saúde (art. 198, III) e de educação (art. 206, III e VI) e cultura (art. 216, § 1º), dentre outras. Esta participação deliberativa também vem pouco a pouco a ocupar outros espaços públicos em que não há esta exigibilidade condicionante, como é o caso da instauração de audiências públicas no âmbito dos três poderes, bem como a adoção deste método participativo em alguns municípios na elaboração de seus orçamentos a partir da deliberação da comunidade.

Diante disto, percebe-se que a democracia representativa vai abrindo portas para um processo deliberativo, sobretudo quando a sociedade civil, em razão desta cultura de cidadania, encontra-se cada vez mais preparada tecnicamente para debater as questões das políticas públicas voltadas a seus interesses.

3.1. A jurisdição constitucional como mecanismo de controle de poder

A visão mecanicista de Montesquieu de que o juiz é um mero “boca da lei”³⁵ passou a não mais condizer com a realidade de uma democracia moderna. A harmonia dos poderes, num sistema de freios e contrapesos trouxe a necessidade de se instituir ferramentas eficazes de combate à omissão ou a inação de certos poderes do Estado que se escusam em cumprir o seu papel em certos momentos.

As funções estatais foram fracionadas com o objetivo de limitar provenientes abusos de poder constatados da experiência passada dos regimes absolutistas. Não bastava a inserção de um mo-

³³ BRASIL. Normas. Constituição da República Federativa do Brasil. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

³⁴ DAHL, Robert. Sobre democracia. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

³⁵ Para Montesquieu, o juiz era uma figura passiva na constituição dos poderes do Estado em que lhe cabia apenas o papel de aplicar a vontade da lei. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

delo de separação de poderes se não pudesse decorrer dele o controle da ação de um sobre a ação do outro. Trata-se de mecanismos de controle recíprocos entre os poderes do Estado, ou seja, freios e contrapesos.

Se a proteção aos direitos fundamentais é válvula motriz de uma democracia, não cabe ao Estado deixar de atender o bem comum em prol desta proteção a ser concedida sem discriminação de qualquer natureza. Por esta razão quando da omissão do governo ou dos representantes do povo para atender seus anseios cabe a utilização dos instrumentos de controle. Daí porque justifica a atuação do Poder Judiciário com sua função precípua de garantir justiça no sentido de conter os abusos ou mesmo construir o direito em atenção aos princípios da norma constitucional de acordo com a realidade social.

No sentido de estabelecer o equilíbrio nas ações dos poderes do Estado, a Constituição de 1988 trouxe um aparato para o combate às omissões ou intransigências praticadas pelo poder legislativo. Trouxe, pois, ferramentas de controle das ações de governo, quer seja no controle da legalidade dos atos administrativos, quer seja no controle da omissão de modo a assegurar o mínimo existencial para se viver dignamente de acordo com a reserva do possível diante dos recursos disponíveis.

Desta necessidade de equilíbrio das ações dos poderes do Estado, especialmente quanto aos poderes legislativo e executivo iniciou-se um processo de judicialização do direito pela inoperância do governo em prol da efetivação dos direitos fundamentais. Por certo, não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, salvo na indicação de uma norma, como é o caso do mandado de injunção, mas cabe a ele dar a interpretação do ato normativo ou do ordenamento jurídico de acordo com a Magna Carta.

A constitucionalização foi o ambiente propício para a ampliação da jurisdição constitucional tanto no controle difuso de eficácia *inter partes*

(entre as partes) quanto no controle concentrado de eficácia *erga omnes* (para todos).

Luis Roberto Barroso enumera as seguintes:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão com a consequente convocação à atuação do legislador; d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.³⁶

As ações acima mencionadas dizem respeito ao controle de constitucionalidade tanto pela via difusa - de competência dos juízes e tribunais, assim como do controle concentrado - de competência do Supremo Tribunal Federal.

Acrescentem-se, ainda, os importantes instrumentos de impedimento e de invalidação de atos e efeitos de atos contrários à Constituição como são os remédios de combate às irregularidades constitucionais: o *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas Data* e Mandado de Injunção. De outra ponta no tocante à defesa da cidadania, por meio de instrumentos de fiscalização da atuação do Poder Público têm-se: a Ação

³⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Pública, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 10 de mai de 2011, p. 21-22.

Popular³⁷ e a Ação Civil Pública³⁸ - esta última de tutela coletiva.

O controle de constitucionalidade como defesa da Constituição na observância à estrita legalidade confere sua força normativa, conforme teorizado por Konrad Hesse:

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não será recuperado.'³⁹

Cabe no controle de constitucionalidade a avaliação da compatibilidade das normas utilizando como paradigma a Constituição tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista formal. O objetivo é harmonizar o ordenamento jurídico e conferir-lhe uniformidade.⁴⁰

Diante deste cenário de inúmeras possibilidades de controle dos atos legislativos e dos atos da administração pública dirigiu-se ao Poder Judiciário a função precípua de aplicar o direito, de modo

³⁷ "A ação popular é instrumento fundamental para a efetivação do Estado Democrático de Direito brasileiro e está inserida no que se denomina, [...]direito processual coletivo comum. Assim, é fundamental que a sociedade desperte para esse instituto e amplie seus níveis de participação política, tornando real o princípio da soberania popular formalmente declarado." ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 440.

³⁸ "A ação civil pública é o instrumento processual adequado de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A tutela é coletiva. [...] Tem por objeto os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso e coletivo" SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Direito Processual Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 469.

³⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 22.

⁴⁰ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

a construí-lo em prol dos direitos fundamentais. Trata-se de garantias processuais, pois onde se dispõe um direito deve-se dispor a garantia do seu exercício como não se olvidou a Magna Carta de 1988 ao estabelecer este extenso rol de ferramentas.

3.2. Os avanços da jurisdição constitucional

A Emenda Constitucional n.º 45 de 08 de dezembro de 2004, trouxe acréscimos na constitucionalização de direitos voltados a ampliação do regime democrático brasileiro. Muito embora mais voltadas a atuação do Poder Judiciário, foram estabelecidas alterações no sentido de garantir maior efetividade nos mecanismos de controle dos poderes.

Foi instituído o princípio da duração razoável do processo, inserindo-se o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição da República que estabelece: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."⁴¹ Este preceito impulsionou avanços importantíssimos no sentido de se ampliar o acesso à justiça com a solução mais célere dos processos (o que também coube ao processo administrativo).

Reformas das leis processuais foram realizadas de modo a reduzir a duração do processo como é o caso da repercussão geral, a possibilidade de decisão antecipada das questões sumuladas pelos tribunais superiores.

Esta reforma constitucional trouxe um despertar para a necessidade de se dar maior empenho gerencial nas ações judiciais com políticas voltadas a uma eficiência de gestão da prestação jurisdicional. Neste campo, também foram implementadas políticas públicas de digitalização dos processos, ainda, em atenção à celeridade disposta neste novo princípio.

⁴¹ BRASIL. Normas. Constituição da República Federativa do Brasil. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303.

A referida reforma contemplou expressamente a incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos com hierarquia constitucional no processo semelhante de aprovação de emenda constitucional.

Instituiu-se, pois, o Conselho Nacional da Justiça e do Ministério Público como órgãos de fiscalização dos atos administrativos. As ações da CNJ já produzem efeitos relevantes como a instauração de metas impostas à magistratura nacional para o julgamento das ações mais antigas.

O mecanismo das súmulas vinculantes trouxe uma agilidade para a solução de questões repetidas que antes precisavam ser enfrentadas em todas as instâncias judiciais para a solução final do litígio. Não obstante a vinculação retire a possibilidade de questionamento pela via processual, oferece por outro lado uma uniformidade e maior segurança em questões reiteradamente julgadas pelo Tribunal Constitucional.

Considerações finais

A evolução do constitucionalismo, desde a origem até os dias atuais, vem servindo de relevante instrumento para engrandar as ações do Estado o que se constata no crescente processo de conformação do aspecto jurídico da Constituição com a realidade social.

Uma carta escrita de preceitos democráticos limitadores do poder não será absorvida se não houver de fato esta ruptura no campo sociológico. No entanto, o campo jurídico de uma Constituição é o caminho desta travessia para a implantação de uma realidade democrática. É uma construção, uma nova forma de se pensar. É uma mudança de cultura em que o mandamento fundamental é o parâmetro essencial para a aproximação de um bem estar de todos em respeito à dignidade humana.

A ampliação do sistema de participação popular, com adoção de uma cultura de cidadania vem

sendo aos poucos firmada, especialmente de acordo com a realidade brasileira que, por meio da Constituição de 1988, instituiu importantes mecanismos capazes de impedir o retrocesso para a concretização de direitos fundamentais.

A ordem constitucional brasileira, apesar de uma série de desafios, traça efetivos mecanismos no sentido de delimitar o exercício dos poderes do Estado em benefício da dignidade humana.

As facilitações do acesso à justiça, os novos princípios constitucionais e a institucionalização de novos órgãos de controle demonstram suficientemente a evolução desta conformação constitucional em prestígio à cidadania e fortalecimento de um regime democrático.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Leão. **A garantia institucional do Ministério Público em função da proteção dos Direitos Humanos**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010. Disponível em: www.teses.usp.br/.../publico/TESE_COMPLETA_FERNANDA_CD.pdf. Acesso em 15/maio/2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Pública, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 10 de mai de 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucio-**

- nal e teoria da Constituição.** 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- DAHL, Robert. **Sobre Democracia.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? **Revista Lua Nova**, São Paulo 70: 101-138, 2007.
- HAMON, Francis *et al.* **Direito Constitucional.** Trad. Carlos Souza. São Paulo: Manoel, 2005.
- HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania Igualdade e Diferença. **Lua Nova** 59, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos.** São Paulo: Contexto, 2008.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 27-547.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Proces-**

sual Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.