

Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição

Alfredo Canellas Guilherme da Silva¹
Carina Barbosa Gouvêa²

Resumo

Constitucionalismo de transformação vem a ser o traço definidor do nosso tempo, pois governar o empreendimento democrático é partilhar importantes ferramentas que contribuem para o aperfeiçoamento e a proteção dos direitos fundamentais. Este trabalho pretende agregar valor, relatando o processo de transição no modelo brasileiro, fazendo uma análise do que vem a ser o papel do constitucionalismo de transformação no desenvolvimento dos direitos sociais, dentro de uma perspectiva em que o papel do Poder Judiciário será também um agente transformador da realidade social. Como demonstra a narrativa, é possível empreender um Judiciário capaz de ensejar efetividade aos direitos sociais, de forma integradora e que seja revestido dos elementos necessários capazes de fortalecer o diálogo institucional.

Palavras-chave: Constitucionalismo de transformação; transição na matriz brasileira direitos sociais; Poder Judiciário de transformação.

Abstract

Constitutionalism of transition becomes defining feature of our time, because ruling the democratic project is to share with important tools that contribute to the improvement and protection of fundamental rights. This paper aims to aggregate value when reporting the transition process in the Brazilian model, doing an analysis about rule of constitutionalism of transition in social rights development, within a perspective where judiciary's role is a social reality transformation agent as well. As text shows, it is possible to undertake a judiciary capable to offering effective social rights, in order to be inclusive and coated necessary power to strengthen institutional dialogue.

Keywords: Constitutionalism of transition; Brazilian social rights transition matrix; Transformation of judicial power.

¹ Mestre em Direito – UGF; Professor de Direito Constitucional – UNESA; Membro do NP-Juris <<http://www.novasperspectivasemjurisdicaconstitucional.com/>>. Contato: professoralfredo@canellas.com.br.

² Doutoranda em Direito – UNESA; Pesquisadora Acadêmica; Mestre em Direito – UNESA, Contato: carinagouvea25@gmail.com.

ideológico de um futuro democrático que, acoplados à ação social, fizeram girar a roda da história.⁵

Este trabalho é apresentado em cinco partes: após a introdução, na parte II, demonstra-se o caminho da transição na matriz brasileira, fazendo uma leitura histórica, a partir de 1978, da edição do Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro, evidenciando os efeitos a partir de uma fase de mudança legítima pelas reformas impostas à ordem constitucional, até os dias atuais. A parte III é dedicada à narrativa das transformações e dos ajustes no período de estabilidade, partindo do pressuposto de que não há coesão ou desenvolvimento social sem democracia e adequada estabilidade política.

Prosseguindo, a parte III apresenta o desenvolvimento dos direitos sociais enfrentando a questão que envolve a sua concretização e o paradoxo entre liberdade e igualdade, a partir de seu significado; na parte IV, algumas considerações serão abordadas de modo a permitir uma avaliação do papel do Poder Judiciário como agente de transformação na materialização dos direitos sociais. E, finalmente, na parte V, a conclusão do trabalho.

O caminho da transição na matriz brasileira

Afirma-se que a redemocratização brasileira vivenciou um poder constituinte de transição, cujo momento inicial se baliza pela edição do Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro de 1978, que, ao revogar em massa os atos de banimento de brasileiros, deu início à lenta mudança de regime ditatorial para o democrático.⁶ O conteúdo desse Decreto permite identificar a intenção do regime de encetar uma transição por transação – ou conciliada. Isto porque avaliza o entendimento no sentido de que a permanência de brasileiros em situação de banidos deixaria de corresponder ao propósito da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978.

Neste contexto, o verdadeiro motivo que impulsionou a elaboração da referida Emenda se sustentava no processo de retorno à democracia, o que não seria alcançado com a persistência de brasileiros proibidos de retornar ao país. Portanto, vale consignar, o Decreto nº 82.960, de 1978, e não a Lei de Anistia, de 1979,⁷ somente editada no ano seguinte, conforme o primeiro ato de transição expedido pelo Regime Militar, exatamente, pela sua aptidão de desviar-se na direção da redemocratização, o que se dá com a extinção do banimento,

⁵ “Logo, de modo geral, o movimento histórico nasce do futuro (...) por ação consciente e voluntária realiza no presente um projeto para o futuro”. KOJËVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2002, p. 349.

⁶ A edição no fim do mandato do Pres. General Geisel, governo de 15 de março de 1974 até 15 de março de 1979. No Decreto há justificação de sua edição: “CONSIDERANDO que a permanência do banimento de brasileiros deixaria de corresponder ao propósito da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, a vigorar em 1º de janeiro de 1979”. Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro de 1978.

⁷ Lei nº 6.683, de 28 de Agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

auxilia o entendimento da transição constitucional brasileira como uma transição de regime por transação.¹³

Questão acicata trata sobre a natureza da Constituição brasileira em vigor. Teitel sustenta seu caráter provisório, *provisional* - e o afirma reunindo-a às demais constituições *transicionais* da América Latina,¹⁴ que serviram para a mediação do regime militar para o civil, sua posição advém da cláusula de revisão constitucional¹⁵ brasileira que representaria falta de consolidação do regime político, não fazendo, segundo a autora, sentido insistir na permanência constitucional, mas o contrário, a sua *transitoriedade*,¹⁶ ou seja, a revisão constitucional brasileira para Teitel demonstra falta de permanência.

A linha argumentativa seguida por Teitel não se contradiz com sua ideia de reconhecer um amplo conceito de transitoriedade, inclusive alcançando o limite das *afinidades*, tudo ao ponto de identificar traço de transição na fase de elaboração da Constituição norte-americana, que serviu de passagem entre a Revolução Norte-americana e a promulgação da sua Constituição, conforme a seguir, *in verbis*:

“A história da elaboração do constitucionalismo dos Estados Unidos guarda algumas afinidades com o constitucionalismo de transição. Essa transição não foi tão dramática, porém, deu-se na passagem de tempo entre a Revolução Americana e a promulgação da Constituição.”¹⁷

¹³ No momento pré-constitucional à Constituição de 1988, Afonso Arino cunhou a expressão “transação para a transição” ainda no contexto de votação de propostas para a Constituição de 1988. In: *Constituição, história, Brasil*, 1987-1988. Brasil. Assembleia Nacional Constituinte (1987). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3510>>. Acesso em 09 de maio de 2012.

¹⁴ Vanice Regina Lírio do Valle aprofunda a análise sobre o papel do Constitucionalismo Latino Americano na promoção das transformações de inclusão social e equidade. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constitucionalismo latino americano: sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade*. Publicado na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n 11. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0BzzZX4fNLqHKdEcXyU1jZGczdk0/edit?pli=1>>. Acesso em 30 de abril de 2013.

¹⁵ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.” *BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

¹⁶ “The Brazilian Constitution of 1988 was concededly provisional: After Five years, there was to be constitutional review with an eye to amendment. According to the reigning constitutional model, the provisional nature of the 1988 Brazilian Constitutional defeated a written constitution’s basic purpose: to preserve a distinct vision of state power over time. From a transitional perspective, this critique is inapposite. Where a political regime is not yet consolidate, it makes little sense to insist on constitutional permanence. To the contrary, the constitutional opening may well be contingent upon its transience.” In: TEITEL, Ruti. *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*. 106 Yale L.J. 2009 (1997), p. 2061. Disponível em: <http://www.nyls.edu/user_files/1/3/4/15/102/106%20Yale.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2012.

¹⁷ The story of the United State’s constitution making shares some affinities with transitional constitutionalism. This transition was not as dramatic, however, given the passage of time between the American Revolution and the enactment of the Constitution, and the nature of the American transition from limited Monarchy rather than the worst of dictatorships. *Idem*, p. 2071.

Assim sendo, seguindo o pressuposto de que a Constituição brasileira também se caracteriza pela sua natureza de transformação, deve-se reconhecer que este documento normativo colabora para o desenvolvimento social e estabilidade política, correspondentes à realidade que almeja “um regime *consolidado* [estável] com algum nível de participação política”²², condições necessárias para a solidificação da liberdade e transformação permanente da sociedade.

Não havendo como estratificar as relações sociais de pessoas que desejam alcançar melhor nível de vida e felicidade, no processo de transformação a liberdade no Brasil e alhures emancipa o fluxo social²³ implicando em uma demanda constante por mudanças. Em outras palavras, o enlaçamento social durante a égide do constitucionalismo de transformação se consolida e se aguça para a disputa da felicidade a ser construída pela transformação, disposta através da concretização dos direitos sociais, os quais, não se nega, dependem do político.²⁴ Neste plano de ideias, o campo do constitucionalismo de transformação é jurídico-constitucional²⁵, econômico e social.

Ainda na análise do Brasil, o início do processo de transformação se deu com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, a partir de então,

nova redemocratização... trata-se de possibilidade que foge ao propósito desta investigação. Outrossim, nada que se afirma impede o reconhecimento dos efeitos da inércia do processo transicional sobre a Constituição de 1988, e.g. pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a ordem constitucional do regime militar foi por fim e definitivamente revogada com a entrada em vigor das normas do constitucionalismo tributário promulgadas em 1988, dispõe o Art. 34. do ADCT da Constituição vigente: “O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.” Igualmente, *BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

²² Importante considerar as palavras do Professor José Ribas Vieira que associa a consolidação de um regime “com algum nível de participação política”. Assim, pretende-se compreender o processo permanente de transformação dentro desta ideia de “regime consolidado”o que significa dizer que a participação política não corrompe o regime ao ponto de seu colapso, pelo menos enquanto se mantiver o “regime consolidado”. VIEIRA, José Ribas (Introdução). BASTOS, Aurélio Wander (Coord.). *Benjamin Constant: princípios políticos constitucionais*. Trad. Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 53.

²³ Para a antropologia a realidade concreta a ser estudada, observada, descrita, comparada e classificada é “um fluxo permanente, é um processo: o “processo social”. ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. Ed. Brasiliense, 1991, p. 25.

²⁴ Há circularidade política, pois a própria democracia incrementa a democracia: “*in constitutional democracies, constitutions empower democracies*.”In: PILDES, Richard H. *Political parties and constitutionalism*. In: DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Law. Research Handbooks in Comparative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 254.

²⁵ A primazia do jurídico não afasta outras esferas que podem ser consideradas, contextualmente. Registre-se que no caso brasileiro o controle de constitucionalidade admite a mitigação do princípio da supremacia constitucional “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, preceitos tanto da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, quanto da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, abonam este entendimento.

e finalidades ao legislador democrático, fortificando a juridicidade dos direitos sociais e as transformações da sociedade, principalmente durante a estabilidade.

Considerando-se que o constitucionalismo de transformação se movimenta no estado democrático dinamicamente estável, segundo um projeto deontológico de desenvolvimento³², a pretensão de um Constitucionalismo de Transformação³³ parte do pressuposto de que não há coesão ou desenvolvimento social sem democracia e adequada estabilidade política, mesmo que dinâmica,³⁴ ou seja, o processo de transformação constitucional requer um estado de apaziguamento político para o crescimento de outras esferas de participação.

Assim sendo, desconstruídas as principais bases do regime autoritário ou alcançada suficiente estabilidade, entendida como falta de inclinação ao rompimento do regime político-democrático, capacitam-se na sociedade inúmeras extensões de transformação que nascem para aperfeiçoar a ordem econômica e social.

Com efeito, distintos atores e com eles o *homo economicus*, assumem o protagonismo, almejando a concretização de direitos econômicos e sociais, segundo necessidades ditas pela sociedade.

Aponta-se, para o pragmatismo da cidadania real e não retórica, externando um compromisso com o princípio democrático na sua dupla dimensão: representativa, mas também participativa.³⁵ Os atingidos por tal poder, são potencialmente todas as pessoas constitucionais, enquanto população, formando uma espécie de atos de circulação de atos de legitimação, que nenhum lugar pode ser interrompido. Poder estar a altura diz respeito ainda a democracia de base sendo o povo o destinatário que permanece, na postura de boa vontade, como o fundamento legitimador na duração temporal de uma ordem política cujo núcleo constitucional será preservado, respeitado também pela atuação do Estado.³⁶

³² “Desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.” In: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 10.

³³ O constitucionalismo de transformação é desafiado, continuamente, pela necessidade de compor o movimento com a estabilidade.

³⁴ Não se pretende induzir a uma compreensão de estabilidade *imóvel*, mas sim um entendimento que compreenda o movimento, bastante próximo ao definido por Heráclito “a realidade como um fluxo contínuo e que nada jamais permanece em repouso por um só momento”. BURNET, John. *A aurora da filosofia grega*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 161.

³⁵ É de Canotilho a lição de que a democracia participativa compreende “[...] a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle político nas divergências de opiniões, produzir *inputs* democráticos”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 286.

³⁶ MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-56.

Desse modo, abroham-se oportunidades na democratização para além dos Poderes Públicos, nos partidos políticos, sindicato e outras associações civis. Todas as relações se alteram para praticar a dialética e cultivar a liberdade. No processo de transformação reluz a evidente importância do registro e publicidade⁴² das decisões do Estado que, doravante, concorrem para a facilitação da participação do cidadão nos destinos sociais, nasce um processo circular de alimentação da liberdade e da cidadania.

Todavia, segundo Böckenförde, a liberdade não se potencializa de modo imediato, sua intervenção na sociedade desenvolve-se em passos sucessivos, produzindo-se uma espécie de metamorfose na liberdade individual até a liberdade democrática.⁴³

Infere-se que a liberdade política exercida no seio da sociedade dimensiona a grandeza da mudança a ser procurada, ou seja, através da política, vincula-se o agir estatal no viés de promoção da igualdade com dignidade – *dignigualdade*, colocando-a potencialmente ao alcance de todos e arquetizando o estado de solidariedade⁴⁴ pelo afastamento de empecilhos externos que antes atalhavam a realização de direitos sociais.

Neste novo plano, iniciam-se transformações sociais que repercutem diretamente nos esquemas de pensamento⁴⁵ e, por conseguinte, nas políticas públicas, alterando os perfis e provocando mudanças no modo de agir estatal, advindo, assim, a presunção do cidadão amistoso que merece ser acolhido como pessoa dotada de necessidades materiais imprescindíveis para a *vida boa*. Despontase a importância da intervenção do Estado na área econômica e social.

O desenvolvimento e os direitos sociais

Não faz parte da natureza humana dividir sua fortuna ou seus bens com os outros, sendo a construção de uma relação alteritária o grande problema a ser solucionado no enfrentamento da questão que envolve a concretização dos

⁴² A escrita desde o século IX aC deixa de servir à memória do governante no recesso de seu palácio e tornar-se uma “função de publicidade; vai permitir divulgar, colocar igualmente sob o olhar de todos, os diversos aspectos da vida social e política”. In: VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 20 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 38.

⁴³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta, 2000, p. 78.

⁴⁴ Para Habermas, “ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, ou seja, ao lado do poder administrativo e dos interesse próprios, surge também a solidariedade como terceiro fonte de integração social”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 278.

⁴⁵ Transforma-se a língua, substitui-se à *imagem* do antigo governante, novas funções sociais surgem criando *difíceis problemas de equilíbrio*. VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 20 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 42 e 45.

direitos sociais pela ação exclusiva de um dos *constructos*: *político, econômico e o jurídico*. Isto porque, enquanto direitos que *dependem de*, os direitos sociais são imperfeitos, suas esferas nucleares precisam estar vivas, ativas e coordenadas para sua materialização, o que somente pode se alcançado pela atuação preponderante da administração pública transformadora e, circunstancialmente, pelo diálogo com os demais poderes.

Por tudo isto, afirma-se, os direitos sociais emanam de direitos políticos em face do Estado e dele são dependentes.

Acrescenta-se, a esfera político-administrativa define os graus máximo e mínimo de materialização desta espécie de direitos, ou seja, a concretização dos direitos sociais limita o insaciável e natural direito das pessoas à acumulação de riqueza, fazendo surgir contendas democráticas na definição do padrão de mediania entre o excesso de alguns e a carência de outros.

No mesmo tom, ao tratar da riqueza, os gregos enfrentaram a atualíssima questão do *descomedimento* ou da má distribuição de bens. Aqueles que possuem mais, ambicionam o dobro. A solução helênica caminhou no delineamento do ideal de *proporção* e do *nada em excesso*. Os antigos valorizaram a proporcionalidade e a *ponderação* – da *sophrosyne* – que tem com o *equilíbrio* e o *justo meio*, não prescindindo de um juiz para aplicação da lei.⁵⁰

Nada diferente ao tempo presente. O chamado *pós-positivismo* (um retorno parcelar às raízes do mundo helênico) remete aos mesmos princípios, hoje sob a vestimenta do devido processo legal substantivo ou do Estado de Direito.⁵¹

Seja qual for a questão e a solução acerca da proporcionalidade grega ou pós-moderna, ontem e sempre a concretização dos direitos sociais encerra a paz na sociedade e facilita a coesão social, constituindo-se de requisito para a estabilidade dinâmica da ordem política e jurídica, estado necessário para realimentar a transformação da sociedade. Assim é porque a política, por si mesma, não pacífica nem *igualiza* o povo, portanto, há dependência mútua e relação de complementaridade entre os direitos sociais e políticos.

Por sua vez, Amartya Sen argumenta que a oportunidade influencia a realização humana, *in verbis*:

“A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva (...) O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições

que entre a teoria e a prática se exige ainda um elemento intermédio de ligação e da transição de uma para a outra (...)”. KANT, Imanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática* (1783). Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 57.

⁵⁰ VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 20 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 89/94.

⁵¹ A doutrina costuma associar o princípio da razoabilidade ao devido processo legal e o princípio da proporcionalidade ao Estado Democrático de Direito.

Segundo Langa, o igual acesso aos recursos e serviços básicos não encerra a transformação, posto que nesta a ideia de mudança é constante.

Deve-se anotar que, e.g., há enorme distinção entre o direito liberal de propriedade e o direito social à moradia. Pelo direito liberal pretende-se manter o *status quo*, enquanto que o direito à moradia aspira alcançar a equalização das pessoas em uma sociedade. *Alcançar a equalização* denota movimento, padecendo de inocuidade pretender *absolutizar* um direito distinguido pela progressividade, – movimento, como são os direitos sociais.⁵⁵

Em vista disto, as variáveis de concretização dos direitos sociais devem ser reconhecidas no vértice instável da disposição política, onde a probabilidade de sua concretização não deve ser esquecida, pois da política provém a causa eficaz para as mudanças sociais.

No cenário cronológico, apesar da transformação pelos direitos sociais se intensificar após a estabilização política, ontologicamente estes direitos se apresentam como antecedente à própria transição democrática, pois o bem viver configura a desígnio último de uma sociedade que se pretende justa. Abreviadamente, na lógica cronológica, a transição se manifesta no mundo real antes da transformação, enquanto que, na dimensão metafísica, sucede-se de forma oposta, a transformação antecipa a tese da transição, ou seja, deseja-se a liberdade política para a vida feliz.

Acerca da interpretação⁵⁶ dos direitos sociais, merece atenção a estratégia semiótica.⁵⁷ Veja-se o texto que, eventualmente, contenha a expressão *era uma vez* importar, com grande probabilidade, numa interpretação de que seja *um conto de fadas*.⁵⁸ *Mutatis mutandis*, uma texto constitucional que albergue determinado direito identificado como *social*, será também diferenciado, porque existem convenções estilísticas estabelecidas⁵⁹ que marcam, neste caso, um terreno vago e um leque aberto de interpretações, não foi sem razão que

Disponível em: <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

⁵⁵ A doutrina que defenda a vedação do retrocesso para os direitos sociais merece ser analisada com bastante cuidado, sob pena de se solidificar direitos à prestação, implicando na redução da capacidade do Estado em oferecer prestações para pessoas mais necessitadas.

⁵⁶ As normas e sobretudo as constitucionais elaboradas através de documentos escritos são enquanto textos, concebidos “com a finalidade de fazer com que surjam interpretações”. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 100.

⁵⁷ Ciência dos signos enquanto “tentativa de identificar os códigos e os mecanismos pelos quais o significado é produzido em várias regiões da vida social. ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 138.

⁵⁸ ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 76.

⁵⁹ Por esta razão, alguns doutrinadores repelem a designação usual *normas programáticas* para os direitos sociais, trata-se de uma expressão que contém uma imagem preconcebida e estereotipada da sua falta de força jurídica.

Urge provocar, a quebra do ciclo assimétrico pela materialização de direitos que valem na modalidade *depende de*, ou seja, direitos discriminadas pela baixa tessitura dos modais deonticos de proibição e de obrigação, depende da atuação de uma esfera pública compensadora das carências deonticas. Assim sendo, os direitos sociais são dependentes de políticas públicas, sendo direitos sob probabilidade, submetidos ao planejamento administrativo.

O que ora se trata confirma a ideia de que no constitucionalismo de transformação os juizes estão sob uma constituição e fundamentam suas decisões não apenas referenciando-as à autoridade, mas as ideias e aos valores.⁶⁴

Porém, excepcionalmente, deve-se considerar o Poder Judiciário como Poder determinante para alterar a realidade social, até e inclusive, exercendo o ativismo judicial para transformar a sociedade. Nesta hipótese, a legitimação da decisão do Poder Judiciário encontra seu fundamento no estado de necessidade das pessoas⁶⁵ e não na omissão de um ou dos demais poderes políticos eleitos.

Esta visão se afasta do que se admite à primeira vista, ou seja, o argumento da omissão do Poder Executivo e/ou do Legislativo, teses que justificam o ativismo judicial segundo contextos que não evitam a explosão do ativismo experimentado, particularmente, no Brasil.

De forma oposta, por ser mais próxima da dignidade, a argumentação apoiada no estado de necessidade da pessoa, por conter base factual⁶⁶ e não jurídica, dificulta o ativismo judicial transformativo.

Conclusão

Conforme percebido, a redefinição democrática tem uma espécie de compromisso tácito, a instauração de um novo estilo de vida que seja capaz de conjecturar as expectativas humanas na busca de concretização de seus direitos fundamentais. Dentro deste contexto e em vista dos seus mais diferentes resultados, a transição ganha o seu sentido maior: a transformação.

A redemocratização brasileira vivenciou um poder constituinte de transição que durou quase uma década até a construção de um modelo transicional que pode ser comparada a uma leitura fundada numa visão larga de constitucionalismo, somada ao não menos dilatado conceito de transição.

⁶⁴ “Under a transformative constitution judges bear the ultimate responsibility to justify their decisions not only by reference to authority, but by reference to ideas and values”. LANGA. Pius. *Transformative Constitutionalism*. Prestige Lecture delivered at Stellenbosch University on 9 October 2006. Disponível em: <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

⁶⁵ Principalmente porque “quem tem fome tem pressa”, frase criada pelo sociólogo Betinho em 1990, marca da exigência do direito à alimentação e dos programas sociais que o tornam efetivo. A falha ou lesão à dignidade que implique na fome de quem quer que seja, autoriza o ativismo judicial social, afinal, repete-se, para Betinho fome é sinônimo de “pressa”.

⁶⁶ O Estado de Necessidade exige base fática e tal comprovação pode servir de contenção objetiva à atuação do Poder Judiciário como legislador ordinário, substituto, no Brasil, de 513 Deputados Federais e 81 Senadores.

Referências bibliográficas

- ADPF 153 / DF - DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 29/04/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BURNET, John. *A aurora da filosofia grega*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 161.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 286.
- DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Law. Research Handbooks in Comparative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.
- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- HOLMES, Stephen. SUNSTAIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.
- KANT, Imanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática* (1783). Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.].
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido Antonio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.
- KLOURI, Cesar Marcos. *A Liberdade de expressão, o jornalismo cívico e os direitos de personalidade ante a inconstitucionalidade da lei de imprensa*. Disponível em: <<http://www.klouri.com.br/artigos.php?n=9>>. Acesso em: 02 de julho de 2012. Apud, Jamieson, Paul W. Lost in Translation: Civic Journalism's Applicability to Newspaper Coverage of the U.S. Supreme Court. 1998, 1ss, esp. 3 ss.
- KOJÉVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2002.
- LANGA. Pius. *Transformative Constitutionalism*. Prestige Lecture delivered at Stellenbosch University on 9 October 2006. Disponível em: <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.
- MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1988 – Uma Constituição de esperança*. Revista de Direito do Estado. Ano 3 n 9, jan/mar 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-56.
- OQUENDO, Angel R. *Democracia e pluralismo*. Trad. Jacqueline de Souza Gomes e Maria Clara Dias. Rio de Janeiro: De Andréia e Morgado Editores, 2009.
- PORTELLA, Eduardo. *Democracia transitiva*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. AFDUAM 5 (2001), pp. 201-228. Disponível em < <http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/199/2/ArtigoNeoconstitucionalismo-ITE.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2013.

