

The background of the cover is a photograph of a modern architectural interior. It features a light-colored, polished marble floor with a geometric pattern. A large, dark, curved metal structure, possibly a staircase or a decorative element, dominates the right side of the image. The overall aesthetic is clean and contemporary.

106

Revista Jurídica da PRESIDÊNCIA

Brasília • Volume 15 • Número 106 • Jun./Set. 2013

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência
Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil
Presidência da República

106

Revista Jurídica da
PRESIDÊNCIA

Brasília • Volume 15 • Número 106 • Jun./Set. 2013

Presidenta da República

Dilma Vana Rousseff

Ministra-Chefe da Casa Civil da Presidência da República

Gleisi Helena Hoffmann

Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil e**Presidente do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência**

Ivo da Motta Azevedo Corrêa

Coordenadoras do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência

Daienne Amaral Machado

Paula Albuquerque Mello Leal

Revista Jurídica da Presidência / Presidência da República

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência – Vol. 1, n. 1, maio de 1999.

Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 1999-

Quadrimestral

Título anterior: Revista Jurídica Virtual

Mensal: 1999 a 2005; bimestral: 2005 a 2008.

ISSN (até fevereiro de 2011): 1808-2807

ISSN (a partir de março de 2011): 2236-3645

1. Direito. Brasil. Presidência da República, Centro de Estudos Jurídicos da Presidência.

CDD 341

CDU 342(81)

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência

Praça dos Três Poderes, Palácio do Planalto

Anexo II superior - Sala 204 A

CEP 70.150-900 - Brasília/DF

Telefone: (61)3411-2047

E-mail: revista@presidencia.gov.br

<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>

Revista Jurídica da Presidência

É uma publicação quadrimestral do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência voltada à divulgação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisas e estudos independentes sobre a atuação do Poder Público em todas as áreas do Direito, com o objetivo de fornecer subsídios para reflexões sobre a legislação nacional e as políticas públicas desenvolvidas na esfera federal.

Equipe Técnica

Coordenação de Editoração

Daienne Amaral Machado
Paula Albuquerque Mello Leal
Raquel Aparecida Pereira

Gestão de Artigos

Raquel Aparecida Pereira

Projeto Gráfico e Capa

Bárbara Gomes de Lima Moreira

Diagramação

Bárbara Gomes de Lima Moreira
Vicente Gomes da Silva Neto

Revisão Geral

Daienne Amaral Machado
Paula Albuquerque Mello Leal
Raquel Aparecida Pereira

Revisão de Idiomas

Ana Paula Porto Yamakawa
Daienne Amaral Machado
Daniel Mendonça Lage da Cruz
Daniele Kleiner Fontes
João Vitor Rodrigues Loureiro
Juliana Thomazini Nader Simoes
Manuela Oliveira Camargo
Otávio Souza e Rocha Dias Maciel
Yasmin Borba Mahmud

Conselho Editorial

Claudia Lima Marques
Claudia Rosane Roesler
Fredie Souza Didier Junior
Gilmar Ferreira Mendes
João Maurício Leitão Adeodato
Joaquim Shiraishi Neto
José Claudio Monteiro de Brito Filho
Luis Roberto Barroso
Maira Rocha Machado
Misabel de Abreu Machado Derzi
Vera Karam de Chueiri

Fotografia da Capa

Espaço circular em cubo virtual,
Franz Josef Weissmann, 1957 – 1978.
Acervo do Palácio do Planalto.

Fotógrafa

Bárbara Gomes de Lima Moreira

Appropriate articles are abstracted/indexed in:

BBD – Bibliografia Brasileira de Direito
LATINDEX – *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*
ULRICH'S WEB – *Global Serials Directory*

Pareceristas

Adalberto Simão Filho - Faculdades Metropolitanas Unidas
Adauto de Almeida Tomaszewski - Universidade Estadual de Londrina
Alessandra Marchioni - Universidade Federal de Alagoas
Alexandre Araújo Costa - Universidade de Brasília
Alexandre Bernardino Costa - Universidade de Brasília
Alexandre Garrido da Silva - Universidade de São Paulo
Alfredo de Jesus Dal Molin Flores - Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Ana Maria de Oliveira Nusdeo - Universidade de São Paulo
Andityas Soares de Moura Costa Matos - Universidade Federal de Minas Gerais
Antonio Gomes Moreira Maués - Universidade Federal do Pará
Antonio Rulli Neto - Faculdades Metropolitanas Unidas
Carlos Frederico Marés de Souza Filho - Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Egon Bockmann Moreira - Universidade Federal do Paraná
Ela Wiecko Volkmer de Castilho - Universidade de Brasília
Eliane Cristina Pinto Moreira - Universidade Federal do Pará
Eneá de Stutz e Almeida - Universidade de Brasília
Enoque Feitosa Sobreira Filho - Universidade Federal da Paraíba
Fernando Basto Ferraz - Universidade Federal do Ceará
Fernando Gonzaga Jayme - Universidade Federal de Minas Gerais
Fernando Horta Tavares - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Flavia Cristina Piovesan - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina
Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes
Giovanne Henrique Bressan Schiavon - Universidade Estadual de Londrina
Girolamo Domenico Treccani - Universidade Federal do Pará
Gisele Mazzoni Welsch - Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Guilherme Assis de Almeida - Universidade de São Paulo
Guilherme Guimarães Feliciano - Universidade de São Paulo
Jane Felipe Beltrão - Universidade Federal do Pará
Jorge Luiz Souto Maior - Universidade de São Paulo
José Ernesto Pimentel Filho - Universidade Federal da Paraíba

José Heder Benatti - Universidade Federal do Pará
José Levi Mello do Amaral Junior - Universidade de São Paulo
Joyceane Bezerra de Menezes - Universidade de Fortaleza
Katya Kozicki - Universidade Federal do Paraná
Leonardo Nemer Caldeira Brant - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Marcelo Andrade Cattoni Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais
Márcia Correia Chagas - Universidade Federal do Ceará
Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz - Universidade Federal do Ceará
Marcus Alan de Melo Gomes - Universidade Federal do Pará
Marcus Orione Gonçalves Correia - Universidade de São Paulo
Nestor Eduardo Araruna Santiago - Universidade Federal do Ceará
Otávio Pinto e Silva - Universidade de São Paulo
Paulo Hamilton Siqueira Junior - Faculdades Metropolitanas Unidas
Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa - Universidade Federal do Pará
Reginaldo Melhado - Universidade Estadual de Londrina
Roberto Baptista Dias da Silva - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Robson Antão de Medeiros - Universidade Federal da Paraíba
Silma Mendes Berti - Universidade Federal de Minas Gerais
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau - Universidade Federal de Minas Gerais
Valério de Oliveira Mazzuoli - Universidade Federal de Mato Grosso
Vera Maria Jacob de Fradera - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Constitucionalismo contemporâneo: transição democrática e transformação da sociedade. Diferenças e identidades no Mundo Pós-Moderno

ALFREDO CANELLAS GUILHERME DA SILVA

Mestre em Direito (UGF). Professor de Ciência Política e de Direito Constitucional (UNESA). Professor Tutor (FGV/RJ).

Artigo recebido em 09/07/2012 e aprovado em 13/07/2013.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 Do constitucionalismo pós-moderno ao pré-socrático: no fluxo da política tudo é certo “como dois e dois são cinco”. 3 Distinções e similitudes entre o constitucionalismo de transição e o constitucionalismo de transformação • 4 Transição constitucional enquanto modelo político de (re)criação de um regime democrático • 5 Constitucionalismo de transformação e a estabilidade dinâmica de ajustes que esquadriham a realidade democrática • 6 Conclusão • 7 Referências.

RESUMO: Regimes políticos e sistemas constitucionais democráticos contemporâneos não reservam espaço para conceitos absolutos. A criação do Estado na pós-modernidade decorre de um processo transicional, e não de um ato fundacional imediato. O Constitucionalismo democrático coevo também se informa na constante modificação da sociedade, essa transformação influi na ordem estatal, que procura aperfeiçoar a democracia e ampliar os valores de liberdade. O Poder Judiciário, pela jurisdição tópica, participa do percurso transicional e presta jurisdição em um contexto ativista pragmático-consequencialista. Além disso, há semelhança entre esse modelo pós-moderno de Estado e aquele da antiguidade grega, justificando-se parcial retorno às lições helênicas, posto que, em ambos os períodos, prevalece a possibilidade, sentido que auxilia a compreensão dos direitos sociais enquanto normas de expectativa para uma vida feliz.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia • Constitucionalismo de transição e de transformação • Nova jurisdição tópica • Pós-modernidade.

Contemporary Constitutionalism: democratic transition and transformation of society. Differences and identities in the Post-modern World

CONTENTS: *1 Introduction • 2 From post-modern to pre-socratic constitutionalism. Politics: where two and two makes five • 3 Distinctions and Similarities between transitional and transformative constitutionalism • 4 Transitional constitutionalism as a model of political (re)creation of a democratic regime • 5 Transformative constitutionalism and dynamic stability settings that scan the democratic reality • 6 Conclusion • 7 References.*

ABSTRACT: Political regimes and contemporary democratic constitutional systems do not give room for absolute concepts. The creation of the state in Post-modernity stems from a transitional process, not from a founding act. Contemporary democratic constitutionalism is also reshaped by social changes which affects the state. The latter seeks to improve democracy and increase the values related to freedom. By focusing on the practical and political consequences of its decisions, Justice participates in the transitional path and provides jurisdiction in an activist, pragmatic and consequentialist context. There are similarities between this post-modern model of the state and that of the Ancient Greece, which justifies a partial reestablishment of the Hellenic lessons. In both periods prevails the idea of contingency, which helps in understanding social rights as norms backing expectations for a happy life.

KEYWORDS: Democracy • Transitional and transformative Constitutionalism • New pragmatic jurisdiction • Post-modernity.

El Constitucionalismo Contemporáneo: transición democrática y la transformación de la sociedad. Las diferencias e identidades en el mundo posmoderno

CONTENIDOS: 1 Introducción • 2 Desde el constitucionalismo posmoderno hasta el pre-socrático: en el flujo de la política todo es exacto “como dos y dos son cinco”. 3 Las distinciones y similitudes entre el constitucionalismo de transición y el constitucionalismo transformador • 4 Constitucionalismo de Transición como un modelo de (re)creación política de un régimen democrático • 5 El constitucionalismo transformador y la estabilidad dinámica de ajustes que exploran la realidad democrática • 6 Conclusión • 7 Referencias.

RESUMEN: Los regímenes políticos contemporáneos y los sistemas constitucionales democráticos no dejan espacio para conceptos absolutos. La creación de un Estado en la posmodernidad surge de un proceso de transición en lugar de un acto fundacional inmediato. El constitucionalismo democrático contemporáneo también informase desde la sociedad en constante cambio, transformación que afecta la orden del Estado que busca mejorar la democracia y expandir los valores de la libertad. El Poder Judicial, a través de la jurisdicción tópica participa del camino de transición, presta la jurisdicción en un contexto activista y pragmático-consecuencialista. Igualmente, hay similitudes entre este modelo posmoderno de Estado con el modelo de la antigüedad griega a, lo que justifica el retorno parcial a la República Helénica, ya que en ambos períodos prevalecen posibilidad, que ayuda a la comprensión de los derechos sociales como normas de expectativa de una vida feliz.

PALABRAS CLAVE: Democracia • Constitucionalismo de transición y de transformación • Nueva jurisdicción tópica • Posmodernidad.

1 Introdução

Todo o conjunto - de ideias e conceitos - que vigorou até agora, as próprias relações do mundo, se dissolvem e desmoronam... 1806.

HEGEL *apud* **KOJÈVE**, 2002, p. 5

A argumentação hipotética pós-moderna reconhece, contemporaneamente, um modelo de concepção estatal diferenciado, incluso na noção de mobilidade e continuum do Estado, no lugar da imagem clássica de criação da sociedade política mediante um ato fundacional, atestado por um poder constituinte originário.

A partir dessa conjectura, pretende-se investigar, analiticamente, dois temas associados à mobilidade do regime estatal: o constitucionalismo transitivo (de transição) no que se agrega ao movimento político de passagem de um regime de arbítrio que se dissolve para outro de uma sociedade democrática; e o constitucionalismo transformativo (de transformação ou intransitivo), assim entendido como aquele que, a partir de um regime jurídico-democrático, modifica a sociedade, permanentemente, sem fraturas com os pressupostos de liberdade. Em ambos os casos se acolhe, desde logo, a forte influência da Política sobre a esfera do Direito, mormente pela diluição de suas categorias, bastante flexibilizadas nos tempos atuais.

Comporta dizer que esses objetivos serão alcançados com o recurso dos ensinamentos da antiguidade, posto que essa se põe forte na ideia de fluxo, em tudo semelhante aos fenômenos que se quer investigar. Dentro dessa nova perspectiva, entende-se como plausível a existência de um fio condutor entre o passado vivenciado pelo mundo pré-socrático e o mundo pós-moderno, uma vez que ambos concebem a dinamicidade e preocupam-se, fragmentadamente, com o agir humano e democrático.

Tendo em conta a informação disponível, a metodologia empregada seguirá o método indutivo ou regressivo e a fonte de pesquisa adotará as referências como seu principal farol.

Outrossim, para esses escopos, a investigação utilizará a dialética ao reconhecer diferentes níveis de liberdade, bem como estabelecer verdades parciais, seja quanto à formação da democracia na sociedade política, concretização de direitos sócio-políticos, seja para a refutação ou o desenvolvimento de conceitos que marcarão o percurso.

2 Do constitucionalismo pós-moderno ao pré-socrático: no fluxo da Política, tudo é certo como “como dois e dois são cinco”

Inicialmente, denuncia-se a inconsistência do Estado Moderno pela experiência de transpor o modelo das Ciências Exatas para o Direito, desconsiderando que as previsões no Direito e na Política consubstanciam-se na possibilidade e “em relações incessantemente mutáveis” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 399).

O enfeitamento do Estado Moderno foi acompanhado de sua natureza dogmática, então amparada na clareza e na distinção cartesianas, bem como em graus de evidência empírica que serviam de limites intransponíveis às demais espécies de entendimento.

Por conseguinte, após percurso no qual foram aventadas diversas teses que rematam paradigmas tradicionais, tais como a “morte de Deus” (NIETZSCHE apud ZATERKA, 1996, p. 83), a chegada ao “fim da arte” (DANTON, 2005, p. 3-18), a “morte do método” (STRECK, 2012, p. 39) e o “fim da história” (KOJEVE apud ROTH, 1985, p. 295), enfatiza-se o advento da pós-modernidade, fase histórico-contemporânea na qual “nothing can be known for certain”¹ (MASSEY, 2007, p. 166).

O ponto de curvatura marcante do fim da modernidade rodeia, no Pacífico asiático, os eventos conclusivos da II Guerra Mundial. O Estado Moderno foi, factualmente, demolido por dois ruidosos artefatos nucleares cujos clarões revelaram ao mundo a entrada na nova-modernidade, inaugurando fase de relativização e mobilidade, seja social, seja política, seja jurídica. Assim sendo, no mundo contemporâneo da pós-modernidade, aqueles conceitos do Estado Moderno, tais como “soberania, cidadania, contrato social, constituição e legalidade, representação, parlamentarismo e magistraturas etc. – são esvaziados de sua substância” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 435).

Não poderia ser de outra forma: o modelo normativo sistemático, encimado por Poderes Constituintes originário e derivado organizados, bem definidos no espaço e no tempo, sofreu o impulso dessas mudanças. À luz dessas reflexões, assevera-se que o constitucionalismo de base norte-americana se mostra em vias de ser ultrapassado ao se destinar à consolidação de um projeto de Estado no qual o povo, *we the people* não altera o regime político, salvo pela violência, ou seja, nesse perfil o regime político decai somente por uma revolução, um golpe ou uma ação de força externa.

Assim acontece porque no perfil constitucional estadunidense as mudanças estatais se apoiam nas emendas ou na jurisprudência (mutação constitucional), não

1 “Nada se pode assumir com certeza” (tradução nossa).

admitindo a transição exigida, atualmente, em países que almejam a criação do novo a partir do existente.

Diferentemente do padrão norte-americano, o modelo do constitucionalismo desenvolvido após o término da II Guerra Mundial não pressupõe uma ruptura fundacional, nem se escora com vigor na mutação constitucional, mas numa transição política continuada, tempo cronológico da “terceira onda do constitucionalismo” (TEITEL, 2011, p. 57) na qual há simultânea convivência da ordem que desaparece e daquela que toma o seu lugar.

Nesse contexto, no caminho da democratização, o concertado convívio normativo de duas ordens constitucionais busca repelir tanto formalmente quanto materialmente o totalitarismo, as ditaduras de esquerda e de direita, as monarquias absolutistas e regimes despóticos, alhures e na América Latina. O arquétipo da nova-modernidade nega vigência às palavras de força que denotam imutabilidade. A grosso modo, a pós-modernidade se relaciona com a democracia, pois acontece com a proposta da diferença, da aceitação de oscilações em todos os campos do conhecimento, assumindo a contingência dos valores, a multiplicidade e o movimento, inclusive sob a ótica dinâmico-fundacional da criação do Estado e de seu desenvolvimento.

Disso resulta que a estrutura sobre a qual se encontra o Direito não mais consiste de um paradigma rígido, deforma-se a hermenêutica constitucional cujo empenho na direção da justiça custeia-se pela perda da segurança e da verdade, devido à interpretação discricionária de normas abertas que, somadas a outros expedientes, inclusive sofisticados, aproximam o Direito da Política. Por essas razões, aceita-se, na contemporaneidade, a justaposição da ideia de mudança do Estado à expressão plástica, pois o perfil do pós exige o convívio com o mundo no qual prevalecem conceitos dobráveis, a dúvida e o antagonismo, características inseridas no Direito pela politização levada a efeito pelos agentes estatais, mormente aqueles que fazem parte do Poder Judiciário.

Vista dessa forma, a pós-modernidade admite, no lugar da certeza, um mundo de possibilidades (KOJÈVE, 2002, p. 344) e, por tudo isso, é preciso “percorrer o caminho em direção inversa” no sentido dos antigos, uma volta às fontes (GOYARD-FABRE, 2002, p. 470), para que seja construída a síntese do conhecimento atual com o dos gregos que inspiram a relativização, a ponderação e os princípios.

Acerca dos princípios, bastante em voga atualmente, tiveram seu primeiro uso ainda no mundo pré-socrático. Para Anaximandro de Mileto (547 a 610 a.C.), o primeiro a empregar a palavra princípio, seu uso mirava no auxílio e na compreensão

das coisas, pois deveria haver em tudo um princípio que lhes fosse anterior. Anaximandro ao utilizar a palavra arké (origem, princípio) tentava compreender o mundo onde “tudo é princípio ou procede de um princípio” (BORNHEIM, 1977, p. 24-25).

No ensinamento grego, a chave da leitura contemporânea tem seu alicerce, por menorizadamente, na medida em que suas vigas mestras não se edificam com a certeza do procedimento ou da estabilidade tão caros à ultrapassada era moderna, mas sim pelo presente e atual fluxo heraclítico – ou *panta rhei*, tudo está em movimento – na obscuridade da linguagem e no domínio do duplo sentido das palavras (BLANCHOT, 2007, p. 12), movimento atualizado na Política e no Direito Constitucional sob a nomenclatura do que se costuma chamar de textura aberta das normas principiológicas, cujo entendimento irrefletido se abre às práticas da injustiça.

Na pós-modernidade, a soma de dois e dois pode totalizar quatro, mas o adequado pode ser cinco, pois não há mais conhecimento definitivo, nem interpretações factuais ou normativas verdadeiras, quase tudo se submete à valoração do momento histórico, no qual a subjetividade sai vitoriosa frente ao ideal da objetividade, ou seja, há enorme força para a subjetivação na Política e no Direito, fazendo surgir a ambiguidade, a dúvida e as contradições.

Apesar do resultado da equação pós-moderna conduzir a um desvio no modo de pensar o mundo, e a despeito da generalizada agitação compartilhada pela falta de segurança jurídica, a sociedade política, tendencialmente, se torna lentamente mais livre, primeiro pela constituição de uma comunidade de pessoas livres, seguida pela edificação de um mercado global participativo, e, segundo, pela (re)construção do agora que, sobre os epitáfios da modernidade, faz erigir a nova compreensão da vida política-jurídica.

Nessa trilha, o homem hodierno deixa de ser alguém e passa a ser pessoa, constrói seu discurso, argumenta, faz política em escala global, e o valor democracia se propaga pelos cinco continentes, consolidando o direito à democracia sobre os escombros de paradigmas desconstruídos ou mesmo sobre aqueles que tiveram seus eixos deslocados.

Não se deve ignorar que a pós-modernidade, em galopante avanço tecnológico, torna plausível o advento do homem cosmopolita que, como o viajante imóvel criado por Luciano Trigo (2001, p. 1), está aberto à informação e ansioso pelo alargamento do conhecimento, trocando informações e realizando mudanças.

3 Distinções e similitudes entre o constitucionalismo de transição (transitivo) e o constitucionalismo de transformação (transformativo)

Inicialmente, adverte-se, com Habermas (2007, p. 154), que “as terminologias estão longe de ser inocentes, elas sugerem determinado modo de ver”. Soma-se à essa questão habermasiana o problema da interpretação das palavras, bem como o contexto da exegese e a própria instabilidade da escrita. Assim, não é fácil determinar o que se propõe, pois sem convenções haverá muitos e abalizados argumentos contrários.

Não se isenta de dificuldade a conceituação dos constitucionalismos de transformação e de transição. Delimitar cada um desses modelos de retificação conforma uma tarefa complexa. Se, por um lado, os limites cronológicos e as manifestações generalizantes podem levar às simplificações, noutra face, o detalhamento exagerado de cada uma das figuras pode ser prejudicial ao entendimento. Deve-se atentar para não se aproximar o que é possível diferenciar, nem distinguir, nos traços semelhantes.

Embora se possa tratar com identidade ambas as figuras, pretende-se perquirir algumas discriminações, mesmo que provisórias, entre transformação e transição, tudo pela necessidade de compreensão de fenômenos que corrigem continuamente a vida na sociedade contemporânea. Por conta da aproximação conceitual, alude-se à ideia de que os fenômenos em estudo comportam-se como semelhanças de família “que se sobrepõem uma às outras e se entrecruzam” (WITTGENSTEIN, 2005, p. 52), formando uma complicada rede.

O significado próprio da palavra transição denota movimentar de um lugar para outro, variar substancialmente. Transição leva a outro estágio, altera-se deixando marca ou rastro, implica em um caminho cujo percurso final terá modificado o original, efetiva-se em um corte político cujo processo tem início no passado histórico e, sem descuidá-lo, considera o presente para a construção de um futuro regime democrático.

Desigualmente, a transformação de algo, condiz com permanecendo no mesmo com outra roupagem, sem ruptura na essência. A transformação é menos pujante que a transição, satisfaz-se com a adequação contínua do presente, com a atualização do modelo, amolda-se, progressivamente, sem negar a obra jurídico-política construída. Assim, configura um fenômeno de mudança persistente, pela qual prevalece a existência de uma ordem político-constitucional. O ciclo de transformação é contínuo e indefinido, não há abertura para um corte no regime político, ou seja, nesse entendimento a transformação é intransitiva.

A par disso, reconhece-se as distinções entre transição e transformação: na transição há preponderância da práxis política, enquanto que na transformação, diferentemente, o monóculo se volta para a interpretação jurídica que habilita o ciclo social e econômico. Dessa convicção decorre o entendimento no sentido de que ambas, quanto ao aspecto político-constitucional, conformam quididades distintas que almejam, imbricadamente ou não, a realização do ser humano pela mudança, a partir de um regime ditatorial, para ou numa sociedade democrática: a transformação pelo Direito e a transição pela Política.

Com efeito, o constitucionalismo intransitivo adorna respeito ao deontologismo e, por essa razão, na atualidade, granjeia-se importância à Constituição e a sua interpretação. Dessa constatação dimana o apego à hermenêutica transformativa, segundo a exegese dos valores constitucionais e as normas dirigentes que almejam prever o futuro. Por outro lado, no constitucionalismo de transição, mitiga-se essa face deontológica, suplantada pela força do fato social impulsionado pelo telos político que busca romper com a ordem em vigor e estabelecer a democracia, símbolo que não carece de interpretação ao representar o pilar que edifica por si mesma a transição. Portanto, a democracia consiste de elemento suficiente para motivar a ideologia de mudança transicional e direcionar comportamentos ao arrepio da ordem vigente. Por assim dizer, na transição constitucional, há desvitalização do Direito, ultrapassado pela marcha do tempo, uma vez que inadequado para resolver os problemas políticos do momento.

Nesse caminho, aspira-se a transição para a vivência de uma experiência de liberdade e, ao seu lado, realiza-se a transformação para uma experiência de mudança social. Mesmo que às vezes gerando antagonismo, ambas determinam-se pelo movimento e aspiração de harmonia na Política, no Direito e na vida social.

O constitucionalismo de transição expira com a constituição de índole democrática e, ao final do percurso político, assegura a dinâmica estabilidade. A metáfora da ponte (LANGA, 2006, p. 2) toa com a sociedade em transição para esta zona de conforto e estabilidade. Sentido distinto, na transformação, opera-se em zona de razoável equilíbrio, atmosfera necessária ao próprio desenvolvimento e avanço social.

Dessa feita, diferentemente da transição, a transformação constitucional consagra uma categoria estruturada em uma sequência de acontecimentos fundados num esquema normativo razoavelmente ordenado e numa constituição em vigor que sofre modificações e pleiteia o desenvolvimento social. Portanto, o constitucionalis-

mo transformador relaciona-se menos com a noção de *societas* e bastante com a de *societas generis humanus* – condição humana (ARENDT, 2011, p. 27-28).

A despeito das diferenças, há semelhança entre tais modelos, posto pugnarem por mudanças, através da dialética. Mesmo que em níveis diferentes, ambos se situam em dimensões de liberdade que conformam o ambiente imprescindível para o funcionamento dessas modificações, ou seja, a transição e a transformação consistem de alterações que se suportam em bases legítimas de justificação e que, porventura, poderão se apresentar como semelhantes “pelo fato de terem aparecido juntas num certo contexto” (ECO, 2012, p. 55).

Nessa seta, as hipóteses que identificam o constitucionalismo de transição e de transformação não impedem que provenham de gênese comum e se assemelhem pelo contexto, mas difiram pelo movimento, no modelo de transformação pela manutenção do regime e pelo desenvolvimento social, ao passo que na silhueta da transição pelo giro para outra substância de regime (construção de outro regime político). Daí desponta a importância do constitucionalismo de transição para a transformação, a gênese da transição pode coincidir, inicialmente, com a transformação e com ela conviver sub-repticiamente.

Na marca da diferença entre os conceitos, uma vez acordada a existência da transformação e da transição na mesma comunidade política, ambas incidirão sobre a mesma sociedade que irá transitar e se autotransformar, simultaneamente. Nesse passo, no seio da transição haverá o modelo de transformação e, nesta, a possibilidade de quebraçura do regime político, paulatinamente.

Evidencia-se, na transformação, a substituição do protagonismo político pelo coadjuvante jurídico, podendo, no percurso dos interesses humanos, surgir novo rompimento e a inversão de papéis. Por tudo isso, transição e transformação estão sujeitos às alterações, não são atemporais, nem verdades absolutas, existem no tempo e se submetem ao transcurso da história. A clivagem entre transformação social e transição política alcança apenas o plano funcional e teleológico dos conceitos, não havendo distinções cronológicas absolutas entre esses. Ainda nessa aproximação, há pontos de contacto eventuais que, com sinergia democrática, poderão alterar a realidade. Seus movimentos não são paralelos, as oscilações históricas não impedem que se atravessem, para logo em seguida se diferenciarem.

Diante dessas constatações, também se pode afirmar que há traços de aproximação no mundo sensível, deve-se mesmo considerar que o constitucionalismo de transição e o constitucionalismo de transformação não dão conta, individualmente,

de todos os aspectos de mudança política e econômica contemporâneas em uma sociedade. De qualquer modo, a vivacidade, e não o repouso social ou político, faz parte dessas espécies de constitucionalismo que corroboram a lição de que “uma sociedade que não se modifica é uma sociedade morta”(CHABROT, 2002, p. 8).

Por certo, o Constitucionalismo de transição visa à (re)construção de um Estado democrático mediante a diluição política de um regime ditatorial. O constitucionalismo de transformação se movimenta na manutenção do Estado democrático dinamicamente estável, segundo um projeto, preponderantemente, deontológico de desenvolvimento social.

4 Transição constitucional enquanto modelo político de (re)criação de um regime democrático

Tendo em conta que o constitucionalismo de transição visa à (re)construção de um Estado mediante a diluição política de um regime, deve-se ter como premissa a possibilidade de edificação de uma nova ordem e, nesse detalhe, menos dúvida há acerca dessa viabilidade, posto que esse objeto se põe ao alcance do entendimento e das mãos humanas, tanto para erigir um Estado ditatorial, quanto, como se trata nesta investigação, para a construção de um Estado democrático de liberdade e igualdade.

Pela aparência confinada da linguística, a transição significa *medias res* (KHA-TIWADA, 2008, p. 3), ou seja, algo no meio das coisas, entre um regime político de força que se presume em caimento e o novo que se quer estabelecido, porque democrático. Acrescenta-se, nessa fronteira curta, que a definição de transição versa sobre um intervalo entre regimes políticos (O'DONNELL & SCHMITTER *apud* TEITEL, 1997, p. 2013). Ademais, o regime em degeneração carece de adesão social e, logo, de legitimidade, mas o novo regime granjeia o apoio popular e desse apoio nasce a justificativa social para a alteração.

A “transição do latim *transitio*”: significa “passagem”, nesse sentido Christophe Chabrot pretende dizer que a “transição constitucional se analisa como a passagem de um texto constitucional a outro, dentro de um contexto histórico” (2003, p. 1), o que por si só afasta a determinação de um ato fundacional do Estado, em seu lugar surge a ideia de *caminho e tempo percorrido*.

Nessa coloração, o Poder Constituinte clássico de natureza fundacional, sem utilidade, cede lugar para o Poder Constituinte transicional que ao final terá vergado a ordem vigente. Assim, a criação do regime democrático supõe a negação do regime ditatorial em vigor, aniquilado paulatinamente na sua essencialidade.

Por conta disso, o entendimento prevalecente de ordem constitucional que governa a doutrina e jurisprudência brasileiras de matiz kelseniana e/ou de índole norte-americana se mostra desatualizado, posto que se reconhece, dogmaticamente, a existência de um único fundamento de validade para a ordem jurídica, entendida como “um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade” (KELSEN, 2000, p. 33). Diferentemente desse feito, na fase transicional convivem duas ordens jurídicas, acontecimento assinalado pelo cálculo das consequências em face do risco de convulsão que a transição quer evitar pela ação política, levando-se capacidade de *tensionamento prescritivo* (SCHAUER, 2002, p. 2) à nova ordem que, com vagar, se torna apta para alterar e orientar o comportamento das pessoas e direcionar a tomada de decisões, regulando e constituindo a transição.

A fase de transição recebe influências fáticas, jurisdicionais e de atos sociais, resultando na construção do *bloco material de constitucionalidade* do nominado constitucionalismo de transição, curiosamente inacabado na medida em que se coloca como uma charneira (CHABROT, 2002, p. 1) entre dois regimes políticos.

Uma acepção do constitucionalismo de transição, a partir da prospecção de Jiunn-Rong Yeh e Wen-Chen Chang (2009, p. 145-183), pode ser proposta nos seguintes termos:

É o concerto político-jurídico temporário firmado em período de tensão política que entre dois regimes evita ou substitui a deflagração de movimento social violento, sua finalidade consiste no (re)estabelecimento da democracia com razoável estabilidade, para gerir uma agenda de mudança e facilitar a integração social.

Dentro desses estreitos, o cerne do modelo de transição constitucional por transição fixa-se em duas causas legitimadoras: no acordo político-jurídico que evita a deflagração ou substitui a atuação de um movimento impetuoso; e no seu requisito teleológico, ao visar ao (re)estabelecimento da democracia em nível de razoável estabilidade promovendo uma agenda de mudança da sociedade.

Com efeito, forte na esfera política, durante a transição, a sociedade e seus atores propendem romper com um regime autoritário com vistas a viabilizar a mudança na direção da democracia e, consequentemente, organizar instituições legítimas para o exercício do poder estatal, sem prejuízo de serem estabelecidas, subsidiariamente, as primeiras estruturas da futura ordem a ser operada segundo distinta divisão de bens e de poder.

Frente a tudo isso, pode-se inferir que, uma vez estabelecido o regime democrático e cessado o *vortex* político de criação do novo regime, não haveria que se falar mais em transição política, pois exaurida uma de suas causas específicas, necessária para a conceituação que se adota: o impedimento à deflagração de movimento social violento.

Afasta-se, igualmente, a designação transicional proposta na falta do segundo fator, o teleológico, qual seja, a intenção de estabelecer um regime democrático, razoavelmente estável.

A partir da satisfação da transição constitucional, o fim perseguido será aquele conveniente às mudanças de uma sociedade democrática. Desse modo, o constitucionalismo de transição de perfil político se exaure, dando ensejo às transformações, como, *e.g.*, a informativa, a econômica, a cultural e a social que se caracterizam por sua natureza de permanente mutabilidade.

Noutro ângulo, no aspecto da concepção normativa, a transição pode se iniciar por meio: de processos de emenda que estreiam a fragilização da Carta autoritária em vigor; da promulgação de uma Constituição Provisória, perfil seguido pela África do Sul na saída do regime de apartheid (TEITEL, 1997, p. 2059), até a elaboração de outra democrática; de Atos Constitucionais; e/ou de Pactos Políticos.

Em todas as hipóteses, a legalidade e a constitucionalidade cedem lugar à legitimidade, o político e o social se expandem brotando o constitucionalismo transicional.

São muitos os exemplos de transições constitucionais, marcas históricas, a partir da década de quarenta do século XX, assinalam a experiência Francesa (WACHOWICZ, 2004, p. 86-93), a experiência Italiana, e a saída da ditadura Espanhola.

Na Espanha o processo de democratização reconheceu o Pacto de Moncloa como espécie de legislação produzida fora do Parlamento, peculiar meio de preencher o vazio jurídico pela ação política. Cabe evidenciar que, no percurso transicional, a supremacia da vontade política, consensualmente estabelecida, se sobrepõe ao direito legislado para evitar crises ou evitar retrocessos políticos.

4.1 Transição político-constitucional no Brasil: a partida do Regime Militar e a chegada na Constituição de 1988

No que revela o processo de redemocratização brasileiro, fomentou-se a transição a partir do fim da década de sessenta do século passado. A sociedade civil, mobilizada pelo desejo de mudanças, levou à edificação do regime de liberdade política atual. Entretanto, a transição brasileira não foi determinada apenas pela

vontade de modificação, mas também pela negação retórica do regime ditatorial e pelo convencimento ideológico de um futuro democrático que, acoplados à ação social, fizeram girar a roda da história.

A redemocratização brasileira vivenciou um poder constituinte de transição cujo momento inicial ocorre com a edição do Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro de 1978, que, ao revogar os atos de banimento de brasileiros, deu início à lenta mudança de regime ditatorial para o democrático.

Esse decreto anuncia a firme intenção do regime ditatorial de encetar uma transição por transação – ou conciliada – ao avalizar o entendimento 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.

Nesse contexto, não se pode descuidar que o motivo que impulsionou a elaboração da referida Emenda se sustentava no processo de retorno à democracia que não seria alcançado com a persistência de brasileiros na situação de banidos.

Vale consignar, o Decreto nº 82.960 de 1978, não a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, (Lei de Anistia) editada no ano seguinte, foi o primeiro Ato de transição expedido pelo Regime Militar, exatamente por sua aptidão de desviar-se na direção da redemocratização com a extinção do banimento e o retorno de brasileiros ao território nacional, e, por consequência, alavancando o jogo político democrático.

Por outro lado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, distintamente, marca o lapso de migração da ditadura para a democracia pelo advento da Lei da Anistia, deste modo, *in expressis*:

A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. [...] É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada de 1979". (BRASIL, 2010)

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro auxilia a compreensão de que, nessa época, o regime autoritário brasileiro vivenciava uma fase na qual se mostrava claudicante e estimulado à negociar a abertura com o corpo político civil, inclusive composto por ex-banidos.

Noutro viés, além do marco inicial da fase transicional brasileira, necessário se faz identificar o momento de ponto de não retorno – *no returning point*, a partir do qual prevalece o novo e as decisões caminham, inarredavelmente, para a

legitimação democrática. Opta-se por afastar a data da promulgação da Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição de 1967/69 como significativa para balizar a inflexão de regime ditatorial para o democrático. No Brasil, esta curvatura sobreveio com a posse de Presidente civil, eleito, ainda, sob a égide do constitucionalismo de transição.

No aspecto normativo, a transição brasileira conviveu com inúmeros atos constitucionais de transição no percurso do tempo, erigindo-se o que se denominou de bloco constitucional de transição brasileiro e não uma única norma transicional ou uma singela constituição temporária.

Particularmente, a transição brasileira, fincou alicerces na fase final, no acúmulo de funções legislativas e constituintes nos mesmos membros do Congresso Nacional. Esta configuração de Congresso Constituinte, em lugar de uma Assembleia Constituinte, reduziu os espaços de atrito entre o poder militar em liquefação e o novo poder democrático em solidificação, o que auxiliou o acordo político para a transição constitucional brasileira.

Questão acicata versa sobre a natureza da Constituição brasileira em vigor. Teitel (1997, p. 2061-2071) sustenta seu caráter provisório, provisional - e o afirma reunindo-a às demais constituições transicionais da América Latina que serviram para a mediação do regime militar para o civil. Essa interpretação advém da inteligência da cláusula de revisão constitucional brasileira inscrita no Art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, segundo a autora citada, se trata de disposição representativa da falta de consolidação do regime político, não fazendo sentido insistir na permanência constitucional, mas, ao contrário, na sua transitoriedade. Essa linha argumentativa não contradiz com sua opção doutrinária quando adere a 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, elo de passagem entre a Revolução norte-americana e a promulgação de sua Constituição

A partir dessa análise, poder-se-ia atinar que todas as constituições conformam com o constitucionalismo de transição, basta que se filiem à espécie genérica de transição teiteliana, ou seja, que se considere, no contexto de transição, a fase de elaboração da constituição, mesmo que fundacional. Noutra fenda, além do conceito de transição, anota-se que sua definição de constitucionalismo é bastante dilatada, a propósito, o seu parâmetro de investigação consiste na politéia aristotélica (TEITEL, 2011, p. 57), contribuindo para a cognição de que a autora opta por um

constitucionalismo unicamente material, sem apego à forma. Em suma, suas conjecturas caminham em duas direções: a primeira para o largo conceito de transição e a segunda para um amplo conceito de constitucionalismo.

Teitel (1997, p. 2061) descreve outros dois fundamentos na identificação do constitucionalismo brasileiro transicional: os limites do Estado de Sítio e do Estado de Defesa, encontrados no artigo 136 (Estado de Defesa) e no artigo 137 (Estado de Sítio) da Constituição, bem como no poder do Presidente da República para editar medidas provisórias - *provisional measures*, conforme o artigo 62, todos da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

Sobre esses argumentos, adverte-se que suas duas fundamentações não se alinham com as possibilidades de alteração de regime político: no caso da medida de Defesa e das medidas de Sítio, comportam cláusulas que, inversamente ao pretendido pela autora, aspiram manter o regime democrático e não atravessar a ponte para à democracia, pois o manejo do Direito excepcional não vigora durante regime ditatorial. Por seu turno, a medida provisória se aproxima a um veículo normativo infraconstitucional equipotente a uma lei ordinária, inábil para modificar o regime político ou fazê-lo decair.

Como se vê, a especificação do modelo transicional ao constitucionalismo brasileiro, em vigor, converge a uma leitura fundada em visão larga de constitucionalismo, somada ao não menos dilatado conceito de transição.

4.2 Poder Judiciário de transição: o pensamento tópico problemático encontra seu espaço na jurisdição constitucional

No contexto transicional, a norma constitucional do regime totalitário se torna juridicamente rarefeita, seu espaço normativo cede à prevalência de decisões políticas e, no lugar da vocação de durabilidade, se aposta no Direito temporário e na especulação do que será constituído quando advier a estabilidade democrática.

Nesse plano, o papel do Poder Judiciário é determinante ao encerrar parte do acordo político de construção do caminho por onde passarão as questões de uma sociedade em movimento, mormente aqueles litígios jurídico-políticos que não encontram solução política e normativa por meio do bloco de constitucionalidade transicional. Esses conflitos políticos, eventualmente, insolúveis podem ser solucionados pelo Poder Judiciário, com olhar no apaziguamento de relações políticas aporéticas. Nesse particular surge o Poder Judiciário atuando topicamente para fornecer

indicações aos agentes políticos de como não interromper um processo que visa a caminhar para a democratização do regime.

Deve-se anotar que, para Calvin Massey (2007, p. 230-231), na pós-modernidade, se reconhece a decisão judicial como um julgamento político e esta característica se tornará cada vez mais pronunciada quanto mais pós-moderno o mundo se tornar. Na transição, os políticos dirigem o processo de mudança do regime, e o Poder Judiciário tópico presta jurisdição de acompanhamento. O relevante papel do Poder Judiciário se deve a essa singular aptidão para solucionar aporias políticas, exercer a jurisdição tópica com autoridade legitimada nos fatos, enquanto não sobrevier a nova ordem que confirmará ou não suas decisões.

Dessa feita, a jurisdição tópica se autentica pela solução de problemas, pois governada pelo sentido prático dos acontecimentos da realidade social. O Poder Judiciário se alinha à corrente empírica e se afasta, cautelarmente, da ordem normativa totalitária em vigor, colaborando com sua desconstrução.

Essa conduta de afastamento, levada a efeito pelo Poder Judiciário com opção pelo empirismo, acede ao apreendido pela professora Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 99-101) ao assentar que no “mundo empírico” há prevalência conferida “à dimensão normativa fundada na realidade social”, à “normatividade dos fatos e às consequências da decisão”.

Com efeito, nesse contexto, o Poder Judiciário tópico empirista, sem atenção à normatividade vigente, conforma o caminho democrático, fundando suas decisões na realidade social, resolvendo questões de difícil solução pela esfera política. Não se pode desconhecer que, ínsito à transição constitucional, o argumento pragmático valida a mudança de ordem, ao possibilitar o deslocamento de uma realidade para outra (PERELMAN, 1999, p. 11-14).

A importância do Poder Judiciário transicional se faz presente pelo exercício desse *múnus* tópico-constitucional, onde a jurisdição tópica evita o aparecimento de hiato decisional, regulamenta comportamentos e, ao mesmo tempo, contribui para a construção da nova ordem democrática.

Por tudo isso, o ativismo tópico pode ser compreendido como aquela jurisdição que se volta à solução de problemas em desapareço à ordem normativa totalitária e, tendo em conta as consequências de suas decisões, visa à democratização do regime. Nesse sentido, o ativismo tópico se harmoniza com a transição de regime ao facilitar o processo de retorno à democracia.

Na órbita temporal, o empanamento da constituição vigente e a falta de sua juridicidade são compensados pela decisão judicial. Cumpre atentar que a transição configura uma revolução acordada na qual o Poder Judicial exerce a última função retificadora para o caminho democrático. Destarte, a jurisdição ativista tópica auferere natureza, preponderantemente, política, perdendo seu grau de imparcialidade. Ainda sobre o ativismo judicial tópico, afirma-se sua utilidade durante o período de crise política transicional e, por vezes, seu único mecanismo de segurança e controle.

Precisa-se ter em conta que se trata de uma jurisdição constitucional que catapulta o Poder Judiciário (Suprema Corte) momentaneamente à posição de supremo poder político do Estado e, se empregada, ordinariamente, durante o período de estabilidade democrática, compromete o princípio democrático. Isso porque o ativismo tópico é factual e consequencialista, pois reduz a importância da norma legislada, inclusive do próprio texto constitucional.

Nesse sentido, sem *accountability* ou controle popular, bem como sem o incremento do poder dos Poderes eleitos, o ativismo tópico tende a servir à ideologia de grupos com acesso à formação da decisão judicial, e não à democracia, enquanto governo da maioria. Por conta dessa preocupação, a jurisdição tópica serve exclusivamente ao excepcional período de transição, dando-lhe mobilidade onde as negociações políticas fracassarem e emperrarem o processo político de democratização.

Desse modo, há uma aliança de forças políticas que se convencionam com a participação inclusiva do Poder Judiciário, somando-se suas decisões ao conjunto de balizas que regulam, juntamente com os acordos políticos, a transição para a democracia.

Releva grifar, as respostas políticas e/ou normativas às decisões judiciais tópicas, confirmando-as ou negando-as, ocorrerão durante a edificação da nova ordem pelos demais Poderes políticos.

5 Constitucionalismo de transformação e a estabilidade dinâmica de ajustes que esquadriham a realidade democrática

Considerando-se que, para Amartya Sen (2009, p. 10), o “desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas”, tem-se que o constitucionalismo de transformação somente gerará mudanças sociais na hipótese de movimentar-se para ampliar o leque de escolhas das pessoas. Essa cobiça será possível se for mantido o Estado Democrático em um nível dinamicamente estável de tranquilidade, bem como se for seguido um projeto deontológico de desenvolvimento estabelecido por um Poder legitimado pelas urnas. Esse desenho configura a

pretensão de um constitucionalismo de transformação, sempre desafiado pela composição do eixo da mudança versus a estabilidade.

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 na transformação, almejando a concretização de direitos econômicos e sociais, segundo necessidades ditadas pela sociedade.

Para o desenvolvimento do constitucionalismo de transformação cuja dimensão se localiza na esfera de liberdade ou mesmo numa ilha de democracia aberta no seio do regime de força, exige-se que o gênero humano tenha razoável autonomia para que seja desperto no corpo social suficiente pressão para criar nas pessoas o desejo de desenvolvimento. Essa visão de mudança encontra seu apoio na lição de Kojève (2002, p. 12), para quem “ao contrário do conhecimento que mantém o homem em quietude passiva, o desejo torna-o inquieto e leva-o à ação”. Dessa forma, a atmosfera democrática com ampla liberdade de informação contamina a sociedade, criando condições de possibilidade para desejar mudanças de toda ordem, pois o espaço da ágora não se contrapõe à esfera do mercado, mas se complementam sob uma constituição que a sociedade presume dinâmica e durável.

No que concerne à transformação normativa, o ímpeto político se rende à ordem jurídica. Assim, fatos e normas se mesclam em importância e impõem um processo de aprofundamento da integração social, inicialmente segundo as bases fundadas ainda durante o constitucionalismo de transição, sucedidas pela política ordinária e, por fim, pela própria ordem constitucional de transformação.

Na transformação, o debate ocupa novos espaços para o enfrentamento de temas ligados à promoção de direitos fundamentais e à potencialidade do Estado como agente dessas transformações (BARROSO, 2010, p. 87). Observa-se, na transformação, um conjunto de tensões que facilitam o desenvolvimento da sociedade, marcada pelas ações planejadas, e não pela ascendência do instinto pragmático da época transicional.

Desse modo, na transformação, abroham oportunidades de democratização para além dos Poderes Públicos, alcançando os partidos políticos, sindicatos e outras associações civis. Todas as relações se alteram para praticar a dialética e cultivar a liberdade, reluzindo nessa nova fase a evidente importância do registro e pu-

blicidade das decisões que, doravante, concorrem para a facilitação da participação do cidadão nos destinos sociais, nascendo um processo circular de alimentação da liberdade e da cidadania.

Todavia, segundo Böckenförde (2000, p. 78), 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. Infere-se que a liberdade política exercida no seio da sociedade dimensiona a grandeza da mudança a ser alcançada, ou seja, através da Política e do Direito vincula-se o agir estatal no viés de promoção da igualdade com dignidade – dignigualdade.

Nesse plano pós-moderno, iniciam-se transformações sociais que repercutem diretamente nos esquemas de pensamento 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.

Na transformação, desponta a importância da intervenção legítima do Estado na área econômica e social, sendo essa ingerência a causa necessária para a operação do desenvolvimento.

5.1 Transformação no Brasil

Não havendo como estratificar as relações sociais de pessoas que desejam alcançar melhor nível de vida e felicidade, no processo de transformação, a liberdade emancipa o fluxo social implicando em demanda constante por mudanças. Em outras palavras, o enlaçamento social se consolida e se aguça para a disputa da felicidade a ser construída pela transformação, disposta através da concretização dos direitos sociais.

Nesse plano de ideias, o campo do constitucionalismo de transformação é jurídico-constitucional, econômico, social e circularmente político na medida em que a “democracia incrementa a democracia” (PILDES, 2011, p. 254).

No caso brasileiro, marca-se o início do processo de transformação pela promulgação da Constituição Democrática de 1988, a partir de então, agora sob a égide do Estado Cidadão no ambiente da nova-modernidade, inicia-se uma fase de mudança legítima da sociedade, mormente segundo interminável reforma imposta à ordem constitucional.

Nesse exercício, confinante ao entendimento lapidar de Pius Langa (2006, p. 3), excogita-se que transformar a sociedade “consiste de uma revolução social e econômica”, conseqüentemente, a transformação impõe atenção aos direitos sociais e econômicos.

No feito do desenvolvimento social, o constitucionalismo de transformação se aproxima da ideia de bloco constitucional dirigente no qual cabe ao Estado servir de agente promotor dos direitos de igualdade.

Nesse contexto, a constituição de transformação pressupõe uma filosofia de ação – de superação da imobilidade constitucional, sem se fazer substituta da Política, pois esta mesma se posiciona como sua premissa (CANOTILHO, 2001, p. 457-466).

Deve-se afirmar que o constitucionalismo dirigente, associado à tese substancialista somada à “acentuação principalista dos direitos desloca para os tribunais a garantia do direito que deveria ser obtida logo no nível da mediação concretizadora do legislador democrático” (CANOTILHO, 2008, p. 214), implicando na imposição, pelo Poder Judiciário, de tarefas, objetivos e finalidades ao legislador democrático, fortificando a juridicidade dos direitos sociais e as transformações da sociedade.

5.2 Poder Judiciário de transformação: ativismo social ou jurisdição de estado de necessidade

Na origem do movimento de materialização dos direitos sociais, deve-se relembra, se encontra a potência administrativa estatal voltada ao acolhimento daquelas pessoas que não gozam plenamente da faculdade de argumentação junto aos Poderes. Carentes dessas capacidades, esvai-se o direito de cada qual à participação efetiva na seara política e disso decorre a perda das vantagens alojadas na esfera econômica, dando-se causa à contundente assimetria nos níveis de reconhecimento social.

Por essa razão, a concretização dos direitos sociais pela Administração tem como alvo aqueles que ainda não gozam de amplo acesso ao ágora (politicamente fracos) nem à praça do mercado (economicamente excluídos). Urge provocar, a quebra do ciclo assimétrico pela materialização de direitos que valem na modalidade depende de, ou seja, direitos discriminados pela baixa tessitura dos modais deontológicos de proibição e de obrigação, dependem da atuação de uma esfera pública compensadora das carências deontológicas. Assim sendo, os direitos sociais são dependentes de políticas públicas, sendo direitos sob probabilidade, submetidos ao planejamento administrativo.

Tudo indica e, o discernimento admite, o enorme privilégio do Poder Executivo para a consecução dos objetivos que visam a favorecer pessoas necessitadas, outra

visão que designasse essa competência a outro Poder implicaria: no risco de aumentar-se o abismo social pela falta de informação técnico-administrativa; esgotar-se o volume orçamentário destinado à realização social; e criar-se o problema de interferência de um poder sobre os demais. Assim, nessa província, a atuação do Poder Executivo transformativo e a suplementar coordenação entre os poderes parecem ser a saída frutífera.

O que ora se trata confirma a ideia de que no constitucionalismo de transformação os juízes estão sob uma constituição e fundamentam suas decisões, não apenas referenciando-as à autoridade, mas às ideias e aos valores (LANGA, 2006, p. 4).

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

6 Conclusão

Assinalar, sob o aspecto político, a passagem controlada de um regime de força para uma sociedade democrática consiste de objeto afeto ao constitucionalismo de transição, comprometido de antemão com a mudança de regime, enquanto que a atualização política, social e econômica no regime democrático se reveste de questão do constitucionalismo de transformação.

Durante fase ditatorial, a conturbação social pela liberalização do regime sugere à transição para o modelo (político) democrático. Nessa alteração, ao se evitar o descomedimento de uma revolução, ter-se-á uma transição transacional. Dessa forma, o constitucionalismo de transição tem partida na instabilidade política em um regime ditatorial, prossegue em um regime político questionado e pusilâmne, e tem chegada na estabilidade política em um regime democrático.

Enquanto que seu congênere, o constitucionalismo transformativo, diferentemente, somente tem partida na estabilidade política dinâmica em um regime de-

mocrático ou numa ilha democrática aberta pelo regime de força, pois se trata de um modelo de retificação, no qual outros caminhos estarão constantemente sendo abertos pelos atores políticos, econômicos e sociais.

De um ponto de vista ligeiro, o legado da transição consiste no alcance da estabilidade política que permite a continuidade na transformação. Adotando-se esse entendimento, não há ligação imperativa entre o constitucionalismo de transição e a concretização de direitos fundamentais de natureza social e econômica, posto que esses encontram maior possibilidade de concretização através de um ordenamento que tenha razoável estabilidade, como no constitucionalismo de transformação.

A esse respeito, a associação imediata da transição se perfaz, preponderantemente, com os direitos políticos. Não é ocioso dizer que a concretização dos demais direitos no constitucionalismo de transição cobre-se de acidentalidade.

Deve ser anunciado que essa proposta não contradiz com o reconhecimento de direitos sociais e outras matérias constantes da agenda de democratização estabelecida durante a transição de um regime ditatorial para o democrático.

Por fim, atualmente, na proximidade do quarto quinquênio deste século XXI, não se vivencia o constitucionalismo de transição no Brasil, mas um intenso movimento transformador, pois inexistem no presente os elementos da transição, quais sejam, a turbacão de um regime ditatorial e a finalidade redemocratizante. Por tudo, apesar de abalizadas posições no sentido contrário, a transição política, nos moldes que se desenhou, não consiste de classificação que tenha similitude com a fase histórica atual.

Por seu turno, a generalização do conceito de transição pode dissipar sua utilidade, levando ao tratamento uniforme onde há quase imperceptível possibilidade de distinção entre os modelos pós-modernos do constitucionalismo de retificação.

Acerca da participação do Poder Judiciário como órgão do constitucionalismo de transição, seu papel marca o que se pode chamar de ativismo tópico, no qual sua legitimidade provém da habilidade para solucionar aporias políticas, exercendo, assim, papel relevante ao desenhar o consenso para o corpo político e social, impedindo a perda de controle na transição e impelindo o processo de democratização.

Não se despreza o alerta, na paulatina aproximação do fim do processo transicional, o Poder Judiciário tende a se posicionar em equilíbrio dinâmico com os demais poderes. Na hipótese de uma transição que caminha para a promoção da transformação com justiça social, o Poder Judiciário se legitima no exercício do ativismo

social que não mais deflui das aporias políticas e sim do estado de necessidade de pessoas que buscam dignidade.

Ao ensejo de conclusão, forçoso ressaltar, há uma clivagem conceitual entre transformação e transição, mesmo que no terreno sensível ocorram, eventualmente, ao mesmo tempo. Portanto, não são conceitos incompatíveis ou excludentes, porquanto não se refiram a mesma matéria, nem compartilhem do mesmo fim.

O constitucionalismo de transformação na pós-modernidade, sucedâneo do constitucionalismo clássico da modernidade, apresenta as melhores condições para a compreensão dos direitos sociais, posto que não opera com as certezas dogmáticas, diga-se que Heráclito, na pós-modernidade, representa a constante perspectiva de mudança que leva em conta a ideia de alteração e movimento, sentidos que comportam a possibilidade de retificação.

Portanto, no contexto contemporâneo de um mundo que se quer pós-moderno, através da transição e da transformação constitucionais, dois e dois pode somar quatro, mas o adequado pode ser cinco e, amanhã, antes pelo contrário, há possibilidade de se mudar de ideia, refutando-se todos os resultados.

7 Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 11. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2011.

BARROSO, Luis Roberto; **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLANCHOT, Maurice. **A conversa infinita – 2: A experiência limite**. Trad. João Moura Jr. São Paulo: Escuta, 2007.

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

BORNHEIM, Gerd A. (Org.). **Os filósofos pré-socráticos**. 3 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1977.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153 / DF - DF. **Diário da Justiça Eletrônico** nº 145 Divulgação 05/08/2010, Publicação em 06/08/2010. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. J. 29/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>>

paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960 >. Acesso em: 4 de setembro de 2013.

_____. Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 4 de setembro de 2013.

_____. Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro de 1978. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1978. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-82960-29-dezembro-1978-432175-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 4 de setembro de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CHABROT, Christophe. **Maître de conférences de Droit public Université Lumière Lyon 2**, Faculté des Sciences Juridiques Vème Séminaire franco-japonais de Droit public, Colmar-Lyon, 4-10 septembre 2002. In: **La Constitution et le Temps**. Ed. L'Hermès, Lyon 2003, pp.95-110. Disponível em: <http://fdsp.univ-lyon2.fr/sites/fdsp/IMG/pdf_Transition_constitutionnelle_2002.pdf>. Acesso em: 08 de junho de 2012.

CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective (March 31, 2009). **National Taiwan University Law Review**, Vol. 4, No. 1, pp.145-183, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1482863>>. Acesso em: 14 de junho de 2012.

DANTON, Arthur. **Unnatural wonders**. Farrar, Straus, Giroux. Trad. Claudio Miklos. New York, 2005, 3/18.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. **Comparative Constitutional Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.

ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação**. Trad. Monica Stahel. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**. New York: Oxford University Press, 2002.

GINSBURG, Tom. **Comparative Constitutional Law**. Research Handbooks in Comparative Law. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e

Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KHATIWADA, Apurba. **Constitutionalism of Transition**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1500826>>. Acesso em: 22 de maio de 2012.

KLOURI, Cesar Marcos. A Liberdade de expressão, o jornalismo cívico e os direitos de personalidade ante a inconstitucionalidade da lei de imprensa. **Lost in Translation: Civic Journalism's Applicability to Newspaper Coverage of the U.S. Supreme Court**. 1998, 1ss, esp. 3 ss. Disponível em: <<http://www.klouri.com.br/artigos.php?n=9>>. Acesso em: 02 de julho de 2012.

KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: 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.

MASSEY, Calvin. **The Constitution in a Postmodern Age**. 64 WASH. & LEE L. REF 165 (2007). Disponível em: <<http://law.wlu.edu/deptimages/Law%20Review/64-1%20Massey%20Article.pdf>>. Acesso em: 19 junho de 2012.

MIRANDA, Jorge. **Revista de Direito do Estado**. Ano 3 n. 9, jan/mar 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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.

FERRARA, Ricardo. **A crise da verdade na pós-modernidade**. Disponível em: <<http://capacidadereflexivaoperante.wordpress.com/2010/05/01/a-crise-da-verdade-na-pos-modernidade/>>. Acesso em: 03 de junho de 2012.

ROTH, Michael S. A Problem of Recognition: Alexandre Kojève and the End of History. **History and Theory**, Vol. 24, No. 3. (Oct., 1985), pp. 293-306. Disponível em: <<http://www.wesleyan.edu/wsa/mroth/a-problem-of-recognition.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2012.

TEITEL, Ruti. **Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation**. Disponível em: <http://www.nyls.edu/user_files/1/3/4/15/102/106%20Yale.pdf>. Acesso em: 04 de junho de 2012.

_____. Ruti. Transitional justice and the transformation of constitutionalism. In: DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. **Comparative Constitutional Law**. Research Handbooks in Comparative Law. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.

TRIGO, Luciano. **O viajante imóvel** - Machado de Assis e o Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *et alii*. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VELOSO, Caetano. **Como dois e dois**. Disponível em: <<http://letras.mus.br/caetano-veloso/44712/>>. Acesso em: 4 de setembro de 2013.

WACHOWICZ, Marcos. **Poder constituinte & Transição Constitucional**. Perspectiva Histórico - Constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Marcos G. Montagnoli. 4. ed. Petrópolis: Vozes Ltda, 2005.

ZATERKA, Luciana. Nietzsche: a “verdade” como ficção. **Cadernos Nietzsche** 1, 1996, p. 83-92. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/gen/pdf/cn_01_05.pdf>. Acesso em: 9 de junho de 2012.