

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR COMO FERRAMENTA DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: UMA ANÁLISE NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM AS A TOOL FOR SOCIAL TRANSFORMATION: AN ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

66

Mônia Clarissa Hennig Leal¹
Bruna Tamiris Gaertner²

RESUMO

O presente trabalho está alinhado com a linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo e possui como foco analisar os contornos da teoria do constitucionalismo transformador e sua aplicação nas conquistas da transformação da sociedade. O objetivo geral é estabelecer um panorama conceitual do constitucionalismo transformador, buscando, a partir da análise do texto constitucional, responder o seguinte problema o que é constitucionalismo transformador e quais os aspectos que o caracterizam como um instrumento de consolidação de um projeto constitucional de efetivação dos direitos no sentido de transformações da sociedade? Assim, para responder ao questionamento do presente trabalho, se utilizará o método de abordagem dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como fonte jurisprudência, livros, artigos e teses sobre o tema. A relevância da presente pesquisa mostra-se pela necessidade de estabelecer-se uma definição sobre o "constitucionalismo transformador" e sua conformação como um instrumento de mudanças na sociedade.

Palavras-chave: Constitucionalismo transformador; Transformação social; Projeto constitucional; Jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This study is aligned with the research area Contemporary Constitutionalism and focuses on analyzing the contours of the theory of transformative constitutionalism and its role in advancing societal transformation. The primary objective is to establish a conceptual framework for transformative constitutionalism, seeking, through an analysis of the constitutional text, to address the following research question: What is transformative constitutionalism, and which aspects characterize it as an instrument for consolidating a constitutional project aimed at the realization of rights and the transformation of society? To answer this question, the study will employ a deductive approach, utilizing bibliographic research methods, with sources including jurisprudence, books, articles, and academic theses on the topic. The relevance of this research stems from the pressing need to define "transformative constitutionalism" and to understand its configuration as a tool for promoting societal change.

Keywords: Transformative constitutionalism; Social transformation; Constitutional project.

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós-doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls). Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. ID Lattes: 6628165246247243. ORCID: 0002-3446-1302

² Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa CAPES - modalidade II. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. ID Lattes: 6480815740938674

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, quais os elementos que a caracterizam o fenômeno do constitucionalismo transformador, assim como entender as mudanças sociais que decorreram a partir dessa teoria.

67

Para a efetivação da pesquisa buscou-se estabelecer um panorama acerca do constitucionalismo transformador, identificando-o como um projeto a longo prazo, centrado na lógica de utilizar a Constituição como ferramenta de transformação da sociedade. Assim, por meio da positivação de normas constitucionais, consideradas transformadoras, se busca garantir a democracia, a redução das desigualdades.

Esse movimento possui especial relevo no contexto da América Latina, em decorrência dos processos de redemocratização ocorridos, principalmente, na segunda metade do século XX, em que houve a promulgação de Constituições que, além de estabelecer as normas orgânicas de funcionamento das instituições do Estado, também passaram a incorporar normas de caráter social.

Por conseguinte, na tentativa de romper com o passado e buscar novos rumos para uma sociedade mais justa, as Constituições acabaram sendo o instrumento de verdadeiras transformações na sociedade. Nesse contexto, o problema que se apresenta à pesquisa é: o que é constitucionalismo transformador e quais os aspectos que o caracterizam como um instrumento de consolidação de um projeto constitucional de efetivação dos direitos no sentido de transformações da sociedade?

A fim de realizar a consecução dos questionamentos propostos, a pesquisa bibliográfica desenvolveu-se com a utilização do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, analisando-se os elementos essenciais ao tema, como a doutrina e a legislação em vigor.

Desta forma, buscou-se, na primeira seção do trabalho, uma construção histórica sobre o desenvolvimento dos regimes até os regimes democráticos que se apresentam na América Latina; já na segunda seção passou-se a estabelecer uma abordagem teórica acerca do “constitucionalismo transformador”, na qual se objetivou a conceituação deste fenômeno.

Por fim, analisando a evolução histórica dos regimes e os avanços nas esferas de proteção da pessoa humana, buscou-se compreender como a teoria do constitucionalismo transformador colaborou nos avanços sociais. Assim, a relevância

do presente trabalho perpassa pela necessidade de se estabelecer uma definição sobre o “constitucionalismo transformador”, e a consequência desse sistema no desenvolvimento e conquista de direitos das sociedades.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E A FIGURA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Em uma breve contextualização histórica, no século XVIII se inicia o movimento de ruptura das monarquias, altamente motivados pelas Revoluções Francesa e a Americana, as quais motivadas por ideias iluministas, puseram fim ao reinado dos Reis. Estes movimentos se tornaram musas para os demais países, onde rompeu-se com a lógica de sistemas autoritários, marcados por reis e rainhas, nobres e clero.

Inicialmente, destaca-se que a lógica de uma lei superior, como a Constituição Federal, munida de um caráter universal, advém com o surgimento da Idade Moderna. Assim, em uma breve contextualização histórica, no século XVIII se inicia o movimento de ruptura das monarquias, altamente motivados pelas Revoluções Francesa³ e a Americana, as quais motivadas por ideias iluministas, puseram fim ao reinado dos Reis. Estes movimentos se tornaram musas para os demais países, onde rompeu-se com a lógica de sistemas autoritários, marcados por reis e rainhas, nobres e clero e deu-se espaço a uma nova classe, os burgueses/comerciantes, que detinha os recursos financeiros, mas não possuíam espaços na tomada de decisões (Leal, 2007, p.7).

A partir desse movimento, somado a ideia do iluminismo, tem-se a criação do Estado de Direito, na qual apresenta como característica maior a supremacia da Lei, ou seja, um sistema baseado em um ordenamento jurídico pautado a todos⁴, sem exceções ao seu cumprimento (Leal, 2007, p. 10). Nesse sentido, o Estado de Direito pode ser classificado como “Estado de derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional” (Böckenförde, 2000, p. 19).

³ Cumpre destacar que, a Revolução Francesa se apresenta como um ícone no processo de ruptura da Monarquia e instauração do Estado de Direito no modelo liberal. Isso porque, além da forma como se pautou a própria morte dos reis, ela mudou os rumos da história, tendo em vista a total reestruturação do perfil da sociedade após a Revolução (Leal, 2007).

⁴ Diversamente ao Sistema Monárquico, em que as normas não valiam aos reis, a lógica do Estado de Direito é a contraposição, na qual as normas abarcam todos os cidadãos daquela jurisdição (Leal, 2007, p.11).

Canotilho (1999, p. 4) explica que o “Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”. Também, pode referir-se ao Estado de Direito como um Estado que, “não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção formal de ordem jurídica, mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição” (Bolzan de Moraes; Streck, 2014, p. 71).

A lógica de um Estado alicerçado no direito, em normas que venham a reger a organização e função do Estado, aqui desmembrando-se da figura do monarca, até então mesclado a imagem do Estado, surge nos Estados ocidentais, como e, após, migra para Continente Americano. Decorrente desse fenômeno, surge o Rule Of Law na Inglaterra, como forma de controlar o Poder da Monarquia. Já na França, a existência do “Estado de legalidade (État legal)”. Na Alemanha constrói-se o princípio do Estado de direito (Rechtsstaat), um Estado subordinado ao direito. Enquanto nos Estado Unidos surge a figura do “Estado Constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição” (Canotilho, 1999, p. 9).

Portanto, depreende-se um movimento em cadeia, com o alicerce nos ideais iluministas, desencadeados pelas Revoluções Francesa e Americana, situações que romperam com a monarquia e criaram uma instituição pautada na lei, com o Estado de Direito. Outrossim, o Estado de Direito passou por diversas fases até chegar no que conhecemos hoje, com o Estado Democrático de Direito, fatores que serão brevemente repassados no presente texto.

Assim, com a queda da monarquia e ascensão dos burgueses, na Revolução Francesa, deu-se início ao Estado de Direito conhecido como Estado Liberal, o qual depreende-se que “Estado Liberal de Direito se apresenta como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana” (Bolzan de Moraes & Streck, 2014, p. 73).

Assim, passa-se a compreender que o Estado não é uma criação Divina, mas sim, uma comunidade que compartilha de interesses, ou seja, formado por um grupo de pessoas que ali vivem, portanto, de comum interesse a todos os indivíduos que ali pertencem. Além disso, importa destacar que nesse movimento, tem-se em conta que o Estado possui limitações, sendo sua tarefa, garantir a liberdade e segurança e propriedade dos indivíduos. (Böckenförde, 2000)

Ainda, continuam os autores (Bolzan de Moraes; Streck, 2014, p. 76) que, a lógica imposta no Estado Liberal, com uma atuação majoritariamente negativa do Estado, ou seja, a vontade popular de não intervenção do Estado – sob os temores do período medieval – nas condutas entre particulares. Como forma de vincular o Estado as obrigações, passa-se a discutir a necessidade de uma lei que tenha poder para vincular o Estado, assim, a legislação “precisa adquirir uma conformação que ultrapassa o mero âmbito legal tradicional”, ou seja, necessita-se de uma lei com caráter constitucional, hierarquicamente superior as demais normas do país⁵ (Leal, 2007, p. 15).

Assim, a Constituição passa a ser uma “força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são” (Lassale, 1988, p. 10). Ademais, na construção Americana da criação constitucional, a qual não decorreu por uma ruptura agressiva, conforme na França, pode-se dizer que a Constituição é utilizada como “carta mestra”, como uma ferramenta para enfrentar algum perigo político naquele período, mantendo as organizações do Estado a salvo. Aliás “es decir, ellos tendieron a identificar algún o algunos grave/s problema/s social/es, y a reconocer en la Constitución una herramienta valiosa en la lucha contra tales males” (Gargarella, La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810- 2010), 2014, p. 15). Assim, as Constituições pautada na lógica de que “a lei é plena, contém todo o direito e desprovida de deficiências, [...] portanto apresentando um ideal de plenitude de suficiência da lei” (Leal, 2007, p. 25), firmando uma legislação que não deixasse margem para interpretação jurídica.

Até porque, na lógica exposta por Maquiavel (2000), o juiz à época era visto como “boca da lei”, isso em razão da desconfiança em torno do cargo, pois quando da Monarquia, por vezes o próprio Rei era quem julgava e aplicava a pena. Ademais, mesmo quando a figura do juiz não se atrelava a imagem do Monarca, aqueles que realizavam o papel de juiz, eram familiares ou amigos do Rei, pois atuavam por sua indicação (Cardoso, 2007).

Principalmente, no contexto da Revolução Francesa, dada a desconfiança com os aplicadores do direito, a figura do Poder Judiciário limitava-se apenas, e tão somente, na aplicação da Constituição, sem a necessidade de sua interpretação (Leal, 2007, p. 26). Ainda, a autora menciona que, “a Constituição é uma norma jurídica tanto

⁵ nesse período, importante destacar que, na França, ao instituir o Estado de Direito Liberal, a dita Constituição utilizada por eles, não foi a Declaração, mas sim, o Código Civil (Leal, 2007, p. 19).

quanto as demais, porém superior; na lógica do estado de direito cabe ao judiciário aplicar as normas jurídicas; cabe, então, por via de consequência, ao judiciário também é a função de aplicar as normas constitucionais”. Aliás, “a função jurisdicional possui, nesta perspectiva a natureza de uma simples aferição a crítica (dogma da neutra verdade do juiz) e desprovida de qualquer aspecto construtivo (Leal, 2007, p. 27).

Por outro lado, a desconfiança em relação aos togados, não se fortaleceu da mesma forma no sistema Estadunidense lá o Poder Judiciário, ao aplicar as normas da Constituição, tinha “um papel ativo na sua salvaguarda, tendo origem, então, o ativismo judicial que, notadamente marca o sistema de direito americano” (Leal, 2007, p. 28). Em sua maioria, as Constituições promulgadas no período Liberal, em meados do século XIX, restringiam-se a “estabelecer a estrutura básica do Estado, com seus poderes e suas respectivas competências” (Leal, 2007, p. 30), ou seja, “limitando-se a disciplinar somente o poder estatal e os direitos individuais” (Leal, 2007, p. 30).

Todavia, o modelo liberal encontrou em colapso frente a demandas sociais, tendo em vista que aquele Estado com ação negativa já não resolvia as reivindicações sociais da época. Críticas socialistas passaram a questionar o Estado Liberal de Direito, tendo em vista que esse sistema manteve a alta posição econômica da burguesia, além disso, os trabalhadores buscavam por uma igualdade material, econômica e social, tendo em vista as desigualdades existentes. Assim, deu-se início a um segundo Estado de Direito, intitulado como Estado Social de Direito⁶ (Bolzan de Moraes & Streck, 2014, p. 74).

O Estado Social de Direito, com sua ascensão no século XX, incorporou ao sistema jurídico normas de segunda geração, em decorrência ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ao contrário do sistema anterior em que se rechaçava uma atuação positiva do Estado. O Estado Social compreende a necessidade de um Estado mais atuante, logo, “corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *elfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial” (Di Pietro, 2019).

Nesse período denota-se que a Constituição deixa de ser um regulamento da organização do Estado e passa a exibir normas de caráter específico e com destinação concreta, todavia, nesse período, ainda não se tem a concretização de uma igualdade material. (Bolzan de Moraes & Streck, 2014, p. 74). A exemplo, tem-se a Constituição

⁶ 4 Também, denominado de Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social (Di Pietro, 2019, <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/administrativo/estado-social-de-direito/>)

de Weimar (1919), a qual se apresentou como inovadora, por ser uma das primeiras a estabelecer direitos sociais na Carta Magna. Tão grande foi a inovação que passou a estabelecer o Tribunal Constitucional Federal, dois anos após a promulgação, como forma de proteger e efetivar a Constituição (Rodas, 2019).

Por outro lado, nesse período, o México, promulga em 1917 a Constituição Mexicana, a qual torna-se a primeira constituição a qualificar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais (Robl Filho, 2017). Assim, após a promulgação da Constituição mexicana existiu uma reação em cadeia nos estados latino-americanos, uma vez que suas constituições passaram a contemplar matéria de direito social, todavia a organização do poder se mantinha inalterada, dificultando aplicação das normas (Gargarella, 2014, p. 202).

Nesse contexto, o modelo social retira a importância extrema do Legislador transferindo e centralizando no Poder Executivo o papel de destaque que pertencia ao legislativo, isso porque, a Constituição passa a possuir normas exigíveis, sendo necessário ao Estado assumir uma postura positiva, ou seja, uma intervenção, por parte do Poder Executivo, na formação das promessas Constitucionais (Leal, 2007, p. 38/39).

O Estado Social de Direito, principalmente em decorrência da II Guerra Mundial, tem seu avanço freado pela guerra, em contrapartida, na América-Latina, além de também haver a afetação pela guerra mundial, tem-se a explanação da tendência de Estados Autoritários, com diversos Regimes Militares tomando o poder central dos Estados, como, por exemplo, o Brasil, a Argentina, o Chile e o Uruguai. Portanto, o estado social de direito perde força em razão da crescente tendência aos estados autoritários. Todavia, após a década de 50, sendo na realidade dos países latino-americanos mais a partir da década de 80, a queda dos regimes ditatoriais, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a retomada da democracia dos países latino Americanos.

Assim, e principalmente, após os eventos da II Guerra Mundial, as sociedades, na ideia de não renovar as atrocidades praticadas pelo nazismo e fascismo, buscam a proteção da democracia e a valorização dos direitos humanos. Em efeito cascata as Constituições promulgadas no pós-segunda guerra ou, como na América Latina, após a queda de regimes ditatoriais, passam a ser vistas como um renascimento para a sociedade, na qual a esperança de uma sociedade mais justa e igualitária passa a formular as novas Cartas Constitucionais, se traduzindo em verdadeiras rotas para guiar a sociedade nos novos compromissos firmados (Leal, 2007, p. 31).

As normas desses direitos passam a ser incorporadas nas Constituições, ocupando papel de destaque, em relação as demais normas e, também, como forma de demonstrar a nova preocupação trazida pelos Governos, com essas normas positivadas na Constituição, captam para si status de universais e invioláveis, ultrapassando a ideia de que as normas protegeriam e abarcariam apenas as majorias, mas também, zelariam pelas minorias (Bolzan de Moraes & Streck, 2014, p. 76).

A forte tendência incorporada no período do Estado Democrático de Direito é que as Constituições passaram a positivar textos que implementam direitos fundamentais e sociais. Esse modelo de Estado estabelece na lei os instrumentos de transformação, na qual busca, por meio formal e material, assegurar a igualdade, com “conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” (Bolzan de Moraes & Streck, 2014, p. 80). As novas Constituições passam a estabelecer um caráter de valorização da pessoa humana, ao assegurar direitos fundamentais e sociais, além disso, pautam-se em um projeto solidário (Bolzan de Moraes & Streck, 2014, p. 80).

Inclusive, esses momentos de transição, pauta-se da lógica de Jellinek (1991, p. 9), ao destacar que, períodos de revolução abrem caminhos para reforma das Constituições. Portanto, conforme as alterações de Poder do Estado, as Constituições podem sofrer alterações, seja de forma positiva ou negativa. Ainda, o constitucionalismo se apresenta como um remédio aos maus da sociedade, conforme presidido por Gargarella e Courtis (2009, p. 9), os momentos de crise são utilizados para a promulgação de uma nova Constituição ou uma reforma significativa desse documento, “orientada a remover a la sociedad de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba” (Gargarella; Courtis, 2009, p. 9).

Ainda, a Constituição, “é evidentemente uma criatura do mundo do dever ser; não pretende, nem pode perfeitamente descrever nenhuma sociedade” (Werneck & Sússekind, 2022, p. 2559). Embora, parte de sua criação visa justamente evitar que determinados cenários sejam repetidos na história do país e expressam “aversão a algum tipo de prática política ou social com a qual aquela sociedade conviveu e que deseja impedir que ocorra novamente” (Werneck & Sússekind, 2022, p. 2559). Portanto, a Constituição vai traduzir como um reflexo a sociedade que lhe promulgou, demonstrando ali as aspirações e projeções a serem seguidas, como um indicativo do rumo que a sociedade pretende trilhar — seja no intuito de superar as adversidades que atualmente a afligem, seja para prevenir o surgimento de ameaças ainda mais graves.

Para a existência do constitucionalismo, entende-se a necessidade de que o “gobierno se adhiera a la supremacia de la ley, definido de manera relativamente débil” (Tushnet, 2013, p. 58). Ainda, o autor (Tushnet, 2013, p. 59) compreende que, para uma manutenção da compreensão do constitucionalismo, “requiere que los gobiernos promuevan políticas que busquen assegurar la justicia y los derechos humanos, donde sendo conceptos se acomoden em un suficientemente amplio rango de posibilidades” (Tushnet, 2013, p. 59).

74

Assim, reforçando a lógica de que as Constituições se alteram em momentos de crise, as Constituições promulgadas ou alteradas, no final do século XX e início do século XXI, foram fortemente influenciadas por uma nova tendência, na qual, desapegam-se da exclusividade em regulamentar a organização dos poderes e passam a incorporar normas de caráter fundamental e social, incorporando um rol de direitos amplo e generoso, ou seja, deixam de apresentar apenas a questão das estruturas delimitativa dos poderes e passam a incorporar normas voltadas a valorização da pessoa humana (Gargarella, El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano», 2015).

Por outro lado, as novas Constituições permitem a atuação maior de “guardiões” para sua proteção, exigindo o respeito da supremacia da Constituição, sendo o Tribunal Constitucional. Embora, já houvesse Tribunais nos outros sistemas jurídicos, agora a atuação passa a ter maior relevância, pois são considerados verdadeiros intérpretes da Constituição. Portanto, não se encontram mais vinculados ou limitados a aplicar a lei, sem margem de interpretação.

2.1 A criação dos tribunais constitucionais como intérpretes constitucionais

Diversamente do que se alude nos períodos liberais em que a atuação dos Tribunais, principalmente na Europa, encontra uma grande desconfiança sendo a eles restringido apenas para aplicação pura da norma escrita, sem margem para interpretação. Essa situação passa a se alterar significativamente ao fim da II Guerra Mundial, isso porque, centralizaram na figura dos Tribunais Constitucionais salvaguardar e proteger os direitos constitucionalmente assegurados, no objetivo de evitar novas atrocidades (Leal, 2007, p. 42).

A previsão de Tribunais Constitucionais já se observava na Constituição de Weimar e na Constituição da Áustria, previsões de Tribunais próprios para desempenhar o controle de constitucionalidade. Isso significa que, as Constituições

permanecem com seu legado de supremacia, obrigando todos os Poderes a efetivarem suas ações em consonância com o que consta na Constituição, sob o pretexto de que os atos sejam invalidados pelo Tribunal. Ademais, o fundamento principal para a disseminação dos Tribunais Constitucionais, no formato que conhecemos, advém do Tribunal Constitucional Federal Alemão (1950) (Barroso, 2018, p. 2176).

Assim, nessa característica, que inclusive marca momento do Estado de Direito tem-se a transferência do foco de atenção para o Poder Judiciário. Isso porque, os Tribunais Constitucionais passam a se caracterizar como guardiões da Constituição, na qual, possuem em seu papel primário a proteção e o cumprimento das normas constitucionais (Leal, 2007, p. 40).

Inclusive, o texto constitucional não se apresenta de forma a menosprezar a necessidade de sua interpretação, isso porque, não há como o Constituinte, ao tempo de a criação da Constituição prever todos os casos de aplicação, portanto, “é necessária a prévia interpretação do juiz para que se consiga decidir um caso com base na norma” (Grimm, 2023, p. 96). Inclusive, porque a Constituição “pode ser designada, de certa forma, como um conjunto de Fórmulas abertas”, pois sem a aplicação das normas constitucionais, torna-se vazia de sentido (Leal, 2007, p. 61).

Nesse ponto, Barroso (2015, p. 36), estabelece que os Tribunais Constitucionais, como Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, possuem a importância de uma ação contra majoritária. Assim, além do exercício tradicional dos tribunais na atuação da jurisdição constitucional, ou seja, as Cortes Constitucionais como guardiãs da Constituição, tem-se também o aspecto contramajoritário. Na qual, os Tribunais, justamente por não dependerem da votação popular, e por isso, estarem descarregados de posicionamento político da maioria em suas decisões, podem defender os direitos das minorias, realizando um contraponto na vontade das majorias que, por vezes, sufoca os direitos e interesses minoritários.

Acontece que parte da crítica formada por pensadores conservadores, quanto ao protagonismo judicial ou uma atuação mais incisiva do Judiciário em assuntos que seriam precipuamente dos Poderes Políticos, resulta da ideia de que uma interpretação extensiva da Constituição causaria prejuízo quanto a essência da criação da Carta Magna. O magistrado ao interpretar e adequar a Constituição a situações não previstas pelo constituinte, afastaria a norma constitucional de seu real propósito (Tushnet, 2013, p. 98-99).

Ademais, a própria democracia não é um governo que se guia exclusivamente na vontade de maiorias, excluindo qualquer visão sobre os grupos a margem da sociedade, inclusive, nesse ponto, destaca-se que:

A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política (Barroso, 2015, p. 36).

76

O Poder Judiciário acaba ocupando espaços de protagonismo, principalmente na lógica de proteção das minorias e grupos vulneráveis, como uma forma de frear os avanços da maioria, mas o desenho institucional, visto na construção do Estado de Direito atual, busca e objetiva que cada instituição, no respeito a separação de poderes, exerça de forma satisfatória objetivos desejados, evitando o retrocesso democráticos. Todavia, os Tribunais Constitucionais acabam intervindo, justamente porque as instituições políticas, por vezes, apresentam uma fragilidade na concretização dos direitos, e como forma de não retroceder acabam se apropriando de temas que nem sempre seriam de resolução pelo Poder Judiciário (Jaramillo, 2024, p. 179-180).

Os Tribunais Constitucionais ao exercerem o controle de constitucionalidade, na contenção dos atos dos demais Poderes em consonância com a Constituição, apresentam duas esferas de controle, forte ou fraca. Fator que tem vinculação direta com o desempenho dos Poderes Políticos, pois quanto menor o compromisso e mais falhas no seu processo os Poderes Executivo e Legislativo apresentarem, maior será a atuação do Poder Judiciário. Na argumentação de um controle forte, tem-se que “única forma de asegurarse de que las limitaciones constitucionales sobre el poder gubernamental no degeneren en simples “barreras de papel”(Tushnet, 2013, p. 107). Ainda, “não se pode confiar en que el legislativo se adhiera a las limitaciones sobre su propio poder, pues, actuando por su propio interés, las legislaturas responderán de forma inmediata a las presiones políticas sobre sus miembros” (Tushnet, 2013, p. 107-108).

Em contrapartida, a forma fraca⁷ de controle judicial, se apresenta com uma atuação contida das Cortes, ou seja, o processo dos Tribunais no exercício do controle de constitucionalidade se torna mais limitado, na qual, se permite manobras das autoridades políticas para diminuir a exigência jurisdicional, “diseños institucionales en los cuales existe algún sistema de control de constitucionalidad, limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la incompatibilidad de las leyes con la Constitución [...] en la última palabra dentro de la democracia” (Roa Roa, 2020, p. 2).

Portanto, depreende-se que em situações de maior esforço do Poder Judiciário em salvaguardar as normas Constitucionais. Por vezes, acabam intervindo de forma mais energética nas demais esferas de Poder. Embora, essa atuação não se consagra como desrespeito a separação de Poderes, pois a inércia dos Poderes Políticos dá ensejo à população buscar no Judiciário as respostas que não são apresentadas pelas demais vias.

3 AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS E O CARÁTER TRANSFORMADOR

Fato notório que, boa parte dos países situados na América Latina, como o Brasil, Chile, Argentina e Uruguai viveram períodos de extrema deficiência e restrição aos Direitos Fundamentais e Sociais, principalmente entre 1960 e 1980, período em que se consolidou os regimes antidemocráticos. Assim, já no final da década de 80, como no caso brasileiro, os regimes ditatoriais tiveram suas forças esvaídas, espalhando-se na América Latina o retorno da Democracia.

A partir daí, iniciou-se um movimento em cadeia na América Latina, na qual os Estados começaram a voltar os olhos as problemáticas e preocupações sociais, até então ignoradas. “El nuevo constitucionalismo se mostró entoces con un perfil social en materia de derechos, pero todavía demasiado conservados en materia de organización del poder.” (Gargarella, El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano», 2015).

⁷ A exemplo, tem-se o sistema do Canadá, com a cláusula derogatória, na seção 33, da Carta de Direitos do Canadá, permite que norma conflitantes com as disposições constitucionais, ainda que declarada sem efeitos e incompatível pela Corte Constitucional, possam ser aplicadas e permanecerem vigentes e eficazes pelo período de cinco anos, ou seja, permite que o Poder Legislativo, por um período, derrube o veto do Judiciário. O objetivo dessa cláusula visa a promoção de um diálogo entre os Poderes, na qual fomenta que o legislativo e o Judiciário busquem alternativas razoáveis na construção do impasse (Tushnet, 2013, p. 106).

Dessa forma, com a queda dos regimes autoritários, ou seja, uma mudança nas estruturas das sociedades, novas Constituições surgiram, justamente para a reforçar o compromisso daquela sociedade com a nova democracia (e evitar as quedas novamente), mas principalmente, para incorporar nas Constituições as tendências mundiais de direitos fundamentais e sociais. Assim, destaca-se que as Constituições da Colômbia (1991), Brasil (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008) e Bolívia (2009), desempenharam grandes transformações, incorporando ao sistema jurídico um maior reconhecimento de normas com viés e valorização ao ser humanos, trazendo um rol extensivo de direitos fundamentais e sociais em suas Constituições (Gargarella, 2015).

Também, ponto importante, as “novas” Constituições florescem em ambientes que regimes autoritários começam a ser desfeitos, tanto no Contexto latino em que as Ditaduras Militares recuam, bem como nos pós Segunda Guerra Mundial, inserido em discursos de mudança, de valorização da pessoa humana, princípios de igualdade e fraternidade, que em certa medida, também são observados nas novas redações Constitucionais (Piovesan, 2014, p. 103-104).

Embora, na maior parte dos países latino-americanos, na ruptura de sistemas autoritários tenha havido um crescente de promulgações de novas Constituições. Por outro lado, países como a Colômbia, Equador e Argentina, mantiveram as Constituições promulgadas em períodos de regimes militares, todavia reformaram suas normas constitucionais, adotando as tendências incorporadas nesse período na América Latina. Outrossim, na contramão desse movimento, tem-se a Constituição Chilena, outorgada durante o governo Pinochet, que com o decorrer da redemocratização, também atuou na reforma da Constituição, todavia de forma menos agressiva, em comparação aos países vizinhos (Gargarella, 2015).

A partir dessas mudanças, instruiu-se na comunidade latina a denominação de um novo constitucionalismo, marcado pela implementação de valorização da pessoa humana. Trazendo ao texto constitucional o projeto a ser seguido. Porém, Gargarella (2015, p. 169) compartilha o entendimento de que não há um novo constitucionalismo na América Latina, pois ainda que as Reformas constitucionais vivenciadas pelos países latino-americanos no final do século XX e início do século XXI, tenham incorporado normas inovadoras, garantindo uma maior proteção dos direitos humanos. Ainda assim, os textos constitucionais apresentam uma ligação firme com a organização de poder do século XIX, “inspirados, en parte, en el constitucionalismo norteamericano, y en parte en el primer constitucionalismo –el más autoritario– de la región” (Gargarella, 2015, p. 169).

Embora as Constituições estejam cercadas de boas promessas e normas que buscam a redução das desigualdades, a estrutura organizacional dos três Poderes, permanecem inalteradas. Assim, permanecendo a centralidade no Poder Executivo, focado no hiperpresidencialismo, seguido de um desenho elitista do Poder Judicial, fatores que corroboram a crescente desconfiança dos eleitores com seus representantes eleitos, conforme retratou Gargarella (2015, p. 170).

Na lógica de que em pontos de ebulição social nascem Constituições ou alteram-se a Constituição Mexicana (1917) tornou-se um marco para a América Latina, pois inovou ao reconhecer as demandas sociais latentes à época e incorporá-las em sua Constituição, reconhecendo os direitos trabalhista como direitos fundamentais. Assim, o Estado Mexicano, diante da profunda crise enfrentada, entendeu como resposta legal para a saída da crise a elaboração de uma Constituição que recebesse, também, uma expansão dos limites (Gargarella, 2014, p. 201).

As mudanças provenientes das novas Constituições apresentam uma tendência na América Latina, cujo principal caminho para a restauração da democracia e redução das desigualdades restou firmada nas Cartas Magnas destes países, reforçando o compromisso das nações com a busca por uma igualdade nos países latino-americanos.

Conforme, Fowkes (2015, p. 1) as Constituições Latino-Americanas e Africanas partilham de uma lógica em que, são entendidas como um plano de melhoria para a sociedade, bem como sua forma de alcançar, principalmente por direitos de aplicação ampla e positiva, ou seja, uma carga de dever por parte do Estado, na busca por efetivação de direitos que alterem os rumos da nação.

Diante dos aspectos trazidos pelas Constituições, percebeu-se um viés transformador em seus textos, ou seja, as Constituições cheias de promessas para a sociedade na busca por redução das desigualdades e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Assim, as “Constituições transformadoras fazem muito mais do que simplesmente dizer o que o estado pode ou não pode fazer, estabelecendo também o que deve ser feito a partir de uma visão específica extraída de interpretações da Constituição” (Werneck & Sússekind, 2022, p. 2562).

As Constituições Global Sul, possuem uma característica que, além de estipularem direitos políticos e civis, trouxeram um rol extensivo de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, implementando na Constituição direitos a serem requeridos pelos cidadãos (Fowkes, 2015, p. 3). Esse fenômeno decorre, em certa medida, pois as Constituições se formaram após a usurpação de regimes

antidemocráticos. Portanto, a fim de romper com as mazelas do passado, as “novas” Constituições vieram carregadas de promessas e amparo legal na proteção dos direitos humanos, a fim de retornar com a dignidade dos cidadãos.

Portanto, as Constituições apresentam grandes transformações e buscam “vender” uma ideia de mudanças positivas para o futuro, entretanto, se não ocorre alteração na “sala de máquinas”⁸ seria como um trabalho sem aplicação no mundo externo, na qual, embora apresentasse boas ideias, não haveria conformação no mundo prático (Gargarella; Pádua; Guedes, 2016, p. 39).

Esse foco teria um “efeito perverso - não em termos de governabilidade, na linha de críticas de algumas perspectivas mais liberais, mas em termos do próprio impacto desses mesmos direitos na vida das pessoas que supostamente se pretende transformar” (Arguelhes; Sússekind, 2022, p. 2573).

Esse modelo de constitucionalismo entende que, a Constituição como produto muito além da simples efetivação de normas voltadas aos direitos políticos e civis, mas carregadas de direitos com a intenção de promover mudanças nas estruturas do Estado. Trata a Constituição não apenas como um conjunto de normas rígidas, mas como um instrumento dinâmico que pode e deve ser utilizado para promover mudanças estruturais na sociedade, atendendo aos direitos fundamentais e à superação de desigualdades históricas.

Inicialmente, o conceito de “constitucionalismo transformador” é trabalhado por Klare (1998, p. 150)⁹, o qual compreendeu que, o sistema de transformações sociais e garantia da democracia por meio da Constituição torna-se uma busca por direitos não armada, ou seja, a Carta Constitucional garante as conquistas e avanços no contexto jurídico, sendo desnecessária a obtenção destes por meio do uso da força. Assim, concede-se por meio de Constituições garantidoras a obtenção de direitos que visam uma sociedade mais justa e igualitária, retirando a necessidade de guerras ou reivindicações sociais agressivas (Klare, 1998, p. 150). Nesse sentido, o autor destaca a ideia da Constituição transformadora como um projeto a longo prazo, quando

⁸ A ideia de sala de máquinas é trabalhada por Roberto Gargarella, na obra *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Se pauta na ideia de que, os constituintes ao promulgarem as novas Constituições, deixaram o mesmo sistema de engrenagens, sem alteração nos espaços Políticos, ou seja, voltada ao hiperpresidencialismo promovido por majorias. Embora, as Constituições estivessem recheadas de promessas sociais e um caráter de elevar as minorias, porém sem representação política à elas, dificultando a efetivação por meio das vias políticas.

⁹ Contextualiza-se que a obra de Klare compreende a Constituição de 1996 da África do Sul, no pós-Apartheid, na qual, o constituinte buscou por meio da lei reconhecer as atrocidades da segregação racial e busca por uma sociedade mais justa e igualitária.

determina que “a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed. Direcionado para transformar as instituições a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian Direction” (Klare, 1998, p. 150). Assim, implementa a ideia de que o constitucionalismo transformador se trata de um projeto a longo prazo de promulgação, interpretação e aplicação constitucional, o qual inicia com a promulgação de Constituições visionárias, com foco na busca por uma sociedade mais igualitárias, que se aplicará e fortalecerá com as instituições políticas e sociais do país (Klare, 1998, p. 150).¹⁰

By transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law (Klare, 1998, p. 150).

Alinhada a essa teoria, Fowkes (2024, p. 1) retrata que a ideia central do constitucionalismo transformador trabalhado por Klare, gravita na lógica de fortalecer a Democracia, tornando as instituições políticas e sociais mais igualitárias e participativas, e, portanto, firmando a direção democráticas.

Ainda, Mello (2020, p. 3), salienta que o projeto do constitucionalismo transformador se alinha ao cumprimento das promessas chaves estabelecidas nas Constituições, principalmente no que versa quanto a garantia dos direitos humanos, a implementação da democracia e o Estado de Direito. Aliás, é “transformador, ya que promueve el cumplimiento de estas promesas en regiones en las que aún no se encuentran consolidadas y, en esa medida, contribuye el cambio de instituciones y relaciones de poder” (Mello, 2020, pp. 3-4).

Segundo Von Bogdandy (2019, p. 232) o constitucionalismo transformador se apresenta como um respeito as normas constitucionais, a fim de que sejam aplicadas para que possam promover as profundas mudanças sociais, as quais se objetivaram na promulgação da Constituições. Além disso, os desafios sociais impostos, principalmente na América Latina, se pautam na superação da “violência generalizada, pela exclusão social, pela extrema desigualdade e pela debilidade de muitas

¹⁰ Nesse contexto, a Constituição atua em dois parâmetros, como garantidora de direitos sociais, ao expor o rol de direitos, mas também como mantenedora das instituições, vinculando-as e reforçando-as para concretização dos direitos incorporados na Carta Magna.

instituições nacionais. Essa debilidade deve-se, entre outros fatores, a fenômenos como o hiperpresidencialismo, a falta de independência judicial e a corrupção” (Von Bogdandy, 2019, p. 232).

Ainda, os autores Von Bogdandy e Urueña (2021, p. 30) compreendem o “constitucionalismo transformador como uma abordagem à interpretação jurídica que considera a efetiva transformação das estruturas profundamente arraigadas para uma sociedade mais igualitária ou sociedade democrática”. Assim, a interpretação jurídica como uma resposta à alteração das estruturas. Isso porque, as normas engessadas na Constituição, sozinhas, não apresentam a força suficiente para alteração no mundo fático, todavia, a partir desse conjunto de ferramentas argumentativas, com o novo olhar sobre Constituição realizado pelo Poder Judiciário que dá vida as transformações (Von Bogdandy e Urueña, 2021, p. 32)¹¹.

Nesse sentido, o Poder Judiciário se apresenta como o principal ator das mudanças, uma vez que ao exercer o Controle de Constitucionalidade, protegendo a Constituição de possíveis manobras dos demais Poderes. Assim, mantendo os principais objetivos da Constituição e buscando, por meio de suas interpretações, efetivar as normas Constitucionais.

Ademais, isso decorre pelo fato exposto por Gargarella (2014), uma vez que as engrenagens da sala de máquinas se mantem inalteradas, ou seja, a distribuição de Poderes da Constituição (voltada ao hiperpresidencialismo), seguem os mesmos padrões lógicos firmados nas Constituições do século XIX. Logo, as Constituições recheadas de promessas apresentam sua maior precariedade na forma de execução das promessas ali colocadas.

Na visão de von Bogdandy e Urueña (2021, p. 61), o constitucionalismo transformador é equiparado a um sistema de informática, no qual se “exige muito pouco em termos de “hardware” (infraestrutura institucional ou financeira), mas muito em termos de “software” (como uma mentalidade jurídica)”; nessa abordagem, os doutrinadores estabelecem que

¹¹ A teoria do constitucionalismo transformador se entende muito pautada em lógica de valores, na qual o envolvimento do Poder Judiciário na aplicação das normas constitucionais, também será carregador por esse valores constantes na Constituição. Nesse sentido, Fowkes (2024, p. 2) estabelece que, “transformative constitutionalism is a proudly value-based account. It sees itself as a theory for constitutional texts such as South Africa’s, which are full of open ended value terms. It views judicial engagement with values as a necessary condition for judicial enforcement of these texts”.

Quando se trata de hardware, o que é necessário é uma infraestrutura básica em termos de democracia constitucional: uma constituição com direitos básicos que funciona como lei superior, instituições de base de representação democrática, e um judiciário independente, e de algum modo, razoável. Quanto ao software, depende de um público de apoio, bem como de “atores legais” cuja abordagem à interpretação jurídica. Em primeiro lugar, responde à percepção de que uma determinada sociedade é estruturalmente falha em seus princípios constitucionais e, em segundo lugar, entende que essas deficiências estruturais são questões que podem ser abordadas de forma significativa — embora certamente não totalmente resolvidas — por meio de processos judiciais sobre casos individuais que representam tais deficiências (Bogdandy e Urueña, 2021, p. 61).

Portanto, diante da fragilidade no cumprimento das intenções Constitucionais, a população busca refugio no Poder Judiciário, levando suas demandas e exigindo o cumprimento daquilo que foi prometido pelo Constituinte. Nesse ponto, Roa Roa (2020, pp. 5-6) estabelece que o processo do constitucionalismo transformador não permite uma atuação fraca dos Tribunais Constitucionais, isso porque, a exemplos de Honduras, Nicaragua e Venezuela, quando os juízes se diminuem para “ponerse al servicio de la revolución”, o constitucionalismo acaba em risco, nesses casos a atuação transformadora caminha apenas dentro do espaço permitido pelos poderes elegíveis, tornando um risco para a concretização e proteção dos Direitos Humanos, haja vista que o Poder Judiciário deixa de intervir na atuação vil dos demais Poderes.

Assim, para o efetivo exercício do constitucionalismo transformador, necessário se faz uma atuação forte dos Tribunais, pois, justamente, cabe a eles como guardiões das Constituições, zelarem por sua aplicação, “where the Judiciary fulfills its commitment to constitutional democracy, coordinating the other authorities in promoting structural changes in the face of widespread violations of fundamental rights, instructing various government agencies to take actions in a coordinated manner”¹² (Leal & Alves, 2024, p. 16).

Por outro lado, o papel do juiz constitucional na promoção do constitucionalismo transformador, de certa forma, se apresenta antagônico, uma vez que sua atuação, embora tenha que ser por controle forte, obrigando e exigindo dos demais Poderes na atuação coerente com as promessas constitucionais, também, nessa medida, deve promover o diálogo entre as autoridades.

¹² Em tradução livre: onde o Judiciário cumpre seu compromisso com a democracia constitucional, coordenando as demais autoridades na promoção de mudanças estruturais diante de violações generalizadas de direitos fundamentais, orientando diversos órgãos governamentais a agirem de forma coordenada.

Logo, o judiciário deve atuar nas duas vertentes, em uma atuação forte, compelindo os Poderes Executivo e Legislativo a atuarem. Porém, ainda conceder um diálogo, permitindo que os Poderes participem na tomada de decisões para efetivar as normas¹³ (Roa Roa, 2020, p. 6).

Ou seja, o constitucionalismo transformador se pauta em um projeto constitucional, pois trata-se de uma engrenagem complexa, com atuação de diversos fatores para sua existência e aplicação. A iniciar, se parte do pressuposto de uma Constituição Transformadora, ou seja, existe a necessidade de uma Carta que contenha normas que visam a proteção da dignidade humana e a busca pela qual se reduzirá a desigualdade, assim como uma amarração ao Estado de Direito e a própria Democracia.

Entretanto, o constitucionalismo transformador não se sustenta apenas com normas postas, principalmente pelos defeitos das engrenagens políticas. Assim, ainda, se tem a atuação do Poder Judiciário como ator principal, em razão de sua equivalência de força, na qual, além de buscar em seu controle de constitucionalidade evitar abusos dos demais poderes sobre a Constituição, também, força-os a cumprir com as normas constitucionais, atingindo o objetivo do Projeto Constitucional. Esse projeto transformador, pauta-se em três características analisadas por Arguelhes e Sússekind (2022, p. 2565):

Atravessando essas diferentes experiências, podemos pensar em um conceito minimalista ou “fino” de CT, combinando as seguintes características: (i) um texto constitucional com dispositivos que, para serem cumpridos, demandem mudança social, (ii) vinculando a ação estatal positiva à promoção dessa mudança prevista no texto, e que (iii) encontra eco em ideias e práticas de atores relevantes dentro daquele sistema jurídico.

Porém, o constitucionalismo transformador não se pautará em uma atuação simples do Judiciário. Existe uma complexidade, como será visto, na atuação do Poder Judicial, pois para se obter o êxito nas mudanças sociais, necessita de uma abertura aos canais para com a população, principais interessados na obtenção dessas transformações. Além disso, uma decisão bem construída e que de fato surta os resultados esperados, será formado por um diálogo entre Poderes, até porque, como declarado por Von Bogadndy, embora a atuação do Poder Judiciário seja a peça angular na promoção das transformações, ele não pode orquestrar as reformas sozinho (Von Bogdandy, 2019, p. 232).

¹³ ADPF 635, intitulada como ADPF das favelas, demonstra a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao determinou a elaboração de um plano para a recuperação territorial de áreas ocupadas por organizações criminosas .

4 O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR COMO UM INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS NO SENTIDO DE TRANSFORMAÇÕES DA SOCIEDADE

Pelo que já restou contextualizado, o Constitucionalismo Transformador, busca olhar a Constituição como um projeto constitucional ou uma carta de curso, onde as sociedades demonstram o caminho que almejam seguir. As Constituições Latino-Americanas bem demonstram por qual caminho o povo sonha em seguir, sendo que as Constituições demonstram uma forte valorização da pessoa humana, com extenso rol de direitos fundamentais e sociais, além de reforçar um compromisso com a Democracia, situações basilares do Constitucionalismo Transformador. Todavia, a simples previsão de normas que buscam reduzir as desigualdades sociais e pela manutenção da Democracia, sem alterar os atores que efetivam essas normas torna precário a caminhada desses objetivos. Por isso, as Cortes Constitucionais desempenham um papel primário na atuação transformadora.

Em questão, por serem intérpretes oficiais das Constituições, apresentam um compromisso de assegurarem que as normas Constitucionais não serão interpretadas de forma a retroceder com os avanços sociais, mas sim buscando caminhar em direção a novos rumos e preservar as conquistas já firmadas.

As decisões ambiciosas dos Tribunais Constitucionais, ainda que não efetivem as transformações ou não apresentem resultados efetivos e a mudança ocorra por outros fatores e atores do Estado, tal decisão não perde o caráter transformador, como salienta os autores Von Bogdandy e Urueña (2021).

[...] o constitucionalismo transformador consiste na interpretação jurídica, e são em efeitos de política pública. Para ter certeza, uma interpretação transformadora dos textos legais, muitas vezes, implica uma avaliação de como alcançar os resultados desejados. Se esse cálculo, no entanto, falhar e, se o resultado não for alcançado, ou se a sociedade alcançar o resultado por meio de meios não conectados a uma determinada decisão judicial, a interpretação permanecerá “transformadora”, independentemente de seus impactos (Von Bogdandy e Urueña, 2021, p. 32-33).

Todavia, a crítica tecida sobre atuação judicial se forma de que os Tribunais transformadores não devem agir de forma tão ousada, pois como o aspecto central da teoria é o fortalecimento democráticos, então uma intervenção tão acentuada do Poder Judiciário, colocaria em prova a própria lógica de funcionamento do sistema, ao qual os Tribunais defendem (Fowkes, 2024).

Por outro lado, Roa Roa (2023, p. 106) destaca que é justamente a mobilização da cidadania, ao acionar os Tribunais Constitucionais, contemplando as discussões transformadoras que, não só rompeu a problemática da sala de máquinas, com a abertura da jurisdição constitucional, mas também aproximou as Cortes dos problemas enfrentados no cotidiano, permitindo um “controle cívico da agenda judicial e conecta as instituições orgânicas com as promessas constitucionais”.

[...] o constitucionalismo transformador se compromete com modelos de justiça que sejam abertos para os cidadãos, de maneira que se possam implementar os standards internacionais sobre direitos humanos por parte dos tribunais nacionais. Daí por que são fundamentais tanto o recurso de amparo quanto a ação pública de constitucionalidade (Roa Roa, 2023, p. 106).

Outrossim, vislumbra-se que o Poder Judiciário, na intenção de promover as mudanças, pautadas no constitucionalismo transformador, demonstra conquistas que, certamente, ainda não haveriam sido vividas se esperasse pelos Poderes Políticos, isso porque ainda nos Congressos da América Latina existe uma pauta conservadora, o que, embora as normas Constitucionais permitissem a renovação dos direitos sociais, é fortemente rechaçada pelos poderes políticos. O que enseja margem a atuação do Poder Judiciário, o qual não depende de votação popular.

A exemplo do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) age com maestria ao promover decisões que alteraram direitos, buscando sempre uma redução das desigualdades, e protegem a Democracia brasileira. O STF em 2011, em sentença histórica equiparou a união homoafetiva a união estável, regime jurídico matrimonial já reconhecido para união de casais heterossexuais, assim, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares. A decisão teve um efeito fundamental na união de pessoas do mesmo gênero, pois além de abrir caminho para a possibilidade do casamento civil homoafetivo, os casais tiveram o reconhecimento ao direito de herança, pensão, entre outros. (Brasil, 2018). Tamanho é o peso e inovação da decisão que, em 2018, o STF foi agraciado com o certificado MoWBrasil 2018, oferecido pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco, em razão de tal decisão (Brasil, 2018).

Na decisão que julgou as ações ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, o STF, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, invocou a ideia de “proibição do preconceito”, buscando na ideia de uma igualdade material a construção da decisão, pautada em uma interpretação transformadora das disposições constitucionais, voltado a entender

que o Estado deve proteger as famílias, sejam elas na formação que forem. Logo, a Corte, por realizar uma interpretação extensiva e inclusiva do art. 226, caput, do CP, entendeu que a família pode ser constituída por pares iguais, não devendo ser concedido a eles a marginalidade das relações ou a falta de proteção estatal (Brasil, 2011).

A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas (Brasil, 2011, p. 613).

Em decorrência, o art. 1.723 do Código Civil passou a ser interpretado à luz da Constituição, pois, embora, ainda conste terminologicamente a união estável entre homem e mulher, seu entendimento deve englobar aos casais homossexuais, justamente para retirar o caráter preconceituoso e discriminatório que circundava o dispositivo legal (Brasil, 2011).

Além disso, o STF, também em uma atuação importante, permitiu a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, sem que houvesse a responsabilização penal¹⁴ sobre a gestante ou os médicos que realizassem o aborto, na decisão da ADPF 54/DF (Brasil, 2012).

A Corte Constitucional, ao entender cientificamente que os fetos anencéfalos em sua maioria, já nascem mortos, ou ainda que com vida, não possuem uma longevidade, e considerando o abalo psicológico da pessoa que carrega em seu ventre um feto sem perspectiva de prosperar, legalizou o aborto para gestantes de fetos anencéfalos (Brasil, 2012).

¹⁴ O Brasil, em seu Código Penal, nos artigos 124, 126 e 128, pune com pena de detenção e reclusão a gestante que praticar ou consentir no aborto, sendo que, antes da decisão da ADPF 54, era considerado uma conduta ilícita a prática do aborto em gestantes de fetos anencéfalos, passível de responsabilização criminal.

Interessante da referida decisão que, os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, por compreender a complexidade e relevância do tema, entendiam que tal decisão, quanto a descriminalização do delito para esses casos deveria ser pauta de atuação do Poder Legislativo, uma vez que faria parte da competência da Câmara e Senado criarem exclusão de ilicitude no âmbito do Código Penal (Brasil, 2012).

Acontece que, decisões de extremo impacto social, como aquelas acima citadas, certamente, estariam até hoje sem resposta do Congresso, tendo em vista que, como destacado por Gargarella (2015), a “sala de máquinas” brasileira ainda é majoritariamente conservadora e luta de forma contrária aos avanços sociais, o que demonstra a necessidade de uma Corte forte, fiscalizando e bloqueando os retrocessos (Roa Roa, 2020).

Outras abordagens significativas por parte do Poder Judiciário, principalmente no que trata aos direitos reprodutivos e liberdade sobre o corpo da mulher e pessoa que pode gestar, as Cortes Constitucionais do México (2021) e da Colômbia (2022) despenalizaram o aborto praticado por gestantes.

No México, a Corte, na Ação de inconstitucionalidade n. 148/2017, promovida pela Procuradoria Geral da República em face dos Poderes Legislativos e Executivos de Coahuila, reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 196, 198, 199 e 224, inciso II, do Código Penal de Coahuila, pois as normas ali postas penalizavam as gestantes que realizavam o aborto, sendo que já havia determinações legais quanto a possibilidade de despenalização do aborto no Estado Mexicano (México, 2021).

Ainda, destaca-se a fala do Ministro Presidente Arturo Zaldívar, ao mencionar que “se trata de una decisión histórica en la lucha por los derechos y libertades de las mujeres, particularmente de las más vulnerables”, destacando que o compromisso da Corte é com a Constituição e os direitos humanos protegidos por ela (México, 2021).

Assim, a decisão se tornou um precedente ao considerar que em casos futuros o Tribunal exercerá o mesmo entendimento, valorizando o direito e a liberdade das mulheres, a fim de que, respeitado ao menos as doze semanas, possam ter direito a escolha na continuação ou interrupção da gravidez, sem sofrerem consequências penais ou se submeterem a tratamentos arriscados e clandestinos de interrupção da gestação (México, 2021).

Também, nesse sentido, a Corte Colombiana, ao sentenciar o caso n. C-055/22, considerou inconstitucionais as normas que penalizam as pessoas que interrompessem a gravidez, permitindo o aborto até a 24ª semana de gestação (Colômbia, 2022).

O Estado Colombiano permitia o aborto em dois casos, quando o feto não possuía condições de ter vida extrauterina e em casos de gravidez resultante de outro crime, como estupro e incesto¹⁵. Todavia, dada as complexidades de aborto ainda em casos de permissão legislativa, o movimento Causa Justa ingressou com ação na Corte Constitucional, alegando a inconstitucionalidade do artigo 122 da Lei 599/2000 (Código Penal Colombiano), na intenção de descriminalizar o aborto e permitir que as gestantes tivessem maior dignidade para abortar, sem riscos de sofrer processo criminal ou a própria busca por formas clandestinas de interrupção da gestação que colocassem em risco a vida da gestante (Colômbia, 2012).

Outra atuação interessante da Corte Constitucional da Colômbia, foi ao julgar as emendas inconstitucionais, criado quando o tribunal impediu o Presidente Álvaro Uribe de alterar a constituição para obter um terceiro mandato (Arguelhes e Sússekind, 2022).

Assim, observa-se uma tendência, eventos de extremos impacto social, principalmente ao versarem sobre grupos minoritários como o caso de união homoafetiva e descriminalização do aborto, foram decisões históricas criadas por Tribunais Constitucionais. As Cortes ao serem acionados por grupos com pouca ou nenhuma representação política, valeram-se dos valores constitucionais e objetivaram uma atuação que visasse a promoção da desigualdade e valorização dos direitos humanos negligenciados desses grupos minoritários, exercendo com maestria a atuação contramajoritária. Além disso, como no Caso Colombiano, se percebe a atuação forte do Tribunal também para manutenção da Democracia, ao proibir a alteração constitucional em permitir um terceiro mandato, uma regra constitucional a ser alterada em benefício próprio do então presidente. Assim, na intenção de alterar as regras do jogo democrático, teve sua intenção barrada sabiamente pela Corte.

Em análise, é perceptível o caráter transformador das decisões, pois as exemplificadas aqui, alterar todo o esquema estrutural conservador e discriminatório mantido por Parlamentos retrógrados. Assim, as decisões inovadoras, embora realizadas pelo Poder Judiciários com pouca ou quase nenhum diálogo com os Poderes Políticos, mas em abertura aos clamores da sociedade, efetivaram a lógica do constitucionalismo transformador. Pautaram-se nas normas Constitucionais progressistas e promoveram alterações densas no sistema, ao contemplarem a

¹⁵ A permissão para interrupção da gestação nesses casos, também se deu por inovação da Corte Constitucional na decisão C-355 de 2006 (Colômbia, 2006, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm).

igualdade de direitos, permitindo a união entre pessoas do mesmo sexo e removendo o caráter penalizador contra gestantes que interrompem a gravidez.

Nesse contexto, Jaramillo (2024) ressalta que os Tribunais, principalmente em regiões subdesenvolvidas, exercem uma intervenção maior, justamente pela ausência efetiva de confiança dos demais Poderes. Assim, em Estados com instituições políticas fracas, comporta ao Poder Judiciário uma atuação mais incisiva e presente nas demandas da sociedade, isso não significa transpor as lógicas do Estado de Direito, mas fortalecer os avanços e transformações sociais.

Assim, embora se compreenda que o constitucionalismo transformador não é uma carta aberta para uma expansão judicial, por vezes as demandas se concentram nas Cortes Constitucionais, em razão da morosidade ou descaso político. E, por terem as Constituições cláusulas de caráter positivo, seria, inclusive, antidemocrático proibir que as demandas fossem levadas até o Poder Judicial. Agora, por óbvio, talvez a atuação do controle judicial, pudesse ser mais aberta ao diálogo com os demais Poderes na resolução do conflito.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o constitucionalismo transformador se apresenta como um projeto constitucional, na qual pode-se estabelecer uma conexão com as ideias marítimas, pois a Constituição seria a carta náutica usada para traçar o caminho por onde a sociedade pretende navegar, sob os olhares atentos do Capitão (Poder Judiciário) responsável por guiar e manter a navegação dentro do curso proposto na carta.

Portanto, o constitucionalismo transformador se mostra com um olhar otimista ao futuro, formado por Constituições recheadas de promessas, ao contemplar normas de caráter social, econômico, cultural e ambiental. Em um sistema pautado na busca por redução da desigualdade e fortalecimento da Democracia. Se apoiando no Poder Judiciário como principal ator da efetivação, mas não restringindo a ele essa tarefa, utilizando-o como porta de entrada para as formulações dialógicas entre a sociedade e os Poderes Políticos, até porque é o conjunto que torna o a transformação possível.

Em observância ao tratado neste artigo, clareou-se o entendimento de que o constitucionalismo transformador não é apenas as normas impostas na Constituição buscando por mudanças naquela sociedade, mas também um projeto ambicioso que

envolve diversos atores para sua efetivação.

Dessa forma, diante das decisões apresentadas, demonstra-se que os elementos constantes na Constituição, serviram de fundamento para as Cortes Constitucionais realizarem interpretações transformadoras, e, assim, alterando o próprio Sistema, rompendo com o passado discriminador e conservador, na intenção de assegurar mais direitos, para mais pessoas.

91

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, p. 2557-2594, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5rmnMfnPDY84csYFWGtNzDG/>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Barroso, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Praxis, 9, págs. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em 12 nov. 2024.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2000.

Bolzan de Moraes, José Luis; Streck, Lênio Luiz. Ciência Política e Teoria do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Acórdão). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...]. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Acórdão). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 25 set. 2024.

CARDOSO, Antônio Pessoa. Antigamente, juiz era boca que pronunciava vontade da lei. Consultor Jurídico, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jun-10/antigamente-juiz-boca-pronunciava-vontade-lei/>. Acesso em 14 jan 2025.

Colômbia. Corte Constitucional República de Colombia Rama Judicial. Accion Publica De Inconstitucionalidad. Sentencia C-355/06. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Saiba o que é o Estado Social de Direito. Blog Grupo Gen, 2019. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-Interesse/administrativo/estado-social-de-direito/>. Acesso em 25 fev 2025.

GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano». Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral, n. 48, págs. 169-172, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6198799>, 10 jun 2024.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. CEPAL - Serie Políticas Sociales, Santiago, Chile, n. 153, nov. 2009. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/entities/publication/a5276c0c_0382-4c20-8216-14e1ff002487. Acesso em: 10 set. 2024.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. Revista Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4308/3261>. Acesso em: 10 jul. 2024.

KLARE, K. Legal culture and transformative constitutionalism. South African Journal on Human Rights, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998. ISSN 0258-7203.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição (2ª ed.). Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Fernando Roberto. The State os Unconstitutional Addairs of Colombian Origin and the Dialogical Posture in Constitutional Jurisdiction in Structural Injunctions: ADPF 347 as a Brazilian Reference Mark. MPIL Research Paper(25), págs. 1-34, 2024. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4960218. Acesso em 12 fev. 2025.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, Avance y Resiliencia. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), n. 2020-05, p. 01-32, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548830. Acesso em: 01 jul. 2024.

93

México.

<https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=6579>

ROA ROA, Jorge Ernesto. A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador Latino-Americano. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 28, n. 2, 2023. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2698>. Acesso em 01 set. 2024.

ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del Juez Constitucional en el Constitucionalismo Transformador Latino Americano. MPIL Research Paper Series, n. 2020-11, págs. 1-20, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507> Acesso em: 01 jul. 2024.

ROBL FILHO, I. N. Constituição Mexicana de 1917 e os avanços dos Direitos Sociais no Brasil. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 36, págs. 361-363, jan/jun 2017. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n36/1405-9193-cconst-36-361>. Acesso em: 01 jul. 2024.

RODAS, Sérgio. Constituição alemã de Weimar inovou ao estabelecer direitos sociais, Revista Consultor Jurídico, [s.l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-06/constituicao-weimar-inovou-estabelecer-direitos-sociais/#:~:text=Promulgada%20em%2011%20de%20agosto,e%20o%20direito%20%C3%A0%20educa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 16 fev 2025.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2, ago 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6126>. Acesso em: 01 jul. 2024.

VON BOGDANDY, Armin; URUENA, Rene. Constitucionalismo transformador internacional na América Latina. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 2, ago 2021. Disponível em: <https://www.gti.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/7762/pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.