I INTERNATIONAL EXPERIENCE PERUGIA - ITÁLIA

CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IMPACTOS DEMOCRÁTICOS II

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

Copyright © 2025 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Educação Jurídica
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS – MS
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG
Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C758

Constitucionalismo Transformador: Impactos Democráticos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Antonio de Faria Martos. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5274-098-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inteligência Artificial e Sustentabilidade na Era Transnacional

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constitucionalismo Transformador. 3. Impactos Democráticos. I International Experience Perugia – Itália. (1: 2025 : Perugia, Itália).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I INTERNATIONAL EXPERIENCE PERUGIA - ITÁLIA

CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IMPACTOS DEMOCRÁTICOS II

Apresentação

Constitucionalismo Transformador: Impactos Democráticos II

É com imensa satisfação que apresentamos o resultado dos trabalhos do GT "Constitucionalismo Transformador: Impactos Democráticos II", do I International Experience - Perúgia/Itália 2025, que é marcado por ser uma proposta inovadora do CONPEDI, que criou um espaço de intensa interação entre pesquisadores brasileiros e italianos e promovendo um rico intercâmbio acadêmico.

Este volume é o resultado de uma cuidadosa seleção de artigos, cada qual uma peça fundamental para compreender os desafios e as oportunidades que moldam o Direito em nossa era. Convidamos você a uma jornada intelectual que transcende as fronteiras do convencional, explorando as interconexões entre as mais diversas áreas do saber jurídico.

Em um mundo cada vez mais digitalizado, a primeira parte desta coletânea mergulha nos dilemas e nas transformações que a tecnologia impõe ao Direito. Os artigos abordam, com profundidade, os desafios multifacetados da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com foco especial em sua implementação nos cartórios extrajudiciais e na necessidade de ir além da mera segurança jurídica para garantir a proteção constitucional dos dados. Paralelamente, exploramos o impacto revolucionário da Inteligência Artificial (IA) no âmbito jurídico. Discutimos não apenas suas funcionalidades e o potencial para otimizar a prática forense, mas também os desafios éticos e práticos que essa nova realidade nos impõe. De forma inovadora, a IA também é apresentada como um mecanismo crucial na mitigação dos efeitos das mudanças climáticas, projetando a concretização da justiça climática e demonstrando a versatilidade e a abrangência da tecnologia como ferramenta de transformação social e ambiental.

O segundo grande grupo de temas se dedica a um dos pilares do Direito contemporâneo: o constitucionalismo transformador. Analisamos o papel proeminente do Supremo Tribunal Federal e o fenômeno da judicialização da política, investigando como as decisões judiciais impactam a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à saúde pública. Os artigos aprofundam a relação intrínseca entre a mutação constitucional e a teoria do constitucionalismo transformador, desvendando os desafios para a proteção de direitos em

um cenário de constantes redefinições sociais e políticas. Além disso, a coletânea propõe uma reflexão sobre a democracia constitucional frente ao neoliberalismo, delineando os limites e as possibilidades do projeto constitucional de 1988 na construção de uma sociedade mais justa e equitativa, e discutindo a accountability e a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matérias tributárias.

Um dos eixos centrais desta coletânea é o compromisso com a inclusão social e a democratização do acesso à justiça. Discutimos a eficácia da mediação e conciliação como instrumentos vitais para garantir o acesso à justiça de povos indígenas no Amazonas, reconhecendo a importância das abordagens plurais no Direito. A obra também lança um olhar atento sobre as políticas públicas de saúde mental e a proteção da justiça social em comunidades terapêuticas, evidenciando a intersecção entre Direito e bem-estar social. A temática da inclusão é ampliada ao explorar os avanços e desafios legais na concretização do direito à inclusão de pessoas com transtornos globais de desenvolvimento e com deficiência no ensino superior, destacando o papel essencial das universidades brasileiras nesse processo. Por fim, abordamos as políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais da população LGBTQIA+, seus desafios, avanços e perspectivas, e ressaltamos o papel da educação em direitos humanos e da escola pública como "última trincheira" na resistência ao neoliberalismo e na formação de uma esfera pública verdadeiramente democrática.

Também são abrodados temas de relevância prática e teórica para o cotidiano jurídico. Investigamos a dinamogênese do combate à corrupção e as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, demonstrando a constante busca por mecanismos mais eficazes de controle e responsabilização. Analisamos a força das decisões no processo administrativo e tributário brasileiro, elucidando a complexidade e a importância da segurança jurídica nesse campo. Além disso, a coletânea dedica-se a uma análise do direito de família e sucessões, especificamente a comunicabilidade das quotas integralizadas através de distribuição indireta de lucros no regime da comunhão parcial de bens, um tema que gera debates e demandas crescentes.

Por fim, a coletânea dedica uma parte fundamental à temática da sustentabilidade e do direito ambiental, especialmente no contexto dos grandes desastres. Os artigos ressaltam a importância do processo coletivo na era das catástrofes ambientais, examinando casos emblemáticos como Brumadinho e Mariana. A formação participada do mérito no processo coletivo ambiental é apresentada como um caminho essencial para garantir a efetividade da justiça e a reparação dos danos, ao mesmo tempo em que se busca fortalecer a prevenção e a resiliência diante dos desafios ambientais que se impõem.

Esperamos que esta obra inspire novas pesquisas, fomente debates construtivos e, acima de tudo, contribua para a construção de um futuro jurídico mais justo, inovador e inclusivo!

Boa Leitura!!

Perúgia - Itália, primavera de 2025.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. José Antonio de Faria Martos

Faculdade de Direito de Franca

A INTERLOCUÇÃO DIALÓGICA ENTRE O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: OS DESAFIOS FRENTE À PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE DIALOGICAL INTERACTION BETWEEN THE PHENOMENON OF CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE THEORY OF TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM: CHALLENGES IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

Ygor Werner De Oliveira [1]

Resumo

Diante dos inúmeros dilemas sociais deflagrados ao longo das últimas décadas, caracterizados por um modelo de sociedade cada vez mais dinâmico, o presente trabalho buscará investigar a interlocução dialógica existente entre as Teorias do Constitucionalismo Transformador e das Mutações Constitucionais. Com objetivo centrado na identificação das Mutações Constitucionais como exemplo de efetivação prática do novo paradigma do Constitucionalismo Transformador, serão analisados os mecanismos que o Direito Constitucional brasileiro tem adotado no sentido de assegurar a preservação de Direitos Fundamentais, especialmente em prol dos mais vulneráveis. A pesquisa se justifica ante a emergência do novo constitucionalismo, que incorpora o crescente diálogo interinstitucional e o compartilhamento de standards comuns de proteção dos direitos fundamentais. A hipótese de pesquisa encontra-se sedimentada no sentido de demonstrar que a CF/88 responde efetivamente à emergência deste novo paradigma, a partir da previsão da cláusula de abertura constitucional e diante da perspectiva multinível de proteção de direitos. Por meio de metodologia bibliográfica e empírica, o estudo analisará decisões paradigmáticas do STF e a literatura especializada para compreender a relação entre a CF/88 e as Teorias do Constitucionalismo Transformador e da Mutação Constitucional. O estudo abordará a transição do positivismo acrítico para o pós-positivismo, bem como a adoção de uma nova interpretação constitucional que privilegia a dignidade humana e a justiça social. Além disso, analisará como o fortalecimento da Jurisdição Constitucional tem viabilizado a efetivação da idéia de constitucionalismo transformador, possibilitando, especificamente via mutação constitucional, a promoção da inclusão, a igualdade material e a preservação da democracia substancial.

Palavras-chave: Constitucionalismo transformador, Mutação constitucional, Interpretação constitucional, Jurisdição constitucional, Proteção de direitos fundamentais

---

[1] Mestre em Direito Constitucional (UFRN), com extensão acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (UFRN). Pós-graduado em Direito Tributário (IBET).

Abstract/Resumen/Résumé

Faced with the numerous social dilemmas triggered over the past decades, characterized by an increasingly dynamic societal model, this study seeks to investigate the dialogical interaction between the Theories of Transformative Constitutionalism and Constitutional Mutations. With a focus on identifying Constitutional Mutations as examples of practical implementation of the new paradigm of Transformative Constitutionalism, the mechanisms adopted by Brazilian Constitutional Law to safeguard Fundamental Rights, especially for the most vulnerable, will be analyzed. This research is justified by the emergence of the new constitutionalism, which incorporates the growing interinstitutional dialogue and the sharing of common standards for the protection of fundamental rights. The research hypothesis is grounded in demonstrating that the Brazilian Federal Constitution of 1988 effectively responds to the emergence of this new paradigm through the constitutional openness clause and from the perspective of multilevel protection of rights. Through bibliographical and empirical methodology, the study will analyze landmark decisions by the Federal Supreme Court and specialized literature to understand the relationship between the 1988 Constitution and the Theories of Transformative Constitutionalism and Constitutional Mutation. The study will address the transition from uncritical positivism to post-positivism, as well as the adoption of a new constitutional interpretation that prioritizes human dignity and social justice. Furthermore, it will analyze how the strengthening of Constitutional Jurisdiction has enabled the realization of the idea of transformative constitutionalism, specifically through constitutional mutation, promoting inclusion, material equality, and the preservation of substantial democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transformative constitutionalism, Constitutional mutation, Constitutional interpretation, Constitutional jurisdiction, Protection of fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

A modernidade trouxe consigo intensas e rápidas transformações sociais, políticas e econômicas, que muitas vezes podem tornar obsoletas e/ou impróprias algumas das normas constitucionais expressamente positivadas em nossa ordem jurídica.

Ante o contexto da realidade atual – que é naturalmente hipercomplexa e dinâmica –, as mutações constitucionais ganham terreno dentro do nosso ordenamento jurídico hodierno, uma vez que propiciam, dentro de uma certa metódica e racionalidade, a modificação informal da norma constitucional, sem que para isso ocorra necessariamente – pelas vias legislativas ordinárias – a alteração do texto expressamente positivado (Ferraz, 1986).

O fato de a Constituição Federal brasileira ostentar a característica marcante de ser tipicamente rígida acaba exigindo, na prática, que o processo ordinário de alteração dos comandos insculpidos em nossa Carta Magna deva, em tese, ser necessariamente precedido por um longo e burocrático procedimento formal de ordem legislativa, que geralmente é "precificado" às expensas de um altíssimo custo político, despendido pelos nossos Parlamentares.

A exigibilidade de tal solenidade formal – antevista pelo Constituinte para a hipótese de alteração protocolar das balizas constitucionais – evidentemente dificulta a possibilidade de se implementar, pelas vias legislativas ordinárias, uma modificação rápida e imediata do texto constitucional, fazendo com que eventuais alterações em seus comandos escritos ocorram, em regra, lentamente.

Assim, ao contrário do que ocorre com as mudanças formais (reforma e revisão constitucional), as mudanças informais não estão expressamente contempladas no texto constitucional. No entanto, ocorrem como meio de preservação da própria Constituição, buscando, através de um processo dialético, harmonizar os comandos normativos elencados pelo Constituinte com os anseios e valores atuais da sociedade, haja vista que as normas constitucionais não podem ser consideradas perfeitas e acabadas, uma vez que estão em uma constante situação de interação com a realidade na qual são aplicadas (Pedra, 2009).

Por seu turno, esse mesmo contexto social hipercomplexo e difuso também justifica, na atualidade, o paradigma estabelecido a partir da Teoria do Constitucionalismo Transformador, que se apresenta como um relevante arcabouço teórico que objetiva não apenas o estabelecimento de regras e limites para o exercício do poder, mas também – precipuamente – visa assegurar a promoção de transformações nas estruturas sociais,

econômicas e políticas de uma sociedade, com foco voltado para a justiça social, igualdade material e a inclusão, indo além da simples proteção de direitos fundamentais no plano formal (Gargarella, 2015).

É exatamente diante desse contexto que a Teoria do Constitucionalismo Transformador – quando aplicada na condição de plataforma estruturadora do fenômeno da Mutação Constitucional – surge como instrumentário teórico apto para a efetivação não apenas da justiça social, mas também para a preservação da democracia substancial, que ultrapassa a formalidade do sufrágio e promove a inclusão de grupos marginalizados, com ênfase voltada para a aplicabilidade e preservação da dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza e a redução de desigualdades sociais históricas (Silva, 2019).

Assim, diante dos inúmeros dilemas sociais deflagrados ao longo das últimas décadas – caracterizados por um modelo de sociedade cada vez mais contemporâneo, dinâmico e politizado –, dilemas estes muitas vezes existentes em face dos problemas havidos a partir da ausência de regulamentação normativa de demandas específicas, é que o presente trabalho pretende investigar a seguinte pergunta problema: quais os fatores que contribuem para o surgimento do novo paradigma do constitucionalismo transformador, quando implementado – via mutação constitucional – como forma de salvaguardar a preservação da vontade originária do Constituinte, visando a harmonização do comando constitucional com os anseios atuais da sociedade, que se encontra em constante modificação?

A hipótese de pesquisa encontra-se sedimentada no sentido de demonstrar que a Constituição Federal de 1988 responde efetivamente à emergência do novo paradigma do constitucionalismo transformador, a partir da previsão da cláusula de abertura constitucional e em uma perspectiva multinível de proteção de direitos, especialmente os fundamentais. (Piovesan, 2023).

A presente pesquisa adotou a metodologia de levantamento bibliográfico por meio da consulta a livros, revistas, periódicos e outras fontes de mesmas espécies, que embasaram os aspectos teóricos do tema proposto, e sem perder de vista a análise crítica da literatura atual. Realizou-se, ainda, pesquisa empírica mediante às análises de conteúdos e de dados documentais coletados a partir de amostras, que correspondem aos documentos que registram as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O objetivo do presente trabalho é identificar, portanto, a emergência do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo no qual a Constituição Federal de 1988 está inserida e analisar as respostas do sistema constitucional brasileiro à nova realidade,

especialmente por meio da implementação das mutações constitucionais. A pesquisa se justifica porque a emergência do novo constitucionalismo transformador incorpora o crescente diálogo interinstitucional e o compartilhamento de *standards* comuns de proteção de direitos fundamentais (Piovesan, 2017), vetores nos esforços da consolidação da democracia e do aprofundamento do Estado de Direito.

Inicialmente será analisada a relação da Constituição Federal de 1988 com o constitucionalismo transformador e a sua interlocução com a teoria da mutação constitucional. Em um segundo momento serão analisados os mais variados progressos teóricos verificados ao longo das últimas décadas – especialmente a partir da segunda metade do século XX –, alcançados especialmente a partir da constatação da "virada hermenêutica" (Alexy, 2008), e a passagem do pensamento positivista acrítico para o paradigma pós-positivista, engendrando a possibilidade de aplicação, no âmbito das ciências jurídicas, de uma nova hermenêutica e interpretação constitucional. Logo após, serão apresentados os fatores que contribuem, atualmente, para o fortalecimento da Jurisdição Constitucional como mecanismo que viabiliza e efetiva, em termos práticos, a teoria do constitucionalismo transformador através da aplicação da mutação constitucional. Por fim, serão apresentadas as conclusões.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988, O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 representou o "coroamento" (Sarmento, 2021) da transição de regimes rumo à democracia, trazendo consigo relevantes compromissos democráticos e um extenso rol de direitos fundamentais, além da clara intenção de mudar as relações políticas, sociais e econômicas à época vigentes em nosso seio social. Tais elementos, quando analisados de forma conjunta e sistemática, denotam claramente a natureza transformadora da nossa Constituição Federal de 1988 (Hernandes, 2021).

Nesse contexto, a idéia de "constitucionalismo transformador" significa, então, um projeto de longo prazo de vigência, de interpretação e implementação constitucional, em um contexto histórico de desenvolvimento político adequado, para transformar as instituições estatais e sociais de uma sociedade, com o fim de consolidar a democracia em termos participativos e igualitários (Klare, 1998).

O estabelecimento gradual do referido paradigma no âmbito das Ciências Jurídicas se justifica, em grande medida, tendo-se em vista que o debate constitucional instaurado no período imediatamente posterior à Segunda Guerra tem focado sistematicamente na

necessidade de proteção da pessoa humana e da dignidade a ela inerente. Em razão disso, as Constituições que surgiram a partir da segunda metade do século XX têm se preocupado essencialmente em proclamar um Estado Democrático de Direito construído a partir dos valores da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e do bem-estar social (Cunha Júnior, 2016).

Esse novo panorama propiciou inúmeras transformações para a ciência do Direito, tendo-se em vista que, após os horrores da Segunda Guerra, os novos paradigmas e fundamentos da teoria jurídica passaram naturalmente a exaltar os valores humanos sobre os poderes políticos; a ampliação e eficácia direta dos direitos fundamentais; uma nova interpretação jurídica comprometida com a máxima efetividade do discurso constitucional; e a expansão da jurisdição constitucional para abranger o controle das omissões inconstitucionais do poder público, praticadas pelo Legislativo ou Executivo (Cunha Júnior, 2016).

É diante desse cenário histórico que se sustenta, pois, a teoria do constitucionalismo transformador, que se fundamentou e se fortaleceu gradativamente, ao longo das últimas décadas, em grande parte em razão da "virada hermenêutica"[1] (Alexy, 2008), ocorrida ainda sob os escombros da Segunda Guerra.

Por seu turno, a mutação constitucional, enquanto ferramenta interpretativa e concretizadora de direitos, permite que os objetivos do constitucionalismo transformador possam ser alcançados sem a necessidade de implementação de alterações expressas e formais no texto constitucional, mas sim por meio de sua reinterpretação em conformidade com os valores e princípios constitucionais contemporâneos. (Bulos, 1997).

Isso se deve tendo-se em vista que a Constituição e as leis não são dinâmicas e não se atualizam em um espaço de tempo que seja suficientemente rápido para acompanharem o avanço da realidade social a que são aplicadas, de modo que possam – em simetria com o acelerado avanço das novas pautas sociais emergentes – prescreverem condutas assertivas, que sejam atinentes às novas e inúmeras situações da vida social que venham a necessitar de normatização expressa.

Assim, o fenômeno da mutação constitucional é uma constante na vida dos Estados e ocorre porque o significado da Constituição não pode ser dado de antemão, uma vez que depende do contexto no qual é concretizado. (Hesse, 1991). Desse modo, o sentimento

[1] O referido termo foi cunhado como resultado da convergência de pensamento da filosofia e do direito, marcada pela transição de uma visão estritamente formalista e positivista para uma abordagem interpretativa e principiológica do direito, demarcando, portanto, do ponto de vista temporal, a passagem do positivismo acrítico para o paradigma pós-positivista.

constitucional presente em cada momento vivido passa a permear a realização da Constituição, e a natureza dinâmica da Constituição – como organismo vivo que é – permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas. (Pedra, 2009).

Na esteira do recorte temporal evidenciado ao longo da última década, convém ressaltar, ante a sua relevância, a conjuntura das manifestações sociais ocorridas no Brasil, que geraram inúmeras pautas de reivindicações de alguns movimentos sociais organizados, evidenciaram o pluralismo político e determinaram maior participação popular nas instâncias decisórias do Estado. Como conseqüência, denotou-se um maior nível de tensionamento e pressão – imputadas os Poderes Executivo e Legislativo –, gerando-se também para a Suprema Corte a necessidade de prolação de decisões judiciais sobre pautas sociais específicas, não devidamente concretizadas em razão da inação dos demais Poderes.

De acordo com o problema apresentado, a hipótese proposta é a de que o fenômeno da mutação constitucional – como mecanismo de implementação prática da idéia de constitucionalismo transformador – deve ocorrer sempre de acordo com a Legislação vigente e dentro dos limites impostos pela força normativa e pela supremacia da própria Constituição, levando sempre em consideração a preservação da vontade originária do Constituinte

3 A VIRADA HERMENÊUTICA: A PASSAGEM DO IDEÁRIO POSITIVISTA ACRÍTICO PARA O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

Até que ponto as normas jurídicas são capazes de, impositivamente, dar a "última palavra" e de reger, por si só, em única *ratio,* os anseios e as necessidades mais vitais da realidade social, em especial as que são relacionadas à tutela de direitos fundamentais?

Segundo a corrente positivista clássica, a referência última do ordenamento jurídico deveria ser uma norma fundamental hipotética, pressuposta pelo pensamento jurídico (ficção), pela qual os homens devam se conduzir e por força da qual o homem deve ser tratado, conforme uma primeira constituição histórica, global e regularmente eficaz, na qual se basearia a validade do direito positivo (Kelsen, 2009, p. 229).

O positivismo formal, em sua concepção clássica, concebe a Constituição essencialmente como um sistema normativo unitário, completo e absoluto, sem contradições ou incongruências, em que o intérprete, na aplicação do Direito, procede por via silogística, em bases racionais e lógicas, mediante uma subsunção que afasta a necessidade de busca de

premissas materiais ou de conteúdos valorativos derivados da Constituição (Bonavides, 2007, p. 133).

Tal forma de se analisar o direito – disseminada fortemente ainda no início do século XX – se justificava, segundo Hans Kelsen (2009), em razão do desfalecimento do rigor jurídico, causado em grande parte pela propagação e crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre, que favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito.

Logo, o único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito seria a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o direito se movimentasse em um terreno lógico extremamente rigoroso. Esse campo seria o lugar por excelência da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito (Streck, 2014, p. 297).

Assim, a Constituição, antevista à luz do ideário positivista, dispensaria toda apreciação dos fins e valores, sendo sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação, considerando a natureza hermética em que o sistema normativo se encontraria situado.

Levando-se em conta que o positivismo formal nega a lacunosidade do ordenamento jurídico, todos os problemas que não encontrarem uma solução lógica contida no sistema são comodamente afastados como "pseudoproblemas" (Bonavides, 2007, p. 134), acarretando assim, sobretudo na esfera constitucional, um afastamento da realidade, "um verdadeiro abismo de contradições entre o rigor dedutivista da Constituição formal e as exigências vitais e inarredáveis da Constituição real, num quadro tanto mais dramático quanto mais limitadas são as possibilidades deixadas ao intérprete constitucional", segundo as palavras de Paulo Bonavides (2007, p. 134).

Os insucessos resultantes dessa moldura excessivamente formal – onde o sistema constitucional, em teoria, se esvazia de sentido e conteúdo – fizeram a reflexão da doutrina se voltar para a necessidade de um novo sistema, compatível com aqueles valores materiais que reclamam uma interpretação justa da norma constitucional, cuja aplicação somente ocorre quando há problemas em busca de solução, isto é, quando necessitam ser resolvidos interpretativamente, haja vista a impossibilidade de resolução mediante os critérios predispostos no sistema normativo.

Com o passar do tempo e mediante a verificação das experiências relativas à aplicação do direito, não se podia mais negligenciar o fato evidente – apurado após reiterados

insucessos históricos relativos à aplicação metódica do ideário positivista – de que toda interpretação constitucional não somente poderia variar segundo a modalidade de Constituição, como também, uma vez aplicada à mesma forma de Constituição, estaria sujeita também a modificações impostas pela força normativa do fato social ou da realidade política.

Após confrontamentos relativos à real efetividade do positivismo, é que veio a cair o prestigio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional. Sua impotência lógica para sustentar um método interpretativo da Constituição carente de premissas sistemáticas ficou de todo patente, disso advindo uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição, portanto, do malsucedido sistema axiomático-dedutivo (Bonavides, 2007, p. 135).

As ambições metodológicas da nova direção sistemática gravitam em torno daqueles pontos em que o fracasso dos formalistas tem sido mais evidente, através dos quais se pode perceber de forma mais cristalina a incapacidade do positivismo de interpretar o sentido da norma constitucional e descobrir a contemporaneidade de sentido da Constituição.

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico; b) consideração de princípios e regras enquanto normas jurídicas; c) a Constituição como sendo o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário, em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica (Camargo, 2012, p. 78).

O pós-positivismo – na contramão da sustentação teórica defendida pelos positivistas acríticos – cria sustentação jusfilosófica ao ordenamento jurídico, para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta das normas, e isso se permite exatamente mediante a abertura valorativa do sistema, que se constitui no flanco necessário que viabiliza a abertura de espaço para a existência do fenômeno da mutação constitucional.

O novo método é pluridimensional: abre-se aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo, enfim, que possa ser conteúdo e pressuposto da norma. O sistema constitucional dos dias atuais – especialmente o brasileiro – já não se restringe tão-somente ao sistema da Constituição normativa, mas está acrescido de todo aquele complexo de forças, relações e valores que o positivismo formalista deliberadamente excluía ou ignorava e cuja totalidade compõe a ordem material da Constituição, formando um núcleo ou círculo mais largo e compreensivo, excepcionalmente rico de conteúdo (Regla, 2012, p. 96).

Em outras palavras, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica; rematerializou-se. O aspecto material da constitucionalização tendeu, assim, a reforçar entre os juristas um conceito do Direito que não fosse exclusivamente positivista, segundo o qual o sistema jurídico deva estar, conceitualmente, vinculado também à moral. Seguramente, este seja um dos elementos que distinga, em essência, o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) de suas versões precedentes.

Vive-se, hoje, um novo momento no Direito, diante da inauguração de um novo paradigma, o do Estado Constitucional, enquanto sistema aberto de princípios. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética.

Por isso que o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas, residindo aí, em grande parte, a abertura de espaço suficiente para a existência do fenômeno da mutação constitucional como fenômeno concretizador do constitucionalismo transformador.

4 A CELEUMA PROPRIAMENTE RELACIONADA AO FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A hermenêutica é meio, que engendra novas metodologias para o conteúdo aberto da atual Constituição brasileira.

Consoante se ressaltou ao longo dos parágrafos anteriores, a leitura da Constituição, potencializada pelos métodos hermenêuticos, visa proporcionar a produção de novas possibilidades de compreensão das normas em busca da concretização constitucional e planificação da justiça no caso concreto, pois há que se perceber que, na atualidade, não existe uma verdade absoluta – e estanque – dada de antemão pelo constituinte; existem, sim, verdades possíveis, que necessitam ser descortinadas pelo intérprete quando do desenvolvimento da sua atividade argumentativa.

As teorias da nova hermenêutica decorrem de um novo entendimento acerca do conteúdo e alcance da norma constitucional, em virtude da superioridade hierárquica da Constituição na atual ordem jurídica brasileira, da qual o juiz não pode se desapegar ou desconsiderar, uma vez que toda interpretação precisa ser constitucional, direta ou

indiretamente. E, para a concretização dos primados defendidos pelo atual Estado Democrático de Direito, o aplicador do direito precisa ampliar os horizontes de sua consciência, compreendendo o seu compromisso com os valores democráticos e percebendo que "não há neutralidade possível quando se atua com valores" (Gomes, 2010, p. 301).

Sabe-se bem que determinados preceitos estruturais, elencados em um Texto Constitucional, podem, em muitos casos, ostentar um significado específico quando da sua formulação inicial, que, posteriormente, com o passar dos anos – em razão de inúmeros fatores – pode se tornar muito diferente do "conceito" ou compreensão existentes na prática social e política da atualidade.

Diante desse panorama, a mutação constitucional se reveste em um fenômeno informal que cuida de implementar, em termos práticos, a atualização dos comandos insculpidos em uma Constituição. Na mutação, a norma constitucional modifica-se apesar da permanência do seu texto, pressupondo, *a posteriori*, a não identificação entre o conteúdo da norma e o texto normativo (Pedra, 2009).

Todavia, este fenômeno não está expressamente previsto no texto constitucional, ao contrário do que acontece com os institutos da reforma e da revisão constitucional, motivo pelo qual se afirma que não existem limites expressos no texto constitucional para a realização de uma alteração informal.

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional: a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), através dos processos formais por ela estabelecidos para sua reforma. Já a segunda, consiste na alteração não da letra ou do texto expresso, mas sim do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através da interpretação judicial, dos costumes ou das leis; alterações essas que, em geral, se processam lentamente e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas (Ferraz, 1986, p. 09).

Apesar das circunstâncias fáticas integrarem o conceito de norma, isto não significa afirmar que a Constituição deve sucumbir às forças das circunstâncias da realidade. A ideia de Constituição normativa exige que as normas constitucionais sejam responsáveis por conformar a realidade. Nesse sentido, é indispensável aproximar o mundo fático e o mundo

normativo a fim de que não haja qualquer mitigação da supremacia da Constituição, levando em consideração que o fático também não pode superar o normativo (Pedra, 2008, p. 12).

Assim, as interpretações judiciais das normas constitucionais não podem estar adstritas a uma normatização jurídica que reduz a aplicação do direito apenas à estreita legalidade ou ao conteúdo específico e literal da norma escrita. É necessário pôr em prática um novo modo de se estudar o problema, que seja vinculado à concepção de que a norma poderá ser construída na realidade fático-axiológica, uma vez que os anseios da sociedade contemporânea são diferentes e encontram-se calcados em novos valores, que exigem diálogo e uma nova forma de interpretação das normas.

5 O IDEÁRIO PÓS-POSITIVISTA COMO PLATAFORMA DE SUSTENTAÇÃO PARA A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

É pacífico que a aplicabilidade das normas constitucionais não pode ocorrer de modo inflexível para todas as hipóteses da dinâmica social. A razão é de simples compreensão: a vontade do Constituinte consiste no fato de que a Constituição deve adequar-se às relações sociais – atuais e futuras – com as quais se defronta.

Com isso, formula-se um dos postulados centrais do presente estudo: toda Constituição, por mais que proclame o regime democrático e se consolide como Estado Democrático de Direito, precisa munir-se de certas válvulas de escape para enfrentar momentos de crise, nos quais se sobressai a necessidade de preservação de Direito Fundamentais, especialmente em benefício das classes sociais mais vulneráveis (Ferraz, 1986).

Esses mecanismos, à primeira vista, podem parecer agressivos aos parâmetros ordinários da Constituição, mas, em sua essência, têm objetivo oposto: o de manter a preservação, tanto quanto possível, da própria "vontade" constitucional (Pedra, 2009).

São pertinentes, portanto, as observações da doutrina, quando afirma que a ordem constitucional precisa contar com mecanismos "que garantam a harmonização entre a realidade e a Constituição; o equilíbrio entre as situações de crise e as medidas para debelá-las; e a continuidade (a não ruptura assegurada pelos limites jurídicos que caracterizam o sistema constitucional de emergência) desses elementos" (Almeida Filho, 2009); vale dizer, um sistema pelo qual se possa adequar e atualizar – à luz dos preceitos constitucionais – situações excepcionais incompatíveis com a dicção constitucional ordinária.

Em resposta, diversas iniciativas latino-americanas têm se formado para reconstruir o constitucionalismo, comprometidas com a mudança social e enfrentamento das desigualdades. Este movimento diverso aplica-se a variados contextos, mas compartilha um objetivo comum: usar o constitucionalismo como ferramenta transformadora para os direitos humanos (Gargarella, 2015).

No caso de constituições que hoje chamamos de "transformadoras", há algo mais: o texto constitucional é expressão de um projeto político de mudança social por meio de mecanismos constitucionais, que vincula os poderes estatais na atuação positiva em direção ao estado de coisas delineado pela constituição. Nesse caso, a constituição não é feita para preservar a sociedade contra eventuais mudanças negativas em um estado de coisas que basicamente já existia no momento de sua promulgação, nem apenas para impedir a ressurgência de práticas que a comunidade aprendeu a considerar negativas (Fachin, 2024).

Desse modo, o constitucionalismo transformador rompe com a visão exclusivamente estatal do fenômeno constitucional, abrindo-o para uma dimensão transversal, integrada, comparada e multinível. Isso porque constituições transformadoras expressam potencialidades que permaneciam latentes em um modelo estritamente liberal. Quando associamos "constitucionalismo" a uma ideia de vinculação de atores estatais a regras e procedimentos, é preciso lembrar que a lógica normativa é trivalente, não bivalente: ações estatais podem ser proibidas permitidas, ou exigidas. 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 (Fachin, 2024).

Substantivamente, a idéia de constitucionalismo transformador representa uma mudança não apenas no que uma constituição pode conter, mas também no que ela pode fazer - e, com isso, até mesmo o que uma Constituição pode ser: menos um instrumento de preservar liberdades e modos de vida já existentes, e mais uma ferramenta para transformar uma sociedade em algo que ela ainda não é, mas se obriga a caminhar para ser, a fim de que, ativamente, possam ser promovidos fins públicos desejáveis (Arguelhes; Süssekind, 2022).

A especificidade do constitucionalismo transformador está além da existência de um texto que promete saúde, justiça social, educação e proteção à dignidade humana, entre outras cláusulas que seriam transformadoras em sociedades marcadas por desigualdade e exclusão. É necessário considerar também a cultura jurídica, a comunidade profissional e as instituições que interpretam, aplicam e constroem argumentos com base nesse texto. “Nessa chave,

ganhou destaque no debate global a ideia de “constitucionalismo transformador” como caracterizador não de textos constitucionais, mas sim de um tipo de projeto constitucional”. (Arguelhes; Süssekind, 2022)

Atravessando essas diferentes experiências, podemos pensar em um conceito minimalista ou “fino” de constitucionalismo transformador, 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. Constituições transformadoras operam nas duas primeiras dimensões, mas o constitucionalismo transformador, como projeto, expressa um triplo alinhamento: “um texto animado por ambições transformadoras que vinculam a ação estatal e que é levado a sério, nesses termos, pela comunidade de seus intérpretes e aplicadores” (Bogdandy, 2016).

No constitucionalismo transformador encontramos, portanto, um terreno comum: um projeto ou empreendimento de transformação política e social que é pactuado por meio do direito constitucional, depende de operações ligadas ao direito constitucional para se tornar realidade, e adota e exige a utilização de mecanismos típicos do direito constitucional para a promoção desses objetivos (Gargarella, 2015).

A teoria em questão visa não apenas consolidar direitos fundamentais, mas também efetivar a democracia substancial, que ultrapassa a formalidade do sufrágio e promove a inclusão de grupos historicamente marginalizados (Gargarella, 2015). No Brasil, sua influência está refletida na Constituição Federal de 1988, com ênfase nos princípios da dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

O foco de inclusão de grupos historicamente marginalizados é um dos pilares do Constitucionalismo Transformador. De forma ilustrativa pode-se mencionar, no Brasil, o reconhecimento dos Direitos Indígenas, que foi parcialmente alcançado, por exemplo, com a demarcação de terras indígenas, garantida pelo artigo 231 da Constituição. Do mesmo modo, podem-se citar também as Políticas de Ação Afirmativa patrocinadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao validar, por exemplo, programas de cotas raciais em universidades públicas, promovendo a igualdade material.

Ao reinterpretar normas constitucionais, o Constitucionalismo Transformador estimula a colaboração entre poderes e a inclusão da sociedade civil no processo decisório, e o

diálogo institucional entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo mostra-se crucial para o avanço de pautas como a proteção ambiental e os direitos sociais (Gargarella, 2015).

6. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Por fim, modelos de constitucionalismo transformador verificados mundo afora podem variar no quanto apostam ou não em tribunais como atores centrais para garantir o comprometimento e a ação positiva estatal com as mudanças em jogo. No entanto, em muitos países as ferramentas e arranjos institucionais disponíveis vão muito além de tribunais constitucionais fortes.

Ocorre que, especificamente em relação à realidade brasileira social, política e jurídica brasileira, ainda se denota o protagonismo da nossa Corte Constitucional quando o assunto é a concretização – pela via contramajoritária[2] – de direitos sob a ótica do constitucionalismo transformador. Esse fenômeno ocorre, em grande parte, diante da inação – muitas vezes propositada – patrocinada pelos demais atores que deveriam agir proativamente em prol da concretização dos direitos em jogo, como os Poderes Executivo ou Legislativo.

Isso porque, segundo Hesse (1991), as forças desestabilizadoras de uma ordem democrática só serão contidas quando a sociedade se mostrar disposta a render homenagem aos preceitos postos nessa ordem limitadora de excessos, proporcionada graças à normatividade da própria Constituição. Quando isso ocorre, a Constituição se torna dominante o suficiente para impor seus preceitos de modo a extirpar as possíveis agressões à sua ordem. E não basta apenas a declaração expressa de direitos fundamentais ou a prévia estipulação de regras programáticas para atender os direitos econômicos e sociais de um povo; a ordem constitucional necessita de ferramentas aptas à imposição dos seus preceitos como norte de um Estado que se constrói na intenção de, efetivamente, romper com os arbítrios de um Estado autoritário e opressor.

Portanto, no Brasil, a jurisdição constitucional tem esse potencial transformador que a torna apta à promoção de mudanças estruturais ao enfrentar desigualdades históricas e sistemáticas. No nosso caso em particular, esse papel se reflete em decisões emblemáticas prolatadas pelo STF, que, alinhadas ao espírito transformador da Constituição de 1988,

[2] Uma das justificativa mais comuns para o exercício contramajoritário da jurisdição constitucional é a tutela dos direitos fundamentais das minorias, principalmente daquelas socialmente estigmatizadas. Assim, o Poder Judiciário e, em especial, a Suprema Corte teriam o papel de servir como o refúgio dos "párias sociais" para fazer valer os seus direitos fundamentais, não adequadamente tutelados, de modo expresso e formal, pelos poderes políticos representativos (Cardinali, 2018, p. 114).

buscaram concretizar direitos fundamentais e promover a inclusão de grupos historicamente marginalizados.

De forma ilustrativa, cita-se, como exemplo, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF) e o implemento das ações afirmativas nas Universidades Públicas (ADPF 186), que mostram como a jurisdição constitucional pode ser, na prática – ainda que pela via contramajoritária – um motor para a promoção da igualdade substancial.

Nesse mesmo norte segue também a histórica decisão envolvendo a possibilidade de aborto nos casos de fetos anencéfalos (ADPF 54/2012). À oportunidade, restaram resguardadas a dignidade da pessoa humana e também os direitos reprodutivos como elementos da igualdade de gênero, efetivando-se a reinterpretação do direito à vida e a sua compatibilidade com a dignidade da mulher gestante.

No mesmo sentido deu-se também o julgamento paradigmático que reconheceu a Repercussão Geral dos Direitos Sociais (Recurso Extraordinário 559.937/2016), oportunidade em que o STF reconheceu o direito à aposentadoria especial para pessoas com deficiência, mesmo diante da ausência de legislação em vigor regulamentando expressamente a matéria. Nesse caso houve a efetivação da proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, permitindo-se a promoção da dignidade humana e a inclusão social de grupos sociais vulneráveis. Do mesmo modo, o artigo 201, §1º, da Constituição passou a ser reinterpretado de modo que pudesse produzir efeitos concretos antes mesmo da regulamentação infraconstitucional da matéria.

Ainda, a decisão histórica envolvendo o estabelecimento das Cotas Raciais nas Universidades Públicas (ADI 3330/2012) considerou constitucionais as políticas de cotas raciais estabelecidas em universidades públicas.O referido julgado restou alinhado ao objetivo precípuo de redução das desigualdades históricas, bem como de promoção da inclusão social, promovendo também a interpretação do princípio da igualdade, que foi adaptado para justificar medidas de discriminação positiva.

Por fim, quando do julgamento que criminalização a Homofobia e a Transfobia (ADO 26 e MI 4733/2019), o STF equiparou tais condutas ao crime de racismo, suprindo a omissão legislativa acerca da regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional. No referido julgado foi preservada a igualdade e os direitos fundamentais de grupos vulneráveis historicamente “marginalizados”, de modo que a atuação judicial da Suprema Corte se mostrou decisiva no que diz respeito à promoção da justiça social, permitindo a

reinterpretação do artigo 5º, XLII, da CF, para incluir discriminações contra LGBTQIA+ sob a mesma roupagem das práticas racistas.

Em todos os casos acima mencionados ilustrativamente denotou-se a aplicação prática da teoria da mutação constitucional como forma de implementação da idéia de constitucionalismo transformador.

E tal comportamento "ativista" da nossa Suprema Corte se deve, em grande medida, tendo-se em vista que o Brasil adota um modelo próprio de controle de constitucionalidade, que combina aspectos do sistema americano e do sistema europeu. Do sistema americano, colhemos o controle incidental e concreto, que possibilita a qualquer juiz ou tribunal interpretar a Constituição ao julgar os casos que lhes são submetidos, podendo, inclusive, deixar de aplicar normas que venham a considerar inconstitucional. Do sistema europeu temos a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte, nas quais se discute em tese (isto é, independentemente de um caso ou controvérsia) a constitucionalidade ou não de uma determinada lei (Barroso, 2015).

Ademais, segundo Barroso (2015), Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções: a) Papel contramajoritário: que identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de "dificuldade contramajoritária" (Barroso, 2015). A despeito da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias. b) Papel representativo: ocorre quando atuam para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a modo pelo Legislativo, bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador. c) Papel iluminista: por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos.

De acordo com Alexy (2008), o papel do tribunal constitucional na interpretação última de direitos fundamentais é uma representação política, exercida argumentativamente. Isto porque, mais do que corretivos do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam hoje como condições estruturantes da própria democracia constitucional, devendo permanecer à margem das disputas políticas. A partir de um modo realista de compreensão da relação entre democracia e direitos fundamentais, Alexy (2008) argumenta que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, democráticos e não democráticos porque garantem, por um lado, as condições funcionais do processo democrático, mas, por outro lado, subtraem de maiorias parlamentares poder de decisão. Daí dizer que direitos fundamentais "desconfiam do processo democrático".

Assim, um tribunal constitucional pode representar o povo argumentativamente e se legitima quando a coletividade o aceita como instância de reflexão racional do processo político. E grande parte da legitimidade da jurisdição constitucional está na capacidade das decisões de uma corte constitucional, através do discurso racional, energizarem o debate público e incrementarem o seu grau de racionalidade (Alexy, 2008). Nesse sentido, não se trata de transformar o STF no lugar privilegiado da discussão moral e política, mas simplesmente reconhecer que as decisões das cortes constitucionais, quando bem fundamentadas, constituem rodadas procedimentais que contribuem para a racionalização do próprio debate político e para que algumas questões tradicionalmente resolvidas no campo das disputas de poder sejam tratadas como questões de justiça.

Conforme os julgados em questão demonstraram, é forçoso notar que a corte constitucional exerce poder político através da melhor leitura possível dos princípios envolvidos em cada caso. Tal função não deixa de ser, portanto, uma forma de representação e de reafirmação prática da idéia de constitucionalismo transformador, sedimentada, nos casos acima ilustrados, através da aplicação da técnica da mutação constitucional.

A Suprema Corte brasileira é chamada de "guardiã da Constituição", porém seria mais adequado alcunhá-la de guardiã da "interpretação constitucional", uma vez que têm sido operadas, via interpretação do STF, algumas das mudanças mais significativas nas disposições originais insculpidas na Carta maior. Tanto é que, ao longo das últimas décadas, o STF vem se tornando um campo de discussão para questões que têm transcendido a seara jurídica, pois, uma vez que mais próximas aos embates inerentes ao jogo político-representativo, não encontram nele um ambiente propício para desenvolver-se até uma suficiente maturação no plano legislativo, mediante a instauração de interlocuções discursivas

que se mostrem efetivamente transformadoras. São assuntos que, por sua pertinência à política, acabam suscitando ampla manifestação social e levantando acirradas polêmicas sociopolíticas. Com isso, o STF tem assumido, em certa medida, funções políticas em sentido estrito, além das próprias funções jurídicas que lhes são inerentes.

> Portanto, do marco temporal que delimitou a gradual passagem do positivismo para o pós-positivismo, denota-se que, no plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativo à aplicação do direito constitucional, quais sejam: i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, uma vez que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade; ii) a expansão da jurisdição constitucional; e iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (Barroso, 2015).

Cabe ao Estado, pois, reservar a seus cidadãos a justa distribuição de acesso, oferecendo a cada um de seus membros acesso igual às prestações institucionais. Portanto, para a eficiente aplicação da justiça e a aplicação de sua funcionalidade, deve-se avaliar cada um per si no processo interpretativo das normas. Isso impõe uma reflexão ética a respeito do alcance da distribuição dos direitos especificados no texto normativo, considerando o que mais é relevante como critério a socorrer os anseios de cada cidadão – especialmente os mais vulneráveis – no sentido de reconhecer suas capacidades e propriedades particulares de autorrealização.

Nas decisões paradigmáticas retratadas no presente estudo, mais do que atualizar o sentido do dispositivo constitucional, o STF realizou uma leitura moral, ampla e sistemática dos princípios constitucionais envolvidos com o objetivo de derrogar ou atualizar enunciados constitucionais específicos, de modo que pudessem se tornar mais compatíveis com os princípios fundamentais e republicanos defendidos pela própria Constituição.

Portanto, a interpretação constitucional de dispositivos abertos (retratados nos casos acima mencionados), por ser indissociável de uma argumentação prática moral, conduz a uma reconstrução do texto constitucional e a consequente criação de normas. No caso específico dos julgados mencionados no presente capítulo, além de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais, outras razões não estritamente jurídicas também restaram consideradas para responder ao *plus* de legitimidade que as decisões exigiam: a ausência de vontade política para a deliberação legislativa pertinente somada à nova função da corte constitucional na decisão de casos envolvendo direitos fundamentais.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo revelou quatro conclusões principais envolvendo a interlocução entre o fenômeno da mutação constitucional e a teoria do constitucionalismo transformador, considerando o contexto da Constituição Federal de 1988:

O primeiro ponto diz respeito à reafirmação da vocação transformadora da Constituição de 1988, que se destaca como um marco jurídico e político da transição democrática no Brasil. Seu texto reflete compromissos com os direitos humanos universais, dignidade da pessoa humana e promoção da igualdade. Sua natureza transformadora não se limita, portanto, apenas à declaração formal de direitos, mas também incorpora dispositivos que incentivam sua efetivação no plano prático, seja pela atuação do Poder Judiciário, seja por meio de políticas públicas voltadas à preservação da justiça social.

O segundo ponto diz respeito à relevância do diálogo interinstitucional, uma vez que a mutação constitucional, como expressão da flexibilidade interpretativa, destaca o papel essencial do diálogo entre os poderes e a sociedade civil. Nesse ponto, o STF, em especial, emerge como protagonista no processo de transformação social, decidindo questões estruturais que ampliam a inclusão e fortalecem a proteção dos direitos fundamentais. Essa dinâmica evidencia a interação entre os princípios constitucionais e a realidade social, que se encontra em constante evolução.

O terceiro ponto ressalta a importância da jurisdição constitucional, que desempenha um papel crucial na efetivação do constitucionalismo transformador. Ao interpretar e aplicar os princípios constitucionais, o STF tem contribuído para a promoção de direitos fundamentais e a redução das desigualdades sociais. Decisões emblemáticas, como o reconhecimento da união homoafetiva e a validação das ações afirmativas, demonstram como o STF tem se tornado um agente ativo na transformação da realidade social.

Por fim, denota-se que a teoria do constitucionalismo transformador desponta como resposta efetiva aos desafios enfrentados na nossa contemporaneidade, mostrando-se como importante ferramenta para lidar com as demandas de um Estado Democrático de Direito em um contexto de desigualdades estruturais. Do mesmo modo, por meio das mutações constitucionais, é possível também alinhar as normas constitucionais aos desafios de uma sociedade plural e dinâmica. Essa abordagem permite que os valores de dignidade, igualdade e inclusão permeiem tanto a atividade jurisdicional do Poder Judiciário quanto das demais instituições democráticas.

Portanto, conclui-se que a Constituição de 1988 não apenas responde às demandas de sua época, mas também se projeta como um instrumento vivo e dinâmico, capaz de se adaptar às necessidades presentes e futuras de um Estado em constante transformação. O diálogo entre os poderes, sustentado por uma hermenêutica constitucional comprometida com a aplicação e efetivação de princípios fundamentais, é indispensável para a concretização da democracia substancial e para a promoção de direitos humanos no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. **Constitucionalismo transformador:** entre casas de máquinas e "engenharia social judicial". *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, 2022. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/70939. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/388366/aspectos-relativos-ao-fenomeno-da-judicializacao-da-politica. Acesso em: 24 jan. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista:** Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf. Acesso em: 24 jan. 2025.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?** una teoría de Derecho público sobre la actividad judicial internacional. Bogotá: Universidad de Externado, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammego. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF. Limites, possibilidades e consequências.** Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de Direito**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, Salvador, v. X, p. 149-169, 2016.

FACHIN, Melina Girardi. **O papel do constitucionalismo transformador interamericano no direito brasileiro:** movimentos remodelam panorama e permitem desconstrução do discurso tradicional em constitucionalismos periféricos. *Jota*, 08 jun. 2024. Disponível em: https://www.jota.info. Acesso em 23 jan. 2025.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudanças da Constituição:** Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo, SP: Max Limonad, 1986.

GARGARELLA, Roberto. **El Constitucionalismo Transformador y su Aplicación en América Latina.** Buenos Aires: Editorial Alfa, 2015.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional:** um contributo à construção do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2010.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Constituição e Transição de Regimes no Brasil:** Uma Abordagem Transformativa. *Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, n. 7, 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KLARE, Karl E. **Legal Culture and Transformative Constitutionalism.** ***South African Journal on Human Rights,*** v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional:** limites e possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização. 331 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano:** perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

_____. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

REGLA, Josep Aguiló. **Do "Império da Lei" ao "Estado Constitucional". Dois Paradigmas Jurídicos em Poucas Palavras.** In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988:** a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. *DPU*, n. 30, p. 7-41, 2009.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 9, jan./mar. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Constituição e Realidade Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.