

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Gabriel Soares Cruz

**PLANEJAMENTO CONSTITUCIONAL POR DECISÃO JUDICIAL: um olhar da
prática constitucional do Supremo Tribunal Federal a partir da resolução das omissões
inconstitucionais**

Belo Horizonte
2021

Gabriel Soares Cruz

PLANEJAMENTO CONSTITUCIONAL POR DECISÃO JUDICIAL: um olhar da prática constitucional do Supremo Tribunal Federal a partir da resolução das omissões inconstitucionais

Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes

Belo Horizonte
2021

Cruz, Gabriel Soares
C957p Planejamento constitucional por decisão judicial [manuscrito]: um
olhar da prática
constitucional do Supremo Tribunal Federal a partir da resolução das
omissões inconstitucionais / Gabriel Soares Cruz – 2021.

Orientador: Bernardo Gonçalves Fernandes.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Constitucionalismo
3. Desenhos Constitucionais – Brasil 4. Supremo Tribunal Federal
5. Movimentos sociais – Brasil I. Título

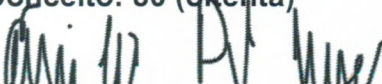
CDU₍₁₉₇₆₎ 347.628-055.3(81)

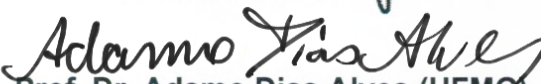
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. GABRIEL SOARES CRUZ

Aos vinte e seis dias do mês de novembro de 2021, às 14 horas, na Online da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG); Prof. Dr. Adamo Dias Alves (UFMG); Prof. Dr. Alonso Reis Siqueira Freire (UERJ) e Prof. Dr. Rodrigo Mudrovitsch (USP), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do Bel. **GABRIEL SOARES CRUZ**, matrícula nº **2017670728**, intitulada: **"PLANEJAMENTO CONSTITUCIONAL POR DECISÃO JUDICIAL: UM OLHAR DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA RESOLUÇÃO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS"**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Adamo Dias Alves, Alonso Reis Siqueira Freire, Rodrigo Mudrovitsch e Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, tendo se verificado o seguinte resultado:


Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (orientador do candidato/UFMG)
Conceito: 80 (oitenta).


Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG)
Conceito: 80 (oitenta).


Prof. Dr. Adamo Dias Alves (UFMG)
Conceito: 80 (oitenta).

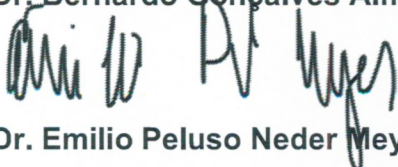

Prof. Dr. Alonso Reis Siqueira Freire (UERJ)
Conceito: 80 (Oitenta)


Prof. Dr. Rodrigo Mudrovitsch (USP)
Conceito: 80 (oitenta)

A Banca Examinadora considerou o candidato **APROVADO** com nota 80 (oitenta). Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Saul Bernardo Aragão Santana, Servidor Público Federal lotado no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (orientador do candidato/UFMG)


Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG)


Prof. Dr. Adamo Dias Alves (UFMG)


Prof. Dr. Alonso Reis Siqueira Freire (UERJ)


Prof. Dr. Rodrigo Mudrovitsch (USP)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

- CIENTE: Gabriel Soares Cruz (Doutorando)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>

Para Kedma, Artur e Rafael, minhas âncoras.

Para Caio Braga, por colorir mundo e o meu coração;
por fazer me (re)encontrar a todo instante pelos seus olhos.

Para Thiago Alencar, pelo apoio incondicional às minhas vulnerabilidades.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, por tudo que foi, és e que ainda será em minha vida.

Após encerrar a leitura de um romance que, em quatro volumes, contava a história de vida de duas amigas e os percursos típicos do ato de viver, Elena Ferrante, narra uma história intermediária, em metalinguagem talvez, sobre como a vida é um longo caminho de vidas e pessoas “que fogem e ficam”. Com certeza, é impossível não lembrar de toda a narrativa desta obra literária no momento de encerrar este trabalho com estes agradecimentos.

O longo e tortuoso caminho da pesquisa acadêmica no doutorado é na maior parte do tempo solitária; é um fugir-e-ficar constantes; quase sempre um fugir de si mesmo para tentar se reencontrar depois. Nesse caminho muitas histórias se cruzam, muitas narrativas se encontram e desencontram. A bem da verdade, são mais desencontros que encontros, cada um deixando um pouco de si e levando um pouco do outro. Em suma, o longo tempo de pesquisa doutoral é uma construção diária e um aprendizado sobre si e sobre o outro, que, dificilmente deixaria de ser inserido na escrita final deste trabalho. Desse modo, conquanto a preocupação primordial seja construir um raciocínio científico, constitui-se por metodologias cujos ânimos, desejos, sentimentos e experiências pessoais jamais conseguiriam ficar de fora.

Eu agradeço muito àqueles que fugiram, mas que deixaram um pouco deles comigo. Colegas de debates, de corredor, amigos de trabalho; e muitos estranhos que sem me conhecer me incentivavam; muitos que me criticaram, inclusive a ponto de esquecer a própria humanidade que também lhe era peculiar. Sou grato a todos eles e mesmo sem qualquer tipo de contato atual torço para que, assim como eu, tenham aprendido a viver e, sobretudo, conhecer as próprias vulnerabilidades dentro de um cenário de extrema autocobrança e exigência por perfeição.

Mas, mais que isso, este espaço é para aqueles que ficaram, que ainda estão, mesmo que por algumas várias vezes eu não quisesse ou não pudesse dar a minha presença e o melhor de mim. Mesmo que por alguns vários momentos eu preferisse silenciar em vez de expressar a minha vulnerabilidade daquele momento. Ou mesmo o contrário, em que os encontros fossem usados para que eu pudesse falar sozinho e deixar claro o que estava difícil de suportar.

Os principais foram meus pais, Kedma e Artur, que nunca mediram esforços para que a realização deste sonho ocorresse de modo que a própria qualidade de vida deles fosse posta de lado e, assim, pudessem, mesmo à distância, viver comigo este sonho. Não raras as vezes que pensei que este sonho já não pertencia a mim, mas a eles. E embora muitas vezes as coisas

estivessem difíceis para mim, eu silenciava, porque não desejava prejudicar o nosso sonho. Ao meu irmão, Rafael Cruz, também devo agradecer por torcer por mim à sua maneira crítica e exageradamente real de ver o futuro incerto, que, no início me incomodava, mas conhecendo o seu coração, é nada mais que sua forma de expressar seus sentimentos fraternos.

Sou grato aos meus irmãos de décadas que nunca hesitaram em me incentivar e sempre apontaram, jocosamente ou não, as minhas falhas e jeitos próprios de levar a vida. Thiago Alencar e Felipe Simões, meu muito obrigado pela vida de vocês. Eu tenho certeza de que esse sonho é compartilhado por vocês também, e ninguém me cobrou mais a escrita deste trabalho do que vocês. Amo vocês e sempre amarei. Isso se estende também a Felipe Santana que sempre fez questão de estar presente em os momentos difíceis que tenho passado, e, igualmente, por me ensinar muito sobre a vida e não ter receio nenhum de explorar minhas fraquezas e vulnerabilidades. Amo sua vida e prometo aceitar seus convites para viagens. Sou grato a Rakel Dourado pelo constante incentivo e por, sobretudo, sempre me receber com sua família em São Luís. Obrigado também a Diego Braga, Manoelzinho, Tia Rose, Lucas e Ana Rosa, pelos bons momentos de família.

Esse sonho começou a ganhar forma há anos, especificamente, em 2006, quando Alonso Freire, antes meu professor da graduação em Direito e hoje meu irmão. É por causa do seu incentivo diário que tive condições de finalizar este trabalho. Você é um exemplo de estudioso, de advogado, mas, sobretudo de ser humano. Agradeço, ainda, por você, Carol e Nina serem a minha família em Brasília e por pensar em mim e me inserir em muitos projetos pessoais e profissionais. Amo a sua vida e serei eternamente grato pelo que faz e, conhecendo seu coração, pelo que ainda há de fazer por mim e pela nossa amizade.

Tive muitos momentos de provação nestes anos acadêmicos, mas o ano de 2020 foi, sem dúvidas o maior, e talvez não apenas para mim. Desse modo, muitas mãos foram estendidas, muitos luminas foram usados para que os obstáculos pudessem ser superados da melhor forma. Assim, agradeço a todos da célula “Cachorro Crente”, em especial meus pais na fé, Marcelo e Paula Queiroz. Ainda, aos meus irmãos na fé, Felipe Egg, Amanda Goecking, Rafa, Daniel, Lud, Antônio, Raquel. Ao Pastor Saulo Mattos, assim como ao Dr. Beto e Priscila, que, incansavelmente, usam todo seu conhecimento para garantir o meu bem-estar físico, mental e espiritual. À Mayara Carvalho por ser quem és e sempre acreditar em mim.

Ao Caio Braga, por me ensinar que o mundo é colorido, um mundo de narrativas lindas, eis que diverso, e que pertencer a tudo é o caminho para pertencer cada vez mais a si mesmo. Pela resiliência em viver de modo leve a própria verdade, ainda que tudo caminhe em sentido contrário e o mundo pareça estranho e que não lhe caiba. Aprendo com você que o mundo

talvez seja aquilo que criamos dele; ou, talvez, que o mundo que lhe (nos) caiba ainda não foi criado, mas sou muito grato de saber que estamos juntos.

Agradeço a Kelly Barros por me ensinar, pelas suas vulnerabilidades, o real sentido de resiliência, e, também por manter viva em mim a chama das reflexões acadêmicas, mesmo quando tudo parece que vai ruir. À minha tia Maria do Socorro, de quem herdei o amor pelo magistério e de quem aprendo não apenas isso, mas que a vida é viver sua própria verdade.

Aos alunos de outrora e hoje grandes professores, os quais me orgulho e me fazem ainda acreditar no magistério, Manu, Neto, Hélder, Maíra e Teresa. Aos colegas de Mestrado e Doutorado, Tiago Souza, René Braga e João Victor Prasser, pelas oportunidades de discussão e aprendizado.

Ao meu amigo e orientador Bernardo Gonçalves Fernandes, pela sua paciência e resiliência comigo, e, principalmente, pela confiança depositada em mim e nas ideias não tão comuns que costumo defender. Agradeço também ao Professor Emílio Peluso, por ser incansável pesquisador e exemplo para aqueles que tiveram oportunidade de serem seus alunos. Sempre carregarei a Universidade Federal de Minas Gerais em meu coração por causa dos grandes professores e seres humanos que são.

Infelizmente, alguns que fugiram se foram para um lugar melhor, pelo que agradeço, quando ainda em vida, daquilo que aprendi com eles. Em primeiro lugar, aos meus avós Marcolina e Cícero Soares, Zequinha e Mercedes. Ao Déo, que hoje reina com Cristo Jesus, obrigado por me ensinar que estamos neste mundo para servir.

Encerro o que talvez tenha sido a parte que tive mais dificuldade de escrever neste trabalho com a certeza de que a coragem que precisamos para viver bem uma boa vida é reconhecer a vulnerabilidade dela. E que ninguém assistirá ao enterro da sua quimera. Tristeza, alegria, amor, ódio, correria, calma, peso, leveza...são tudo sentimentos que farão parte do ser humano e, assim como as ondas, ora estarão altas ora baixas. O mundo é e sempre será um eterno marulhar.

Pode-se esperar que um povo que ama a liberdade e que respeita o Estado de Direito deixe que os juristas decidam o que significa um texto constitucional; mas não se pode esperar que eles deixem que os juristas decidam o que uma constituição deve dizer. Esse não é um trabalho para juristas, mas para pessoas.

Justice Antonin Scalia
Ex-Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos

RESUMO

O presente trabalho defende a possibilidade e legitimidade da elaboração de desenhos constitucionais por meio de decisões judiciais. Apresenta uma releitura do Poder Judiciário quanto à possibilidade elaboração de desenhos constitucionais por meio de suas decisões. A partir do exercício do controle judicial de constitucionalidade das omissões previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, objetiva-se jogar luz sobre atividade de planejador constitucional realizada pelo Tribunal, sobretudo, na regulamentação do direito de greve ao servidor público civil e do enquadramento das práticas de homofobia e transfobia como crime de racismo. Defende-se que o espaço de protagonismo judicial se deve a escolhas políticas realizadas no momento de elaboração do texto constitucional e da fixação dos desenhos institucionais de determinada entidade política. Não há como falar de constituição sem que a estrutura institucional também seja ventilada. A aplicação de uma constituição é atuação na prática dela por meio das instituições escolhidas no momento do desenho. Argumenta-se que os processo de elaboração do texto constitucional é permeado por escolhas e posturas políticas contextuais e limitadas ao tempo de sua edição. Nesse sentido, embora a constituição envolva um conjunto de expectativas políticas para uma dada comunidade ainda restará importante espaço para incertezas decorrentes das limitações humanas, temporais e do próprio ato de planejamento constitucional, o que leva os elaboradores a escolherem provisões que tentem reduzir os riscos destas incertezas, a exemplo da revisão judicial. Com efeito, a adequada compreensão do porquê pela adoção de constituições e instrumentos institucionais de controle judicial de constitucionalidade derivam tanto da adoção de provisões sobre direitos fundamentais quanto de uma opção política para redução dos riscos da vivência democrática os quais não são possíveis de serem sabidos na totalidade. O documento elaborado, o desenho constitucional realizado, veicula um imaginário decorrente das narrativas constitucionais que são possíveis naquele momento ou que não são escolhidas para terem consolidação no texto constitucional. Então, a conformação com documentos constitucionais escritos deriva da sua vulnerabilidade e abertura para desenvolvimento político no futuro incerto, e na fé e esperança de que as gerações futuras conseguirão realizar a acomodação adequada, corrigir as incompatíveis com as circunstâncias atuais, por meio do resgate das promessas passadas não cumpridas. Na medida em que as instituições, a exemplo do Poder Judiciário, percebem esta falibilidade, compreendem a si mesmo como replanejadores do projeto original e, assim, o desenvolvem no tempo por meio de permanentes construções constitucionais. Garante-se a durabilidade ao mesmo tempo em que se garante a força normativa do texto. Em vista disso, a constituição e o seu projeto político e institucional são um instrumento libertador, que não escraviza os cidadãos e as instituições a modelos políticos específicos que não podem ser modificados ou replanejados. Partindo-se disso, concluiu-se que o Poder Judiciário, sobretudo, o STF, é um legítimo planejador constitucional. A Constituição de 1988 é um instrumento libertador e as instituições devem assim considerar, resgatando-se as promessas passadas imperfeitas e não cumpridas sempre que a circunstâncias atuais indicarem que as práticas passadas as desconsideraram. Adota-se como referencial teórico principal as compreensões de falibilidade constitucional defendidas por Jack Balkin por meio do constitucionalismo redentivo, tratando-o como constitucionalismo da libertação.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição. Falibilidade constitucional. Instituições Políticas. Controle judicial de Constitucionalidade. Desenhos Constitucionais.

ABSTRACT

This thesis argues the possibility and legitimacy of the constitutional designs through judicial decisions. It presents a reinterpretation of the Judiciary Power regarding the possibility of elaborating constitutional designs through its decisions. From the exercise of judicial review of filling gaps provided in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, by the Federal Supreme Court, the objective is to shed light on the activity of constitutional design carried out by the Court, above all, in the regulation of the right to strike of government employees and the framing practices of homophobia and transphobia as a crime of racism. It argued that the space for judicial protagonism is due to political choices made at the time of drafting the constitutional text and setting the institutional designs of a given political entity. There is no way to talk about the constitution without the institutional structure. So, the application of a constitution is acting in practice through the institutions chosen at the time of design. It defends that the process of drafting the constitutional text is permeated by contextual political choices and postures and limited to the time of its edition. In this sense, although the constitution involves a set of political expectations for a given community, there will still be important space for uncertainties arising from human and temporal limitations and from the act of constitutional planning itself, which leads the drafters to choose provisions that try to reduce the risks of these uncertainties, such as the institution of judicial review. Indeed, the adequate understanding of why the adoption of constitutions and institutional instruments for judicial review of constitutionality derive both from the adoption of provisions on fundamental rights and from a political option to reduce the risks of democratic living and electoral competition, which are not possible to be known in the totality. The elaborated document, the accomplished constitutional design, conveys an imaginary resulting from the constitutional narratives that are possible at that moment or that are decided to not be consolidated in the constitutional text. Therefore, conforming to written constitutional documents derives from their vulnerability and openness to political development in the uncertain future, and in the faith and hope that future generations will be able to carry out adequate accommodation, correct those incompatible with current circumstances, through the redeem of past promises not kept. To the extent that institutions, like the Judiciary, perceive this fallibility, they understand themselves as redesigners of the original project and, thus, develop it over time through permanent constitutional constructions. Durability is guaranteed while the text's normative force is guaranteed. In this view, the constitution and its political and institutional project are a liberating instrument, which does not enslave citizens and institutions to specific political models that cannot be modified or redesigned. Based on this, it was concluded that the Judiciary, especially the STF, is a legitimate constitutional designer. The Constitution of 1988 is a liberating instrument and institutions that must be considered, redeem imperfect and unfulfilled past promises whenever current circumstances indicate that past practices disregarded them. The main theoretical framework is the understanding of constitutional fallibility defended by Jack Balkin through redemptive constitutionalism, treating it as liberation constitutionalism.

KEY-WORDS

Constitution. Constitutional fallibility. Political institutions. Judicial review. Constitutional design

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. CONSTITUIÇÃO, INSTITUIÇÕES, E PLANEJAMENTO CONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS DO PODER PÚBLICO	21
2.1. O povo e o controle judicial de constitucionalidade: juízes e tribunais com e contra a democracia.....	29
2.2. A Teoria do Seguro e a opção política pela adoção de mecanismos de revisão judicial no planejamento constitucional	44
2.3. Por que uma Constituição? A estratégia ou opção política pela adoção de constituições.....	59
2.4. Conclusão: predestinação institucional constitucional	76
3. LIDANDO COM AS (IN)CERTEZAS: AS OMISSÕES CONSTITUCIONAIS E INCONSTITUCIONAIS	79
3.1. A vulnerabilidade constitucional e a importância do reconhecimento da falibilidade do planejamento para a legitimidade da constituição.....	82
3.2. Legitimidade, fé no planejamento constitucional e o constitucionalismo redentivo.....	102
3.3. Conclusão: Constitucionalismo da libertação.....	117
4. REDENÇÃO, PLANEJAMENTO CONSTITUCIONAL E O PODER JUDICIÁRIO: O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO BRASIL	120
4.1. As omissões inconstitucionais e os seus mecanismos de controle no Supremo Tribunal Federal	132
4.1.1. Ausência de tratamento legislativo do direito de greve no serviço público	137
4.1.2. A criminalização da homofobia e da transfobia	141
4.2. Texto versus circunstâncias atuais: a legitimidade do planejamento/desenho constitucional pelo Poder Judiciário.....	144
4.3. Nota final: Juízes, Tribunais e(m) tempos de impasses políticos e sociais: quando a fé é pouca.....	150
4.4. Conclusão: desenhos constitucionais por decisão judicial	156
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
REFERÊNCIAS	164

1. INTRODUÇÃO

“O mestre ainda não veio decretar o começo da abstenção e, olha, a luz ainda está conosco. Sim, o mundo está absurdamente esquisito. Já ninguém confia nas imposições dos prefeitos, a esta hora na terra é um tanto carnaval, um tanto conspiração, um tanto medo. Metade fé, metade folia, metade desespero. E, provavelmente, a esta hora, uma metade do mundo está vencendo e a outra metade dormindo, há ainda outra metade limpando as armas, outra limpando o pó das flores. Mas por causa do que me ensinou o místico, eu acredito que exista, agora, alguém profundamente acordado. Alguém que esteja vivendo entre o intervalo tênue entre o sonho e a agilidade. Suponho que ele saiba perfeitamente que este começo de século será nosso batismo do vôo para nossa persistência no amor. João molhou a testa de Manuel. Os gritos das ruas molham as testas de nossos corações.”

(Trecho do poema “Fevereiro”, de Matilde Campilho)

“O papel tem a maneira de colocar as pessoas em problemas em nossa casa”, foi a resposta dada a Daniel J. Jones, representado pelo ator Adam Driver no filme “O Relatório”, quando ele perguntou sobre a ausência de impressora e papel no espaço que lhe foi reservado para acesso aos arquivos da CIA, sobre o “Programa de Detenção e Interrogatório”, utilizado pela agência Norte-Americana, após os atentados do dia 11 de setembro de 2001. Após breve silêncio e mudanças posturais dos personagens em cena, o protagonista objeta, em seguida: “Em algum momento precisaremos de impressora e papel...na nossa casa [Poder Legislativo], é com papel que seguimos as leis”.

Daniel J. Jones era encarregado pela Senadora Dianne Feinstein, como representante de corpo investigativo sobre as técnicas de interrogatório que o Governo do Estados Unidos se valia para obter informações sobre os ataques daquele fatídico dia. O diálogo, ocorrido logo nos primeiros minutos do filme, apresenta importante traço da cultura constitucional que teve seu ápice na modernidade e se espalhou pelos estados nacionais como um todo: a regulação da sociedade por documentos escritos, em papel.

Pode-se extrair do diálogo uma outra tensão para além daquela oportunizada pelos agentes do Estado na situação. Estava em jogo, também, a tensão entre o Poder Legislativo - uma comissão no Senado Federal - e o Poder Executivo. Como ficou evidenciado, conquanto ausente de documentação – papel – sobre os atos de interrogatório realizados em outro país, uma agência vinculada ao Poder Executivo dos Estados Unidos estava se valendo de tortura para conseguir informações sobre o paradeiro e os atos posteriores daquele quem havia ordenado os ataques terroristas.

A cena protagonizada por dois representantes de instituições políticas diferentes, no contexto de filme de drama político, revela importante trama narrativa constantes dos regimes de separação de poderes e controles mútuos. O documento, ou, melhor, o papel, para Daniel J. Jones representava muito além de instrumento de acesso a informações e conhecimento, era um típico meio para controle. Enquanto para o agente da CIA ele era uma fragilidade das práticas desenvolvidas pela instituição.

Seja para fins de controle, para fixação de padrões prévios e guia de comportamentos futuros, ou mesmo para acesso a informações, documentos escritos têm a sua importância para a sociedade, de modo que a razoabilidade da preocupação de Daniel J. Jones dificilmente não terá o condão de provocar idêntica reação que ele demonstrou àqueles que assistem o filme. As preocupações do agente da CIA também provocam reações, porém, menos comuns ao Direito Constitucional no contexto de constituições escritas.

Não é preciso muito esforço para que comparações com o regime constitucional brasileiro sejam feitas a partir da cena descrita. Uma vez que adotamos uma constituição escrita como instrumento ordenador da sociedade e do Estado. Além disso, não raro nos damos conta que nem todas as respostas e informações estão escritas no papel, isto é, no texto constitucional. Para um estado regido por uma constituição, o papel é o meio para seguirmos as normas, mas, de igual modo, pode ser um meio para colocar “nossa casa” – o aplicador – em situações problemáticas, porque nem tudo está lá ou teve condições de, no processo de elaboração, poder contar com provisão de alguma espécie.

Exatamente neste último ponto que o trabalho se assenta. Vem muito mais à nossa consideração, inserida em contexto normativo da modernidade e das codificações, que seguir fielmente ao escrito é medida para garantia de regularidade da vida da entidade política. No entanto, a proposta aqui defendida ocorre nas outras preocupações, isto é, naquilo que o texto é problemático, o que será abordado como as falibilidades do projeto constitucional, em nível de sistema.

Desse modo, para além de uma tese normativa que fixa e defende que instituições – sobretudo as de controle judicial – são mecanismos de aplicação e desenvolvimento do texto constitucional, trata-se de uma tese sobre vulnerabilidades. A preocupação central se dá quanto às vulnerabilidades constitucionais. Para tanto, uma releitura do papel das instituições é a viga mestra para desenvolvimento da resposta ao problema da falibilidade constitucional. Releitura esta, a seu turno, que se também se assenta sobre a própria constituição e o seu documento. Isso porque a constituição como mecanismo normativo de resolver questões de governo e problemas constitucionais nada mais é do que uma instituição de controle de comportamentos, sejam elas de instituições estatais ou do próprio cidadão. Além disso, ela é o meio pelo qual os problemas deverão ser resolvidos.

Partindo-se disso, adotam-se compreensões não muito comuns na literatura do direito constitucional no sentido de que a constituição é uma *forma de política por outros meios*. É que se a sua finalidade é tratar uma série de problemas políticos de governo, somente dentro desta compreensão e consideração que ela poderá receber o adequado tratamento pela sociedade e, nesse sentido, servir como um instrumento perene que, conquanto sujeito a disputas constantes, mantenha-se firme na possibilidade de que o seu desenvolvimento no tempo pelas gerações vindouras.

De igual modo, é um fato mundial a escolha pela adoção de estruturas institucionais por Cortes e Tribunais Constitucionais, isto é, um conjunto de escolhas políticas para resolver problemas constitucionais da entidade política se sobressai a adoção de mecanismos de controle judicial, em cuja justificativa extraída deriva de uma escolha política para reduzir riscos das incertezas futuras dos processos de competição eleitoral. Dito de outra forma, a adoção de mecanismos de revisão judicial serve aos propósitos apresentar uma estrutura de apoio para tratamento das vulnerabilidades constitucionais, que, como dito, decorrem das incertezas da vida política. Estas estruturas serão abordadas neste trabalho sobretudo por meio da revisão judicial ou do controle judicial de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Em vista disso, adota-se como estratégia metodológica estudos descritivos sobre a relação das escolhas e dos fatores políticos no processo de elaboração da constituição antes mesmo da descrição do referencial teórico principal a fundamentar o marco teórico adotado, adotando-se posturas reais destes processos. Por processos de elaboração da constituição são utilizadas várias expressões intercambiáveis, mas que apresentam a mesma concepção aos objetivos deste trabalho, a saber: *desenhos constitucionais*, *planejamento constitucional*; *projeto constitucional original*. Ademais, eles servem não apenas para suscitar problemas específicos que surgem do processo de escrita, mas, antes, para assentar a condição política por

trás deste processo, de modo a fixar que a constituição é um instrumento de realização da política e, como tal, precisa ser sensível à *política-em-movimento*.

O que se percebe, então, é que a ascensão do constitucionalismo mundial com a adoção de determinadas estruturas institucionais semelhante de controle e desenvolvimento do projeto constitucional deriva de uma postura política de ressignificar práticas passadas. A difusão mundial destas estruturas se revela quase como uma predestinação constitucional à escolha por elas, uma vez que, a um só tempo garantem que os direitos sejam resguardados – os problemas constitucionais – em conjunto com uma estrutura de instituições para tal fim. Ou seja, embora importante a linguagem de direitos para indicar caminhos reflexivos sobre o controle judicial de constitucionalidade, a sua adoção no contexto do planejamento constitucional reflete antes com a instituição-constituição poderá justificar melhor isso, uma vez que direitos se sujeitam a certos problemas contextuais que o texto constitucional precisará ser sensível sob pena de uma constituição fadada ao insucesso.

Estas primeiras preocupações tomaram assento no primeiro capítulo deste trabalho, como forma de fixar um dado que, entende-se, não passível de desconsideração: o Poder Judiciário e as instituições de controle e revisão constitucional que os planejadores constitucionais lhes atribuem colocam em situação de protagonismo necessário à manutenção ou, no mínimo, regularidade do funcionamento das instituições democráticas, principalmente, naquilo que se relaciona com a acomodação dos mais diversos interesses frente às limitações do empreendimento de elaboração de um texto ou de desenhos constitucionais.

O segundo capítulo, a seu turno, parte destas constatações descritas, com vistas a operacionalizar no campo da teoria constitucional a concepção de constituição e/ou de instituição que seja sensível a estas questões e que deem base ao pesquisador e ao aplicador, desta feita, sobre as vulnerabilidades de todo e qualquer sistema constitucional.

Para tanto, compreende-se que a constituição constitui um imaginário elaborado pelos *designers* como um meio de representar a história constitucional vivida pela entidade política ao tempo da sua elaboração. Ao tempo da elaboração, mesmo que os planejadores sejam profundo conhecedores das histórias e das narrativas do povo, o provisionamento das estruturas institucionais revela um imaginário, a fim de possibilitar, naquele momento o término do empreendimento ou, como é mais comum em comunidades com complexidades contextuais as mais diversas, a acomodação dos diversos interesses. E, como visto, esta *estratégia de acomodação* tem pontos de fraqueza, que relega as instituições futuras a correção, para resgatar compromissos imperfeitos ou insatisfeitos.

Às futuras gerações resta a fé e esperança deste resgate, o que é defendido por Jack Balkin (2011a; 2011b) como uma postura redentiva. A esse respeito, adota-se o *constitucionalismo redentivo* ou *de redenção* como instrumental teórico capaz de reconhecer as falibilidades da constituição, mas não como algo que pode causar uma deficiência para o progresso e desenvolvimento da sociedade. Serve ele como meio para possibilitar que a estrutura original possa ser desenvolvida, ou, melhor, possa ser objeto de *construções constitucionais*, que nada mais são, do que contínuos processos de planejamento e replanejamento. Destarte, embora fixando-se em juízes e tribunais, este processo implica uma constante interrelação entre instituições que pertencem e conformam esta mesma estrutura.

Juízes, Tribunais ou Cortes Constitucionais ganham proeminência, sobretudo, pelo espaço que lhes é relegado pelas escolhas por instituições de redução de riscos – com seus respectivos mecanismos e competência –, como também por possibilitar o próprio desenvolvimento das instituições democráticas. A revisão judicial também se mostra mais disponível e disposta a tal fim. Ao passo que a competição eleitoral é resguardada ela contribui para que as liberdades sejam garantidas e que a burocracia imparcial advinda da estrutura constitucional original também se desenvolva no tempo. Assim, aos moldes da compreensão da constituição e(m) instituições, a *performance* diária dos magistrados é uma forma de política por outros meios.

Por isso, as instituições sempre estarão em disputa, porque a constituição também estará, haverá constantemente um *jogo duro constitucional*. Isso possibilita que as futuras gerações continuem a se anexarem ao projeto original e, como muitas vezes ocorre, libertando-se de amarras ou de narrativas que não representam e nem poderiam representar a totalidade da história de uma cultura constitucional. O projeto redentivo é coerente com o defendido porque ao passo que respeita o documento permite a libertação necessária, de forma que a leitura da redenção constitucional é a *libertação pela constituição e suas instituições*.

O segundo capítulo, então, objetiva analisar o principal ponto de um documento constitucional, relativo à sua falibilidade, para rechaçar qualquer tipo de perfectibilidade de um projeto, principalmente político, para clamar o povo a participarem ativamente dele por meio das construções e planejamentos constitucionais. Visa, ainda, lançar luzes sobre concepções de textualidade constitucional e da prática constitucional sobre circunstâncias de incertezas ou que os *designers* optaram por não decidir. Omissões, silêncios normativos, práticas contra os valores da história constitucional da comunidade são características inerentes ao projeto político, competindo às instituições estatais ou não resolverem, limitadamente, também.

Fixadas as premissas práticas e teóricas, o terceiro capítulo visa a contextualizar com maior evidência estas questões no Brasil a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente porque o constitucionalismo redentivo é construído sobre narrativas do Estados Unidos da América, em cujo processo de formação, embora se diferencie espacialmente, revela uma mesma problemática da grande maioria de países marcados com problemas constitucionais diversos. Ou seja, o constitucionalismo redentivo é mais sobre a libertação quanto ao tratamento de vulnerabilidades do que, efetivamente, um modelo localizado e de contingências próprias. A diferença primordial a ser realizada, no entanto, se refere à ausência de previsão normativa expressa do controle judicial de constitucionalidade, originando-se de uma construção de práticas no tempo.

Outra questão importante a ser tratada é que não apenas o Poder Judiciário é a instituição única a ser catalisadora de mudanças na sociedade. A opinião pública, movimentos sociais e atuação dos partidos políticos são mecanismo de libertação pela constituição, mas cujo recorte metodológico não pode contemplar na totalidade estas questões. Com efeito, o Brasil contém disposições expressas sobre a revisão judicial, como também para a resolução das vulnerabilidades do texto constitucional. Mas, seguindo-se a literatura dogmática instrumental, se expressam como um vício a ser corrigido, porque gera uma desconformidade constitucional e, dado o caráter normativo-obrigatório do texto, precisa receber uma sanção.

Para esse fim, vale-se, precipuamente, da resolução de duas omissões inconstitucionais, a saber: a greve no serviço público e o enquadramento como crime de racismo as práticas homofóbicas e transfóbicas e do planejamento constitucional oferecido pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto o primeiro detém previsão constitucional expressa ainda não regulamentada por lei, a segunda ainda tramita indefinidamente por discussões e proposições legislativas ainda não aprovadas.

O constitucionalismo redentivo serviu para reflexão quanto à adequada concepção a ser dada ao texto constitucional. O texto é falível, em razão da falibilidade do projeto que o pressupõe. Mas além de algo escrito o texto é, na verdade, a tessitura que forma a estrutura institucional da entidade brasileira. Ela é um entrelaçamento das narrativas constitucionais possíveis ao momento de sua inscrição no texto, a fim de possibilitar a coordenação e a acomodação dos mais diversos interesses presentes ao tempo de sua elaboração, cumprindo-se ao STF a construção constitucional que resgatasse os compromissos não realizados ou imperfeitos, ou para libertar grupos minoritários de situação de injustiça. Ao provocar a jurisdição especializada da Corte Suprema brasileira conclamou-se a um exercício de fidelidade ao texto, à tessitura.

A pesquisa, ademais, não desconhece as falibilidades das defesas realizadas, de forma que ainda que com concepções diferentes sobre os processos de disputas que ocorrem em meio à democracia, não hesitou em reconhecer que as falhas se deslocam ao próprio controle judicial. Assim como no diálogo que preâmbulou esta introdução, a vulnerabilidade constitucional é o reconhecimento de que a comunidade política não defende sempre de modo uníssono a resolução de certas matérias. A beleza do planejamento constitucional, todavia, é extraída deste ponto, porque permite construções constitucionais em todo momento e que as gerações possam sempre buscar na tessitura constitucional pontos de anexação e desanexação, a ponto de ser necessário a constante releitura das instituições para a durabilidade delas.

O que se propõe, portanto, é a releitura do papel do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal como instituição inclusivista e que considera que a história constitucional de um povo é uma dentro de várias narrativas. Por isso, a história gerada por uma decisão é considerada uma ficção a partir de uma narrativa, que, por sua vez, não exclui outras narrativas e, até mesmo, subnarrativas. O STF é o narrado autorizado, em cuja legitimidade advém tanto de posturas normativas expressas quanto de práticas passadas de compreender o edifício constitucional de 1988 como inacabado.

Trata-se, pois de uma tese normativa, mas, principalmente, de *uma tese sobre vulnerabilidades* e sobre novas possibilidades de vida oportunizadas e previstas na constituição. Para tanto, utiliza-se uma análise longitudinal das práticas e decisões do Supremo Tribunal Federal, operacionalizando-a por meio da construção de sínteses e conclusões parciais que refletem um novo olhar sobre o direito constitucional, constituições e suas instituições. De rechaço de posturas ideais exagerada em prol de busca de soluções temporárias, experimentais, e abertas a novas *releituras*, como forma de libertação da escravidão de tradições cuja contextualidade local as exclui.

Na “nossa casa” o papel, o escrito, é o caminho para a libertação.

2. CONSTITUIÇÃO, INSTITUIÇÕES, E PLANEJAMENTO CONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS DO PODER PÚBLICO

Há muito que estruturas específicas são adotadas para tratamento de questões constitucionais – questões de governo (STOURZH 2007; SARTORI, 1962). Ao refletir sobre o controle judicial de constitucionalidade, vê-se, a exemplo da constituição em si, que os seus mecanismos veiculam normas e práticas preocupadas em conformarem a atuação de um corpo – coletivo - que compõe um Estado. Assim, tem-se reconhecido cada vez mais que é consonante com o Direito Constitucional a preocupação com condições políticas específicas. De igual modo, tem-se reconhecido a acomodação destas condições no texto constitucional, com o seu encaminhamento por provisões constitucionais e instituições.

A esse respeito, segundo Tom Ginsburg (2012, p. 2), a preocupação com estruturas institucionais para o bom funcionamento da entidade política não é observada somente agora. Ela apenas se evidenciou com maior força nos últimos séculos em razão da expansão de constituições formais e escritas decorrente das revoluções nos Estados Unidos, em França e na Polônia. Logo, o ato de gestação de uma constituição como documento escrito leva a uma ênfase distinta e necessária ao planejamento institucional também, e vice-e-versa.

Esta conclusão, como se descreverá, ganha respaldo em importantes estudos atuais e centrados na realidade de práticas concretas de uma entidade política. Eles constataam a existência de estratégias políticas por trás da adoção de uma constituição (HIRSCHL, 2013), bem como pela escolha de desenhos institucionais específicos, a exemplo da revisão judicial e dos tribunais constitucionais ou instituições contramajoritárias (GINSBURG, 2003; ALBERTS; WARSHAW; WEINGAST, 2012), a denotar que o estudo sobre uma respectiva instituição atrai a reflexão sobre o próprio planejamento constitucional.

Os indivíduos estão inseridos dentro amplo contexto de estruturas e práticas institucionais e, estas, influenciam e ajudam na determinação de certos resultados, de modo que se torna evidente que o *design* que permeia a constituição é resultado da influência e consideração de interesses e incentivos de partes interessadas e demais relações de poder no processo de planejamento, e a serem coordenadas pela constituição após a sua elaboração.

Os estudos orientadores desta reflexão estão no escopo dos chamados *desenhos ou projetos constitucionais* e, como tais, afirma Tom Ginsburg (2012, p. 1 – tradução livre), em introdução de obra coletiva seminal sobre o tema:

Na prática contemporânea, os sistemas constitucionais geralmente se originam com atos ousados de desenhos institucionais propositados, incorporados em um documento fundador da entidade política. Esses projetos envolvem empréstimo, aprendizado e acomodação, mas também envolvem momentos de inovação e experimentação criativas. Reunindo-se elementos díspares do passado nacional real ou mítico e a experiência variada de outras entidades políticas, os legisladores constituintes produzem um documento para estruturar o governo e expressar valores fundamentais. Assim sendo, o projeto constitucional nada mais é do que audacioso. Os fundadores tentam regular a conduta humana futura com base em previsões especulativas, de como as instituições, às vezes não testadas, realmente funcionarão, e em meio a conflitos políticos acalorados, que tornam o compromisso inevitável¹.

Após a ascensão e expansão de constituições formalizadas em um único documento escrito – *as constituições escritas* – as preocupações com o tratamento das condições políticas ganhou ênfase maior diante da fácil identificação por meio do texto escrito, orientadas nas funções e objetivos de certas instituições constantes da constituição. Como um mecanismo social que estrutura e conforma a regras de criação e funcionamento da entidade política, a Constituição deve ser entendida como uma instituição política e, como tal, merece análise quanto ao seu ato de planejamento.

Isso envolveria, por óbvio, a imersão em tramas profundas de barganhas políticas e processos constituintes. Mas esta não é a preocupação do presente trabalho e nem seria possível, na sua extensão². Com efeito, o objetivo da presente seção é a descrição de pressupostos justificadores para demonstrar não apenas a importância dos estudos sobre planejamento constitucional comparado e da consideração de práticas de diversos ambientes institucionais para o Direito Constitucional e o processo de interpretação da constituição.

Antes, o tema reforça os fundamentos da relação mútua e irmane entre constituições e instituições e reforça o rechaço de posturas puramente normativas – ou ideacionais – da constituição e da prática constitucional, que podem se apresentar como abordagens limitadas para a explicação da adoção e expansão de constituições e instituições de revisão judicial, ante a variedade de práticas e contextos políticos.

¹ No original: “In contemporary practice, constitutional systems usually originate with bold acts of purposive institutional design, embodied in a founding document for the polity. These designs involve borrowing, learning, and accommodation, but they also involve moments of creative innovation and experimentation. Gathering together disparate elements from the real or mythical national past and the varied experience of other polities, constitution makers produce a document to structure government and express fundamental values. Viewed in this light, constitutional design is nothing if not audacious. Founders attempt to regulate future human conduct on the basis of speculative predictions of how institutions, sometimes untried, will actually function, and in the midst of heated political conflicts that render compromise inevitable.”

² Para tanto, confira: FREIRE, Alonso. O PROCESSO CONSTITUINTE INCLUSIVO: Fundamentos Teóricos, Evidências Empíricas e Dinâmicas Governantes. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 303 f.

Logo, pode-se não se ter acesso a todas as práticas e diversidade de contexto, mas a sua consideração é ponto de partida e pressuposto para justificar constituições e o seu controle. De igual modo, os estudos que serão descritos demonstram a complexidade política e social dos processos de planejamento e escrita do texto constitucional e reforçam a influência de tais questões como determinantes aos resultados extraídos da prática da constituição. Sobretudo, constitui-se em abordagem para retirar o romantismo e certas ideologias do Direito Constitucional contemporâneo. Ainda, serve também para suprimir deficiências eventualmente existentes na compreensão dos processos de tomada de decisão sobre a constituição e suas normas.

Aqui, registre-se uma observação metodológica importante. Muitas podem ser as abordagens de tais questões. Várias são as instituições e os tomadores de decisões criadas por textos constitucionais. No entanto, para os limites do presente trabalho fixar-se-á no âmbito da revisão judicial ou do controle judicial de constitucionalidade, neste incluído o controle dos silêncios ou as omissões de previsões normativas expressas.

O enfoque se dá, pois, sobre juízes e tribunais e a sua relação com o contexto político-constitucional no qual eles se inserem, principalmente quanto à sua relação com a política democrática como um todo. Isso porque, conforme afirma Charles Black, Jr. (1960, p. 2-3):

Nenhuma instituição pode sobreviver neste país a menos que as pessoas queiram que ela sobreviva. O destino do papel constitucional dos tribunais será decidido na composição de muitas mentes, até que, finalmente, possamos falar de uma decisão nacional [...] O papel dos tribunais na adjudicação constitucional se assemelha à maioria dos outros fenômenos sociais ou políticos, no sentido de que não pode ser descrito com simplicidade e precisão absoluta ao mesmo tempo³.

A consideração de tal relação é de suma importância para a análise real de como o controle judicial de constitucionalidade é exercido. E, conquanto apresentada no contexto do cenário estadunidense na citação colacionada, ela serve de ponto de partida também para a compreensão adequada do fenômeno no Brasil. Mas, antes, algumas observações merecem consideração. Em primeiro lugar, trata-se da chamada *doutrina da supremacia da Constituição*.

³ No original: “No institution can survive in this country unless the people want it to survive. The fate of the constitutional role of the courts will be decided in the making up of many minds, until at last we may speak of a national decision [...] The role of the courts in constitutional adjudication resembles most other social or political phenomena, in that it cannot be described with simplicity and with absolute precision at same time.” (Tradução livre). No mesmo sentido, confira: FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook).

Segundo Charles Black, Jr. (1960, p. 6-7), qualquer análise para ser adequada do fenômeno da revisão judicial precisa considerar que a constituição detém força normativa e que ela é norma suprema, quando cotejada com legislação ou com o ato público impugnado por via judicial. Mas duas observações são importantes: a primeira diz respeito ao contexto político do qual é feita a análise do referido autor. É preciso reconhecer que Charles Black Jr. (1960) descreve a relação entre controle judicial de constitucionalidade dentro do contexto dos Estados Unidos. Lá, diferentemente da maioria dos estados constitucionais, desde a promulgação da constituição se reconheceu às disposições constitucionais o caráter normativo e geradora de direitos, decorrentes da chamada *cláusula da supremacia*⁴, e reconhecidos por decisão da Suprema Corte no célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803.

A segunda observação é que a compreensão da constituição como suprema não implica, automaticamente, a existência de controle de constitucionalidade. Conforme se abordará a seguir, existe uma *lógica política* pela adoção de tais mecanismos e são escolhas por desenhos institucionais específicos segundo o contexto político do Estado. Conforme afirma Bruce Ackerman (1997, p. 781), a revisão judicial surge como importante elemento institucional, mas ela não é inevitável. Isso porque se trata “[...] de uma escolha sobre o desenho institucional do Estado, que deve ser feita tomando em conta uma comparação entre riscos e vantagens envolvidos na adoção do instituto, que podem variar, dependendo do contexto histórico e das tradições jurídicas e políticas de cada sociedade” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 32)⁵.

Tais considerações são de suma importância para os propósitos de desenvolvimento do presente trabalho, uma vez que afasta a relação, quase sempre tratada como automática e inevitável, entre o controle judicial de leis ou atos do poder público e a existência de uma constituição. Há uma relação direta que não pode ser desconsiderada nas análises, é verdade, mas tal relação não afasta a liberdade de escolhas políticas e atos de barganhas ao tempo da elaboração da constituição e que culminam na adoção de determinados desenhos em detrimento de outros.

⁴ A referida cláusula consta do Artigo VI, Cláusula 2 da Constituição dos Estados Unidos, dispõe: “Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que serão elaboradas em seu cumprimento; e todos os tratados firmados ou que venham a ser firmados sob a autoridade dos Estados Unidos, serão a lei suprema do país; e os juízes em cada estado serão obrigados, não obstante qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis dos Estados.” (Tradução livre). No original: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding”.

⁵ Adotando as construções do experimentalismo institucional, Rodrigo Mudrovitsch (2014, pos. 1190), descreve que pensar criticamente sobre a revisão judicial significa reconhecer a não autoevidência quanto à existência de tribunais ou cortes constitucionais. De igual modo, implica na adesão à justificativa de que analisar a existência do controle judicial de constitucionalidade exige a imersão e consideração de questões de cada realidade social.

É dizer, em outras palavras, que a existência de certos pressupostos – como a ideia de supremacia e força normativa das constituições – não implicam, por si sós, na justificativa normativa que leva uma constituição ou os elaboradores dela a optarem por uma instituição específica incumbida para o controle constitucional. Nada obstante, conquanto a opção por desenhos constitucionais específicos – e contextuais – seja o pressuposto que se entende como mais adequado à descrição e análise do fenômeno da criação e expansão da revisão constitucional e dos seus mecanismos, não se pode negar as contribuições para o estudo do fenômeno por meio daqueles e que servirão, posteriormente, para ampliação e aprofundamento do espectro de análise.

De efeito, a ideia de supremacia da constituição e da constituição como norma há muito passa por desenvolvimentos e concepções diante dos cenários e momentos constitucionais vividos. Conforme afirmam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2017, p. 23-28), muito embora atualmente o Direito possa ser concebido dentro de uma dimensão horizontal e pluralista, classicamente compreendido, os ordenamentos jurídicos são sistemas hierarquizados, figurando, a constituição, no vértice central deste escalonamento. Ademais, a ideia que prevalecia no mundo constitucional até o fim da II Guerra Mundial era que as constituições figuravam como proclamações políticas e, pois, não geradoras de direitos aos cidadãos.

Sendo assim, os autores descrevem que a posição superior dos textos constitucionais em dado contexto político ganha concepções e justificativa normativas pela importância do seu conteúdo material e, também, pelo procedimento constituinte, isto é, da gênese normativa do texto, quase sempre decorrente de ampla participação popular.

No primeiro momento, e cujo cenário toca o momento de elaboração da Constituição dos Estados Unidos, muito se deve às revoluções burguesas em que a liberdade individual se sagrou como ideologia vencedora dos movimentos políticos e sociais da época. Por meio do chamado *constitucionalismo liberal*, do Século XVIII, os direitos liberais básicos – os direitos naturais - foram acomodados textualmente em documentos que criaram comunidades, sociedades e Estados, como também em declarações de direitos.

Com isso, a superioridade, então atribuída aos direitos naturais, se incorporou ao escrito na constituição, de forma que “[...] A antiga primazia do direito natural (superior) sobre o direito positivo (inferior) foi substituída pela superioridade das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 24). E, considerando-se que luta por liberdades naquele contexto também revelou a própria reformulação do estado contra os abusos da monarquia, a organização do Estado também se mostrou um conteúdo próprio das

constituições. Órgãos foram criados para contenção do arbítrio e, para tanto, competência foram delegadas e distribuídas às diferentes instituições criadas.

A essa justificação, continuam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira (2017, p. 24), pode ser agregada uma de *cunho político* e se refere ao ato de criação das constituições. Com efeito, como exercício do poder constituinte as constituições expressam um poder titularizado pelo povo que cria os poderes constituídos e estes são incumbidos de produzir o direito ordinário, com total respeito àquele que os constituiu. Com isso, segmenta-se entre poder constituinte e poderes constituídos, tendo aquele superioridade sobre estes.

Posteriormente, a concepção de supremacia deixou de ter a condição material como pressuposto identificador e passou a ganhar ares formais, ou seja, o caráter da supremacia era atribuído segundo a sua previsão ou não no texto constitucional expresso; ao pertencimento formal ao texto. As constituições, então, passaram a prever uma variedade de matérias para além das essenciais à criação do Estado – organização do poder e direitos individuais – de modo que as maiorias formadas durante o processo de elaboração do texto optavam por consolidar determinadas previsões no texto para atribuir-lhe maior estabilidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 24).

Nesse sentido, concluem Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2017, p. 25):

São dois os principais fundamentos invocados para afirmação da supremacia da Constituição. Um é substantivo e se liga ao conteúdo da Constituição; o outro é genético, dizendo respeito à sua origem. O fundamento objetivo é complexo e comporta inúmeras variações e nuances. Em síntese, a ideia é a de que existem direitos e princípios tão essenciais que devem ser postos fora do alcance das maiorias. Por isso, eles são “entrincheirados” pela Constituição, que os protege até do legislador democraticamente eleito.

No que tange à ideia de constituição como norma, no cenário do constitucionalismo norte-americano parece uma análise da obviedade. No entanto, nos demais cenários políticos – mormente os continentais – apenas com as constituições e práticas constitucionais após a II Guerra Mundial que a constituição passou a ser assim entendida e considerada como típica norma jurídica.

O referido marco histórico revelou a necessidade de criação de mecanismos para contenção efetiva dos abusos das maiorias políticas e do legislador. Para tanto os textos constitucionais foram recheados com a ampla previsão de direitos fundamentais, desta feita, compreendidos como direitos diretamente aplicáveis e vinculadores da atuação do legislador, e instituições para garantia da supremacia constitucional foram criados ou fortalecidos, a

exemplo dos instrumentos de controle judicial dos atos do poder público (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 26-27)⁶.

Partindo-se do descrito, consegue-se vislumbrar, de plano, que as constituições – mormente nesta acepção de controle do arbítrio por meio da criação de órgãos e distribuição de competências – sempre tiveram uma relação direta com instituições. É que para a implementação do controle necessário, uma rede de procedimentos foi criada para exercício do poder, estabelecendo-se, assim, arranjos ou desenhos institucionais para concederem aplicação prática ao texto constitucional. Em outras palavras, a *supremacia constitucional* em sua origem e desenvolvimento posterior atua como meio para resolução de questões de governo, seja para evitar o seu abuso ou para conformá-lo ao texto constitucional, normativo.

Como se verá *infra*, para Russel Hardin (2013, p. 62 e 63), a principal forma de entender a constituição se dá pela análise do governo, seja pela existência de instrumentos de controle dele ou da análise de como um governo sob uma determinada constituição é empoderado. Em outras palavras, entender a constituição é compreender o motivo das escolhas de determinado estado para os problemas do governo e daí, portanto, uma interrelação entre constituição e instituições democráticas também perpassarem as análises e descrições.

Nada obstante, seguindo-se a descrição realizada por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira (2017) quanto à supremacia constitucional em sua origem e desenvolvimento após a II Guerra Mundial, vale consignar, em reforço, que cumprir ou exigir os direitos previstos no sistema político não pode ocorrer sem a consideração de que eles serão efetivados por aparelhos institucionais criados com tal função. Seria, como afirma Russel Hardin (2013) que as constituições seriam bem-sucedidas no contexto desta coordenação entre os direitos previstos pelo sistema político e os aparelhos criados para resguardá-los. Assim, a constituição e as instituições criadas sejam uma opção política diante da *função* delas para o cenário observado na sociedade⁷.

Em tempo, valem, ainda, as conclusões de Charles Black, Jr. (1960, p. 13). Segundo o autor, “[...] A Constituição não se interpreta sozinha”, de forma que os aparelhos institucionais – principalmente o controle judicial de constitucionalidade – recebem duas funções do texto e da prática constitucional: o primeiro é o controle, a dimensão negativa, enquanto o segundo é

⁶ No Brasil, tal fenômeno é observado com maior evidência após os processos de constitucionalização e democratização que marcaram o processo constituinte de 1988. Nesse sentido, confira: SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷ Confira, nesse sentido: HARDIN, Russel. Why a Constitution. In: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila. *Social and Political foundations of constitutions*. Cambridge University Press, 2013.

a atribuição de legitimidade aos atos do poder público, ou seja, uma dimensão positiva da revisão judicial⁸.

Portanto, levando-se o contexto norte-americano e o europeu após a segunda metade do século XX, constituições, instituições e democracia andam quase sempre de mãos dadas e se fundamentam mutuamente. Ou seja, há uma relação necessária entre juízes, tribunais e contextos político-constitucionais que indicam tanto o porquê da adoção de constituições como da escolha por desenhos constitucionais que privilegiem o controle judicial de atos do poder público. Estudar constituições – escritas ou não – é perpassar por mecanismos institucionais para resolução de problemas específicos de governo; e o contrário também é verdadeiro.

A esse respeito, estudiosos da Ciência Política⁹ do chamado “velho institucionalismo”, a seu turno, dão conta que o direito em sua acepção prática de relações entre as diversas instituições e órgãos criados pela constituição – a exemplo do Realismo Jurídico - é a forma mais adequada de compreendê-lo, por despi-lo de vestes ideais. Como as instituições funcionam e a que finalidade e interesses elas servem deve ter mais espaço no estudo, eis que apresentam posturas descritivas e prescritivas mais próximas ao contexto específico em que realizadas. É dizer, conforme descreve Ran Hirschl (2013), existem fatores mais concretos em jogo em cada contexto político do que apenas a concepção genérica baseada em direitos, isto é, ligada ao conteúdo da Constituição.

Embora não se adote na integralidade a referida concepção, não se pode negar que ela é coerente com os pressupostos teóricos utilizados nesta primeira parte do trabalho quanto a relação direta – e necessária – entre instituições e a constituição. A aplicação da Constituição deve ser compreendida à luz de estruturas políticas, econômicas e sociais, porque o contexto político foi o principal influenciador e informador das opções políticas pelos desenhos institucionais consolidados em textos constitucionais escritos.

Partindo-se desta pressuposição, e consciente dos limites metodológicos, passa-se a descrição de contextos políticos informadores da criação ou da escolha por mecanismos de controle constitucional localizado em instituição judicial ou jurisdicional. Para tanto, adota-se estudos descritivos fundamentados em momentos de desenvolvimento democrático observados

⁸ Para tanto, confira: BLACK JR., Charles L. *The People and The Court: judicial review in a democracy*. Englewood Cliff: New Jersey, 1960. Os próximos capítulos deste trabalho aprofundarão na questão, no contexto da supressão de omissões inconstitucionais, no qual remetemos o leitor.

⁹ Vide: CLAYTON, Cornell W. *The Supreme Court and Political jurisprudence: new and old institutionalisms*. In: _____. GILLMAN, Howard (Coord.). *Supreme Court Decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: Chicago University Press, 1999.

no globo e que apresentariam a justificação de *discurso geral* referente ao controle judicial de constitucionalidade, extraída no contexto de *três ondas democráticas*.

2.1. O povo e o controle judicial de constitucionalidade: juízes e tribunais com e contra a democracia

Após o final da década de 70 observou-se a expansão mundial do controle judicial de constitucionalidade, ou seja, dos poderes dos juízes ou tribunais de derrubarem atos normativos incompatíveis com a Constituição. Referido fenômeno ganhou importante estudo realizado por Tom Ginsburg (2003; 2008), que, conquanto foco geral ou em países até então com experiências esquecidas, que implementavam novos modelos constitucionais em comparação com a região, apresentou uma teoria geral da revisão e explicou o porquê da sua expansão pelo mundo.

A implementação desses novos modelos ou a constatação de novas experiências constitucionais vieram acompanhadas de momentos de ruptura política ou de evidente desenvolvimento de pressupostos democráticos. Daí, então, os estudos quanto a revisão judicial e a sua expansão se alinharem, sobretudo, com a democracia. Nesse sentido, conforme Tom Ginsburg (2003) constata em seu estudo sobre a revisão judicial em novas democracias, há uma interrelação importante entre este aspecto do desenho institucional e o regime democrático de governo. Ao passo que se permitia a resolução de problemas de governo, o regime adotado se firmava; e, na medida que a democracia se desenvolvia, novas atribuições, principalmente capital político e qualidade reputacional eram atribuídos a juízes e tribunais. A revisão judicial se expandia internamente ao tempo que o regime democrático também se desenvolvia, e o contrário também é verdadeiro.

Antes de avançar na descrição das conclusões aferidas pelos principais estudos sobre a (inter)relação entre controle judicial de constitucionalidade e democracia é preciso compreender quais pressupostos são adotados sobre a democracia como regime de governo. Igualmente, neste momento cabe outra importante observação, de cunho metodológico, acerca desta temática.

Nos termos em que assentado o objeto de investigação deste trabalho o produto da pesquisa se dá quanto às consequências constatadas pela atuação da revisão judicial no âmbito da supressão de omissões na constituição e, assim, a implementação de (novos) desenhos constitucionais por meio de tais práticas. Objetiva-se compreender a influência de tais decisões para a conformação da Constituição do Brasil de 1988 e perspectivas futuras.

Portanto, a pesquisa está assentada em nível sistêmico-institucional e, conquanto não se desconsidere entendimentos e importantes estudos realizados por meio de uma compreensão de democracia baseada em direitos, a preocupação que perpassa o trabalho é de natureza precipuamente institucional, isto é, quais os atributos e opções políticas que formam as instituições centrais, quais sejam, o direito, as estruturas estáveis e as práticas oficiais que providenciam uma estrutura de apoio para o funcionamento do governo, democrático (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 08).

Serve, nesse sentido, o alerta de Larry Diamond (1996), de que a democracia é um conceito em disputa e que ganha concepções as mais diversas, seja por meio de construções teóricas ou por práticas locais específicas de um Estado. Assim, continua Larry Diamond (1996, p. 23), como quer que se conceitualize ou se identifique concepções diversas sobre a democracia, ela se constitui em sistema de autoridade política e, como tal, as concepções divergem quanto ao alcance dos atributos políticos por ela englobados. Ademais, qualquer tentativa de conceitualizá-la é limitada, uma vez que depende de questões de cunho político-institucional e das contingências locais e regionais¹⁰.

Logo, para ser coerente com o pressuposto central deste trabalho, preocupado com práticas institucionais e o oferecimento de uma teoria para esta prática, adotar-se-á compreensão da democracia também em nível institucional, de sistema, extraídos, principalmente, de práticas decisórias do Supremo Tribunal Federal do Brasil no tratamento e resolução de omissões inconstitucionais. Conforme reconhecem Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 08), a democracia como conceito contestado não impede que se identifiquem instituições determinadas qualidades do sistema.

Para os atributos políticos que decorrem das análises realizadas no presente trabalho, três elementos podem ser constatados quando se refere a democracia: i) competição eleitoral por meio de eleições livres e periódicas; ii) liberdade de expressão e associação e adoção pelas constituições da linguagem dos direitos; e iii) opção política pelo estabelecimento de estruturas institucionais para revisão judicial ou controle constitucional. E, estudos recentes indicam¹¹, que este último elemento se sobressaiu em importância ante a sua adoção para fins de garantia e possibilidade dos demais.

¹⁰ Partindo-se disso, reconhece-se uma outra limitação importante a este trabalho e que diz respeito às contingências políticas-institucionais do Brasil. Sabe-se da impossibilidade de conhecer todas elas, por isso são adotados estudos comparativos e conclusões gerais que podem ser atribuídas a contextos políticos semelhantes. Além disso, vale-se de experiências decisórias do Supremo Tribunal Federal do Brasil como recorte metodológico e da prática.

¹¹ Confira: GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. How to save a Constitutional Democracy. Chicago: Chicago University Press, 2018.

Seguindo-se tal entendimento, é possível a identificação da democracia na relação mútua de três elementos. Estes elementos estão assentados nas referidas instituições principais de um Estado e eles não precisam funcionar perfeitamente bem, mas precisam existir: i) sistema democrático eleitoral com eleições justas e livres; ii) direitos de liberais de expressão e associação; e iii) a estabilidade, previsibilidade e publicidade de um regime jurídico - o Estado de Direito¹² (GINSBURG, HUQ, 2018, p. 08).

A exigência destes três predicados ou pavimentos para a concepção de democracia consistem em instituições centrais necessariamente associadas com o *status* hegemônico que a autoridade política do sistema da democracia ganhou após o fim da Guerra Fria – que, conforme se verá, decorre da terceira onda democrática. Quando presentes, estas instituições habilitam uma forma distintiva de autogoverno que garante a rotulação democrática, a chamada *democracia liberal constitucional* (GINSBURG, HUQ, 2018, p. 08).

São três elementos conceitualmente separados, mas funcionalmente entrelaçados e analisados em nível de prática ou funcionamento do sistema e das instituições. Seriam eles necessários para o autogoverno e, na prática, para a manutenção de um nível razoável de responsividade democrática e eleições imparciais. Muito embora não se exija o funcionamento real com perfeição em cada um deles – tendo em vista as questões de cada contexto político¹³ – precisam ser realidade praticada (GINSBURG, HUQ, 2018, p. 13).

O primeiro elemento consiste na expressão do termo *democracia*, isto é, a existência de eleições justas, livres e periódicas, que possibilite a efetiva alternância no poder e cujo perdedor da competição eleitoral se submeta ao resultado. O segundo elemento expressa o termo *liberal* e consiste nos direitos de liberdade de expressão e associação. Os direitos liberais são essenciais para a competição política justa e a crítica de líderes, constituindo um conjunto de prerrogativas para o processo democrático, eis que promove a garantia da esfera pública.

Por último, mas não menos importante, tem-se o terceiro elemento, o Estado de Direito, ou constitucionalismo, que representa o termo *constitucional*. Neste, exige-se a existência de uma burocracia imparcial, com integridade das instituições formadoras do aparato estatal, de

¹² A ideia de direitos liberais defendida por Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 08-09), se estendem ao processo eleitoral. Assim dentro desses direitos de liberdade incluem-se os partidos políticos e a sua autonomia. Ademais, no que tange ao terceiro elemento institucional - a qualidade de estabilidade, previsibilidade e publicidade de um regime jurídico - tem importância especial nas democracias quando se trata do maquinário das eleições. Esta estabilidade é que garante o equilíbrio da competição eleitoral.

¹³ Nesse sentido, é o caso da Indonésia, em que existe uma democracia inclusiva com estado de direito fraco. Em Singapura, por sua vez, o estado de direito é fraco ou superficial (*thin*) e com liberdades civis sem uma genuína competição política (GINSBURG, HUQ, 2018, p. 13).

modo a proibir que este seja usado para coagir pessoas, como também para figurar como mecanismo de implementação dos direitos.¹⁴

Para Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018), a presença destes três predicados é essencial para aferição da qualidade democrática e das instituições em determinado Estado. Não se exige a presença perfeita deles, eis que cada comunidade política pode temperar eles ao seu modo. No entanto, para que não se vislumbre um modelo autocrático ou autoritário é preciso que funcionem os três predicados.

Não há como se falar em democracia sem que venha em conjunto a noção de direitos liberais, eleições e um aparato institucional com instituições imparciais, a exemplo da revisão judicial, para garanti-los. Desta feita, vale asseverar, que quando se fala em imparcialidade não se está falando de exigências pessoais, mesmo porque todo ser humano está sujeito a influências as mais diversas. Para a ideia de democracia adotada a exigência é de integridade no aparato estatal, ou seja, que o estamento não seja utilizado em detrimento de uma parte da população ou com vistas a impedir o adequado funcionamento das instituições.

Conforme estudo realizado por Tom Ginsburg (2008, p. 81), antes da II Guerra Mundial, poucas constituições continham normas acerca da revisão constitucional judicial, enquanto, em 2008, a quantidade de constituições que previam normas nesse sentido chegava quase na casa de 160, de um total de 191.

Para Tom Ginsburg (2008, p. 82) esta expansão do controle judicial de constitucionalidade se deve a questões de base tanto institucionais – resolução de disputas políticas - como ideacionais – relacionada à proteção dos direitos humanos. A expansão, por sua vez, é um movimento recente, ainda que em democracias consolidadas, e tem sido descrito em três momentos específicos: as chamadas três ondas¹⁵.

A *primeira onda* da revisão judicial é constatada no contexto de práticas anglo-americanas, que foi brevemente descrito acima decorrente da *cláusula da supremacia* constante do Artigo VI, Cláusula 2 da Constituição dos Estados Unidos, nos termos em que reconhecido no célebre caso *Marbury v. Madison*. Baseia-se, assim, em práticas decorrentes da tradição do

¹⁴ Neste aparato devem constar, também, das regras para votação e competição eleitora previamente conhecidas por todos. Torna-se importante para os autores, também, que os desenhos institucionais optem com provisões constitucionais que criem uma estrutura que organize as votações e resolva eventuais disputas sobre as condutas nas eleições (GINSBURG, HUQ, 2018, p. 13).

¹⁵ Nos termos da abordagem realizada neste capítulo, constituições e instituições são temas interrelacionados de cuja divisão se dá apenas com fins metodológicos. Com efeito, conforme se verá nos tópicos seguintes, as consequências das três ondas de democratização também influenciaram os fundamentos sociais e políticos das constituições. Por questões metodológicas, no entanto, abordar-se-á primeiro quanto ao controle judicial de constitucionalidade, com vistas à constatação do fenômeno e sua expansão. Posteriormente, mesma reflexão será realizada referente às constituições e a opção política por sua adoção.

direito positivo e influências judaico-cristãs, e, embora revelada em maior expressão no referido precedente histórico, antes disso, nas colônias, era observada a existência de tratamento diferenciado entre normas, apresentando-se hierarquia entre si. Assim, considerando-se a existência de norma superior, eventual conflito advindo de normas consideradas inferiores implicaria na violação de um limite implícito pelas normas inferiores e devem ser corrigidas (GINSBURG, 2008, p. 82 e 83).

Constata-se, ainda no contexto da *primeira onda*, e igualmente decorrente de práticas do direito positivo, que a revisão constitucional se funda na noção de *contratualismo*. Para tanto, parte-se da compreensão de governo como contrato social de Locke, na medida que o Estado estaria em relação obrigacional contratual com os indivíduos. Nesse sentido, eles detêm capacidade de exigir o cumprimento do contrato, principalmente quando a previsão que se exige cumprimento decorre de expressa previsão (GINSBURG, 2008, p. 83).

Outras questões decorrentes dessa primeira onda levam em consideração noção mais *funcionalista* da instituição, seja para a resolução de sérias questões políticas internas, ou para dirimir conflitos decorrentes do modelo da ampla autonomia e da delegação constitucional de poderes realizada aos entes políticos no contexto do federalismo. De efeito, era necessária a existência de uma instituição neutra para a resolução de conflitos de competências no regime de organização do Estado¹⁶.

A partir do momento que todos os entes detêm ampla autonomia em seu âmbito e a União detém uma parcela pequena de espaço de tomada de decisão sobre questões federativas, a chance de conflitos de competência era alta. A forma de resolução de conflitos se apresentava como uma forma de revisão judicial. A existência de uma terceira instituição neutra também se mostrou importante para a garantia do livre comércio¹⁷ e a retirada de barreiras comerciais ilegítimas entre os entes políticos (ACKERMAN, 1997, p. 776) (GINSBURG, 2008, p. 84).

Apesar do poder de explicação dos fundamentos da revisão judicial nos contextos políticos acima descritos, com os modelos políticos adotados pelas constituições do após II Guerra Mundial observou-se que, embora o modelo funcionalista e a resolução de conflitos políticos detenha importância na explicação da expansão, vários outros modelos faziam a opção política pelo controle judicial de constitucionalidade sem que adotasse a forma federativa de Estado ou mesmo para resolver problemas relacionados ao livre comércio. É dizer: as

¹⁶ Nos entendimentos que densificam a noção de federalismo no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, observar-se a consideração de tal forma de Estado como forma de garantia de liberdade. Portanto, pode-se afirmar que compreensão funcionalista se dava, nessa acepção, como meio para garantia da liberdade e não apenas de um aspecto formal de distribuição de poder pelo território. Confira: *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824)

¹⁷ Confira: *United States v. Lopez* 514, U.S. (1995).

características relacionadas ao federalismo são suficientes para aferir o fenômeno, mas não são condições necessárias únicas para a revisão constitucional (GINSBURG, 2008, p. 84)¹⁸.

A *segunda onda*, por sua vez, é constatada no escopo das mudanças políticas decorrentes da II Guerra Mundial no âmbito da Europa da segunda metade do século XX. Partindo-se dos estudos e do desenvolvimento do chamado *modelo kelseniano de controle de constitucionalidade*, constatou-se o surgimento das Cortes Constitucionais na Europa.

Hans Kelsen desenvolveu modelo de interpretação constitucional a ser realizado por um corpo de intérpretes especialmente designados para tal fim e que se tornou a forma de revisão judicial em alguns países europeus. Ademais, o resguardo da constituição por meio de procedimentos de revisão levados a efeito pela jurisdição constitucional deveria ser realizado com forte respeito e subordinação dos juízes às decisões do parlamento, de forma que a atuação especial de proteção da constituição era realizada por um órgão fora do Poder Judiciário: a Corte Constitucional (GINSBURG, 2008, p. 85).

A preocupação de Hans Kelsen era evitar que jurisdição constitucional fosse suscetível a influências políticas, a exemplo dos contextos políticos deliberativos. Para tanto, a retirada da instituição do contexto da estrutura política comum era o caminho para que a Constituição fosse protegida contra a tirania da maioria ou dos abusos de poder¹⁹. Frise-se que os textos constitucionais do pós II Guerra eram permeadas por uma *linguagem de direitos*, diretamente aplicáveis e, assim, uma instituição fora do cenário da política comum deliberativa era essencial ao controle dos atos do poder público.

As preocupações de Hans Kelsen somadas com a sensibilidade dos textos constitucionais aos direitos fundamentais como autônomos e limitadores dos poderes públicos gerou a reformulação interna das práticas de vários países, incluindo-se, neste tocante, a reformulação da ideia até então insuperável da *soberania do parlamento*.

¹⁸ Quanto a esta observação, vale consignar, estudos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 constataam pauta e conjunto de decisões enfrentando matérias quanto ao espaço de conformação dos atos do Estado, naquilo chamado de *jurisdição horizontal*. A efetivação dos direitos fundamentais – *jurisdição vertical* - não ganhara muito espaço nas decisões logo de início e, quando ganhava, obtinha decisões conservadoras de mera reprodução do escrito na Constituição de 1988 ou de reconhecimento de mora sem nenhuma determinação para sua resolução, a exemplo dos primeiros casos de Mandado de Injunção sobre o direito de greve no serviço público, conforme analisado na segunda parte deste trabalho. Com efeito, ante um conjunto de decisões enfrentando apenas competência delegadas, observou-se que o Supremo Tribunal Federal atuava como “fiel servidor do sistema de governo” implementado pela nova constituição. Nesse sentido, confira: BRINKS, Daniel M. *Fieles servidores del regimen. El papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo la Constitución de 1988*. In: HELMKE, Gretchen. RIOS FIGUEROA, Julio. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

¹⁹ Vide: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

A referida cláusula do velho mundo é importante para a compreensão da relação entre juízes, tribunais e democracia e constitui importante ponto de partida para justificativa geral pela adoção de instrumentos de revisão constitucional. Conforme descreve Tom Ginsburg (2003), as primeiras experiências pela adoção de instituição separada do Poder Judiciário, as Cortes Constitucionais, surgiram no contexto da Europa Continental. Nada obstante, mesmo com reformulação de práticas internas, observava-se, a um só tempo, a existência de órgãos e instituições que revisavam e anulavam atos parlamentares, como também práticas institucionais que ainda concediam supremacia à legislação parlamentar, ante experiências de sucesso da Inglaterra inspirada na ideia de “vontade geral do povo”, de Rousseau.

Conforme descreve Tom Ginsburg (2003, p. 01-05), a ideia de soberania do parlamento durante muito tempo foi observada como o elemento central das práticas democráticas, tendo-se como exemplo principal a Inglaterra. Isso ocorria em razão da posição superior dos representantes eleitos por voto do povo que fazia com que a própria monarquia se submetesse ao controle popular. A legislação parlamentar detinha supremacia e ninguém poderia deixá-la de lado.

A esse respeito, percebe-se que a prática do controle de atos legislativos recebia importante ônus do exercício de suas funções, como consequência de controle de atos elaborados por maiorias eleitas por voto popular. Em face das Cortes Constitucionais e, assim, da revisão constitucional neste cenário de forte influência de soberania do parlamento, surge a chamada *dificuldade contramajoritária*, porque controlar os atos do poder público implicaria revisar ato elaborado por representantes do povo e assentar que a vontade popular estava submetida a uma instituição que não recebeu voto e não contrário.

A mesma objeção também era observada em cenário não continental. Mormente no contexto político dos Estados Unidos uma grande leva de estudos foram gestados sobre o suposto déficit democrático de juízes e tribunais, o que levou alguns estudiosos a compreenderem tais estudos como uma obsessão²⁰.

Apesar de hoje em dia alguns estudiosos ainda resistirem em defender tal ideal, é possível vislumbrar que a dificuldade contramajoritária ainda permanece²¹, todavia, não como ponto central da crítica com ou contra a revisão judicial. Serve como ponto de partida para o

²⁰ FRIEDMAN, Barry. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five, 112 Yale L.J. (2002). Disponível em: < <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol112/iss2/1> >. Acesso em jan. 2020.

²¹ Por todos, confira: WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal. 115:1346. 2006. Disponível: < <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=ylj> >. Acesso em 20 abr. 2019.

aprofundamento em questões advindas da realidade da prática constitucional judicial. Isso porque a realidade das instituições apresenta reflexões que tornam o argumento da legitimidade democrática de todo insuficiente para apreensão adequada do problema e, assim, apresentar críticas reais e palpáveis quanto a problemática ou não da revisão judicial²².

A esse respeito, há muito a literatura no direito comparado tem se debruçado sobre a chamada *dificuldade contramajoritária*²³, a ponto de alguns autores descreverem a questão quase como uma *obsessão* dos estudiosos do direito constitucional²⁴. Com efeito, ela refletiu em estudos sobre a chamada *doutrina das questões políticas*, que defendia um papel especial a ser desempenhado por juízes e tribunais, separado da política. O direito figuraria como limitador das vontades e eventuais questões cujo acordo político era de difícil consecução deveria ser relegado ao Poder Legislativo (FRIEDMAN, 2005; WALDRON, 2006).

Defendia-se, portanto, concepções binárias e solipsistas dos atos de interpretação da constituição. Isso porque, a depender do nível de maturação da questão na sociedade ela deveria ser discutida em fóruns deliberativos específicos, que permitissem o amplo debate e igualdade de consideração dos diferentes pontos de vista. E, uma vez tomada a decisão, a discussão seria encerrada e não poderia ser revisada quanto ao seu conteúdo e alcance, eis que aquela instituição deteria o monopólio (BRANDÃO, 2012).

A fixação do significado da constituição restaria sobre duas abordagens proeminentes sobre o caminho mais adequado para resolver dilemas constitucionais, a saber: o Poder Judiciário ou o Poder Legislativo. Elas refletem não só a tensão entre maioria e minoria, como também o papel do próprio tomador de decisão dentro da estrutura institucional escolhida, partindo-se não só de concepções antagônicas, mas isoladas e excludentes entre si (BRANDÃO, 2012).

A defesa da tomada de decisão pelo Poder Legislativo estaria assentada na legitimidade democrática direta que o sistema representativo permite à instituição, bem como ante a filiação moral que a decisão permitiria uma vez que cada voz e postura seria considerada com igual peso, isto é, o procedimento de tomada de decisão parlamentar possibilita *equidade procedimental* e cada representante teria voto com igual força. Enquanto isso, ao localizar-se a

²² Para tanto, confira: FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review

²³ No Brasil, a questão é retratada em recentes estudos sobre a chamada *última palavra* sobre os contornos das normas constitucionais. Para tanto, confira: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012. MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴ Confira: FRIEDMAN, Barry. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five, 112 Yale L.J. (2002). Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol112/iss2/1>>. Acesso em jan. 2020.

decisão final nos tribunais elas dependeriam de manorias pequenas e não responsáveis democraticamente, o que implica em insegurança jurídica (WALDRON, 2003). Igualmente, ao alçar-se a discussão no cenário do Poder Judiciário, toda uma carga política seria entregue e isso influenciaria negativamente o processo de tomada de decisão (BELLAMY, 2007), e pressuporia uma incapacidade dos cidadãos de tomarem decisões controversas (WALDRON, 1999). Logo, a base normativa desta postura estaria assentada sobre premissas majoritárias e, em consequência, isso somente seria atingido no âmbito do Poder Legislativo.

Em sentido contrário ao descrito, Ronald Dworkin (2006, p. 52), entende que a qualidade do processo de tomada de decisão no contexto da democracia não é extraída unicamente de uma decisão realizada com base na *premissa majoritária*. Segundo defende o autor, “[...] A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições”. É dizer, nesse sentido, que existiria um conjunto de questões práticas que podem favorecer um ou outra concepção, inclusive quanto à defesa de que o Poder Legislativo seria o menos adequado ante os interesses em jogo, hipótese em que o Poder Judiciário seria o melhor local.

Com efeito, diferentemente do defendido por certos autores, o Poder Legislativo não garantiria a equidade procedimental, porque cada questão incide de forma diferente sobre a instituição. Além disso, o processo de barganha política no qual o Legislativo se submete teria forte probabilidade que argumentos e votos não tenham a mesma força (DWORKIN, 2014a), a denotar que, tratando-se de discussões sobre dilemas constitucionais – o conteúdo dos direitos fundamentais, por exemplo – somente no âmbito do Poder Judiciário que a decisão seria correta e teria o condão de proteger os direitos das minorias contra a tirania da maioria (DWORKIN, 2006).

Sucedem que, citadas questões, ante a preocupação central de sistemas constitucionais com os direitos, se torna mais um componente da reflexão acadêmica e dos próprios tomadores de decisão. Logo, afirma Tom Ginsburg (2003, p. 22), que a objeção contramajoritária deve ser entendida não como uma objeção intransponível, mas uma garantia de controle sobre o poder da maioria. É dizer, seguindo-se a reflexão, que a revisão judicial facilitaria os processos democráticos por retirar os obstáculos para o seu avanço. Ela atuaria nas falhas do sistema majoritário das eleições para impedir que imposições da maioria retire as minorias do espaço público, garantindo-as com parte necessária do sistema (GINSBURG, 2003, p. 22).

Segundo Tom Ginsburg (2003), a superação desta objeção acerca da revisão judicial e a mudança do foco gerado pela adoção da linguagem de direitos adotada pelas constituições

seria o *discurso geral* da criação e expansão global de tal mecanismo. Uma instituição pressuposta como neutra e cujo principal papel é a proteção dos direitos encartados na constituição.²⁵ Logo, anunciar direitos básicos e cujo espaço de autonomia impedia a sua limitação pelo próprio Estado, como também anunciar a criação de instituições isoladas dos cenários políticos revelam os principais marcos da *segunda onda*.

Democracias sempre estarão em tensão permanente com várias questões da sociedade, mormente se o referido Estado detém divisões bem marcantes de cosmovisões de vida. Ademais, a regra da maioria encampada por eleições livres não dá conta de resolver essa tensão. Quando muito, ela gera maior tensão e maior polarização, no sentido de que a maioria poderá impor sua vontade à minoria, que restará subjugada; ou, mesmo, permite o encaminhamento de posturas antidemocráticas dentro do jogo político (ISSACHAROFF, 2015).

Partindo-se do estudo feito por Tom Ginsburg (2003) e por Samuel Issacharoff (2015), percebe-se que perpassa pelo discurso político pela criação e expansão da revisão judicial a característica de que juízes e tribunais estariam isolados da vida política ordinária e, como tal, não se sujeitariam às barganhas e demais acordos políticos que são comuns e necessários nas outras arenas.

A esse respeito, é preciso que se considere que, conquanto a *linguagem de direitos* constantes das constituições seja um argumento razoável quanto a opção por uma instituição neutra para resguardá-los, tratar-se-ia, ainda, de uma compreensão insuficiente a justificar a opção política pela revisão judicial e da sua expansão. Da mesma forma que a objeção contramajoritária não apreende todo o objeto da problemática da revisão judicial, as reformas políticas constatadas pela *segunda onda* também não. Se os contextos políticos nos quais a jurisdição constitucional funciona é permeada por uma tensão permanente com várias questões sociais seria irreal achar que tais questões não influenciariam o seu exercício. A tensão social não deixaria de existir com a criação de um controle constitucional e, assim, seria uma questão de tempo que aquela ocupasse o espaço, em tese, reservado a este.

O povo é que dita os espaços de conformação de uma dada instituição. Nenhuma instituição sobrevive – e aqui pode-se incluir as constituições – sem que ela seja aprovada pelo povo. Ao revés, conforme sérios estudos dão conta, na relação entre povo e os Tribunais a

²⁵ Poderia afirmar-se, pois, conforme mais recentemente maturado o conceito pelo mesmo autor, que a revisão judicial constitui uma estrutura do sistema político que compõe a “burocracia imparcial”. Com base nos recentes estudos sobre tendência de crise da democracia liberal constitucional, Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018) analisam a democracia em nível de sistema. Assim, eles a analisam com base em três predicados que representariam, respectivamente, os termos *democracia*, *constitucional*, *liberal*, estabelecendo-se que o predicado *constitucional* se liga diretamente à ideia de Estado de Direito, por ser um instrumento de controle. Daí, pois, a conclusão de que estaria incluída nesta burocracia a instituição da revisão judicial.

legitimidade do processo de decisão e da decisão em si passa por um alinhamento com o povo (BLACK, JR., 1960) ou com a opinião popular (FRIEDMAN, 2005; 2009).

Com efeito, seguindo-se na reflexão de apresentar compreensões do controle judicial de constitucionalidade que sejam mais adequadas, porquanto extraído da realidade em que exercida, figura-se como pressuposto que juízes e tribunais não compõem/representam uma instituição neutra, não só porque isso é impossível, mas ante ao cenário em que decisões são prolatadas dentro do desenho constitucional²⁶.

Portanto, as constituições empregaram esse modelo e também fixaram ampla proteção aos direitos com mecanismos para sua implementação. Manteve-se, igualmente, a necessária ideia de limitação de poderes, que, antes, situava-se no domínio da distribuição formal de poder, passando-se para uma limitação através do espaço de autonomia dos direitos. Sendo assim, o ato de controle de constitucionalidade representava, na prática, o ato de proteção da gramática constitucional permeada por compromissos e ampla proteção de direitos fundamentais. Revisão judicial e o controle do poder, no contexto da segunda onda, se associa diretamente com a proteção de direitos (GINSBURG, 2008. p. 85).

Fora da Europa, e como reflexo das experiências reveladas por este momento, muitos países passaram a adotar instrumentos e mecanismos de controle judicial de constitucionalidade baseada em direitos e cujas experiências na manutenção das estruturas democráticas e na proteção de direitos se mostrou bem-sucedida, principalmente em Estados onde a tradição de direitos ainda era subdesenvolvida.

Até na Inglaterra, berço da soberania do parlamento, constatou-se o crescimento da revisão judicial das normas domésticas com a expansão do controle de atos governamentais por meio de corpo administrativo. O mesmo ocorreu com vários países que herdaram tal característica central do sistema político localizada no parlamento e cuja resistência no envolvimento judicial restou diminuído (GINSBURG, 2003, p. 04-05)²⁷.

²⁶ A justificativa ideacional é também constatada no contexto da opção política por constituições e, nesse sentido, padece da mesma problemática de desprendimento da realidade, mas que, no entanto, não prejudicam ou fazem o sistema político todo ruir.

²⁷ Sobre esse dado, é importante assentar que a filiação da Inglaterra à União Europeia e a sua submissão ao Conselho da Europa e internalização, pelo *Human Rights Act* 1998, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos também é importante dado normativo acerca do engajamento de juízes na análise da constitucionalidade de atos legislativos (GINSBURG, 2003, p. 03-04). Com a recente decisão da Inglaterra de sair da União Europeia, somente o tempo confirmará a manutenção das práticas de revisão judicial e qual roupagem elas receberão. No tocante às práticas judiciais de revisão de países que herdaram o modelo da soberania do parlamento, confira: GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Dentro do mesmo contexto histórico, narra Samuel Issacharoff (2015), ao lado da criação de mecanismos de controle baseada em direitos, veio em conjunto debates sobre posturas internas dos Estados para poderem se defender de captura por forças antidemocráticas os direitos consagrados e as estrutura político-deliberativa. Os primeiros atos do novo regime não estariam insuscetíveis de cooptação pelo grupo político que possa ter encabeçado o movimento revolucionário. As eleições – principalmente as segundas – não excluíam automaticamente ameaças antidemocráticas e, nesse sentido, são momentos importantes para sociedade fraturadas ante a possibilidade de retrocesso. Os direitos consagrados no texto constitucional serviam como estruturas limitadoras, mas ainda havia o receio de desconsideração.

Uma primeira eleição, não importa quão democrática seja a participação e quão claro seja o mandato eleitoral, não é uma marca suficiente do início da democracia. Com o objetivo de entender o governo democrático moderno, podemos afirmar que a chave do governo democrático não é a primeira eleição, mas a segunda. Em outras palavras, a questão não é se os cidadãos foram consultados sobre o atual chefe de estado, mas se o eleitorado mantém o poder de “expulsar os malandros”. Além da regra fundamental da maioria baseada na igualdade de sufrágio, governança democrática depende da capacidade de analisar desfavoravelmente o governo que sai e selecionar seu substituto (ISSACHAROFF, 2015, p. 129)²⁸.

Diante disso, defendia-se medidas prévias – em grande medida excludentes do processo democrático - para proteção do próprio sistema político fraturado, principalmente no cenário alemão daquele momento. Talvez a principal delas decorram das ideias da chamada “democracia militante”, defendida por Karl Loewenstein ainda sob o contexto do regime nazista, no sentido de que democracias têm que tomar medidas repressivas para proteger a elas próprias contra inimigos internos. Para tanto, medidas de controle podem se instrumentalizar em restrições severas a exemplo de banimento de partidos políticos, restrições sobre liberdade de associação e expressão, proibição de assumir cargos públicos e até mesmo a privação dos direitos de cidadania (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 169)²⁹.

²⁸ No original: “A first election, no matter how democratic the participation and how clear the electoral mandate, is not a sufficient hallmark of democracy’s inception. For the purposes of understanding modern democratic rule, we may posit that the key to democratic government is not the first election but the second. In other words, the question is not whether the citizenry was consulted on the current head of state, but whether the electorate retains the power to “throw the rascals out.” Beyond the fundamental of majority rule based on equal suffrage, democratic governance depends on the ability to review the outgoing government unfavorably and select its replacement.” (Tradução livre).

²⁹ Ademais, embora seja uma construção centrada em meio ao regime nazista, a própria Corte Constitucional alemã se valeu das construções dela para banir partidos com ideologias comunistas e Nazistas. A adoção da *democracia militante* para o banimento de partidos políticos foi adota em outras democracias com amplos resultados e ainda são resgatadas na atualidade como barreiras para conter ondas de erosão da democracia liberal que alguns países parecem sinalizar. Cf.: GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. How to save a Constitutional Democracy. Chicago: Chicago University Press, 2018.

Embora possa não se mostra consentâneo com os pressupostos de liberdade constantes da democracia, conforme classicamente entendida, defende Samuel Issacharoff (2015, p. 36), que democracias não são desprovidas de poderes de reação em face de ameaças antidemocráticas. Assim, para o autor, não é incoerente pensar e defender instrumentos limitadores da liberdade e da competição eleitoral, porquanto limitar a democracia é também protegê-la³⁰. Continua, Samuel Issacharoff (2015, p. 387), que a questão não seria os limites em si, mas a justificativa por trás da sua defesa e adoção.

Em conclusão, o Estado atua como guardião do bem-estar do processo democrático e, portanto, cabe a ele a escolha política acerca das restrições que irão proteger “[...] a viabilidade da competição democrática, bem como qual proteção procedimental e substantiva pode ser colocada em prática para proteger contra os maus usos de tais restrições” (ISSACHAROFF, 2015, p. 42 – tradução livre)³¹. E, conforme afirma Tom Ginsburg (2003, p. 02), os esforços constitucionais desse momento histórico focaram não só na proteção e delimitação de uma zona de autonomia para os indivíduos na qual o Estado não estaria autorizado diminuir, mas o estabelecimento de Cortes Constitucionais para proteger tais direitos.

Não se pode olvidar que a posição geográfica distante do cenário das Cortes Constitucionais da *segunda onda* também influenciou e levou à reformulação da revisão judicial nos Estados Unidos. Sem desconsiderar questões locais próprias e as práticas advindas da Suprema Corte norte-americana, as experiências bem-sucedidas do continente europeu apresentaram novas tendências para compreensão do modelo de sistema descentralizado lá adotado (GINBURG, 2008, p. 09).

Talvez como consequência imediata, conforme reconhecido por Bruce Ackerman (1997), a experiência norte-americana, antes o modelo-guia, passou a ser um caso específico e deveria levar os estudiosos a esquecerem o provincialismo. É dizer, até o cenário revelado pelas experiências europeias, constituições e desenhos institucionais de outros países não tinha peso sobre os estudos e análises³².

³⁰ Nesse sentido, a Constituição do Brasil de 1988 foi taxativa ao criar limites à liberdade de associação (partidária) e limitar a competição eleitoral, apresentando-se um claro rompimento com a ordem passada permeada por um governo militar ao proibir expressamente a criação de determinados tipos de associações ou agremiações partidárias. É o que dispõe o artigo 5º, XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”. Em teor semelhante é a previsão específica sobre os partidos políticos, nos termos do art. 17, §4º: “É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”

³¹ No original: “[...] the viability of democratic competition, as well as what procedural and substantive protections should be put in place to protect against misuse of those restrictions”.

³² Bruce Ackerman (1997) avança afirmando que o cenário após II Guerra Mundial trouxe de voltar um elemento simbólico, triunfalista das constituições e de suas instituições, e que demonstram uma evidente ruptura com cenários passados. A esse fenômeno, o autor cunha de *novos começos*.

Para além de uma prática institucional por parte de uma estrutura política do Estado, a revisão judicial aparece no quadro político como mecanismo institucional possível para prevenir retrocessos, garantir as liberdades políticas e o processo deliberativo eleitoral, e, por essa razão, o que levou à sua adoção em vários países pela Europa e América Latina (ACKERMAN, 1997).

Na mesma toada, Bruce Ackerman (1997) faz um alerta, que, talvez, à época não era possível de se extrair tudo aquilo que o autor queria, eis que os processos de democratização estavam em evidente ascensão. Segundo o autor, emergir em uma nova Era - mormente em sociedades em que o *Antes* advém de momentos de desconsideração dos direitos básicos – torna fácil perder o caminho, de modo que os juízes e os tribunais estariam ali para dificultarem o retrocesso³³.

A revisão judicial constituiu elemento extremamente importante no cenário da segunda onda democrática. Ela permitiu o exercício livre de direitos e proteção aos cidadãos de investidas do Estado ou mesmo do partido ou grupo político que assumiu poder na fase de transição ou ruptura. O desenvolvimento de mecanismos institucionais de controle e a expansão deles por vários países demonstrou não apenas o seu desenvolvimento pelo globo, como também fez crescer um constitucionalismo mundial que implicou na reformulação da compreensão da Constituição e do Direito Constitucional para além das dinâmicas de controle da cooperação de poder pelas entidades políticas pertencentes a determinado Estado.

No que tange à *terceira onda*, esta é retratada pelos estudiosos tendo como marco histórico a queda do muro de Berlim e o fim da Guerra Fria. O dado característico principal dela é o aprimoramento dos elementos – e funções – precípuas demonstradas pelas experiências da *segunda onda* com o surgimento das Cortes Constitucionais. Este aprimoramento, e, mesmo, releitura, da instituição da revisão judicial decorreu, também, da nova onda de constituições escritas que perpassou vários continentes e expandiu consideravelmente o controle judicial de constitucionalidade, ou, para usar as palavras de Bruce Ackerman (1997), que estabeleceu a “ascensão do constitucionalismo mundial”.

Como principais características dessa onda têm-se que as constituições previram expressamente normas sobre a revisão judicial. De igual modo, a ligação entre revisão constitucional e direitos foi reforçada e consistiu em importante parte de expansão da instituição, agora, também pelos países antes pertencentes da União Soviética. Observa-se o

³³ O mesmo entendimento é observado em recentes estudos de Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018).

reforço, nos juízes e tribunais, da função de proteção dos direitos e de limitar os atos do governo (GINSBURG, 2008, p. 87).

Assim, a chamada burocracia imparcial, defendida como importante predicado democrático, tem nos mecanismos institucionais de controle constitucional judicial um dado característico dos modelos e práticas democráticas das três ondas. Constatou-se a adoção generalizada da gestão da coisa pública por meio de desenhos institucionais específicos que endossaram a noção de constitucionalismo com revisão judicial (HIRSCHL, 2013).

Vale consignar, no entanto, uma preocupação que aderimos neste trabalho, extraídas dos estudos de Tom Ginsburg (2003, p. 10), quanto ao porquê da efetiva expansão da revisão judicial, levando-se em consideração a *terceira onda*.

Ainda se sabe pouco sobre ela e, mesmo existente estudos com enfoque em contextos políticos esquecidos pela literatura³⁴ e por pesquisas sérias, ainda não se encontra uma preocupação sobre as condições efetivas que levaram ao exercício bem-sucedido das instituições da revisão judicial, seja em contexto europeu ou não. Assim, a linguagem dos direitos e a proteção das regras de competição política nas constituições não seriam, por si só, suficiente para a explicação da expansão da revisão judicial e para justificar aquilo observado por esse terceiro momento.

Uma teoria argumenta que a disseminação do poder judicial é um reflexo de uma extensão mais ampla da consciência de direitos em todo o mundo. Essa teoria concentra-se na *exigência* por proteção judicial dos direitos fundamentais. As realizações do movimento de direitos humanos, a mudança para mercados que se apoiam em noções de propriedade privada e a expansão da democracia, todos refletem a importância de ideias dos direitos fundamentais. À medida que a consciência dos direitos se espalhou, continua o argumento, o mesmo acontece com a importância dos tribunais como os principais atores políticos com a missão de proteger os direitos (GINSBURG, 2003, p. 11 – grifos no original)³⁵.

Assim, não devemos simplesmente aceitar que o processo foi uniforme, simples e que afetou todo o globo. Para Tom Ginsburg (2003, p. 10-11), igualmente digno de consideração é o exame de contextos específicos da revisão judicial, devendo-se suplementar o discurso da expansão global da revisão a partir do exame de contextos específicos pela sua opção. É preciso

³⁴ TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav. *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*. Comparative Constitutional Law and Policy. Cambridge University Press, 2015.

³⁵ No original: “One theory argues that the spread of judicial power is a reflection of a broader extension of rights consciousness around the globe. This theory focuses on the demand for judicial protection of fundamental rights. The achievements of the human rights movement, the shift toward markets that rely on notions of private property, and the spread of democracy all reflect the importance of ideas of fundamental rights. As rights consciousness has spread, the argument goes, so, too, does the importance of courts as the primary political actors with the mission to protect rights.” (Tradução livre)

saber de onde o poder judicial vem, como ele se desenvolve nos importantes estágios de defesa dos direitos de liberdade e quais as condições políticas apoiam a sua expansão e desenvolvimento.

Frise-se, conforme o próprio autor alerta, que não se objetiva desconsiderar toda a importância da expansão na consciência dos direitos advindos dos movimentos de globalização e democratização, mas jogar luzes sobre os interesses políticos, mobilizados pelas instituições e por políticas, porquanto igualmente importantes para a determinação quanto a ideologia de direitos em novas democracias. Nas palavras de Tom Ginsburg (2003, p. 11), “[...] Ao fazer isso, passo a atenção da exigência por instituições de revisão judicial para o lado da oferta, perguntando por que os políticos estariam interessados em fornecê-la³⁶.

Com vistas a satisfazer tal propósito da sua problematização, Tom Ginsburg (2003) desenvolve uma análise da terceira onda e da expansão da revisão judicial segundo a “lógica política”, ou seja, de acordo com as estruturas institucionais que cada Estado escolheu na elaboração da constituição. Para ele, estas estruturas são a chave de compreensão do porquê de se optar por instituições da revisão judicial³⁷, bem como para justificarem a sua expansão. É o que se passa a descrever.

2.2. A Teoria do Seguro e a opção política pela adoção de mecanismos de revisão judicial no planejamento constitucional

O presente trabalho adota as reflexões de Tom Ginsburg (2003) acerca da lógica política da revisão judicial e, para tanto, passa-se à descrição dos argumentos e justificativas institucionais que suplementam o discurso geral acerca da expansão e adoção da revisão judicial utilizados. Destarte, perpassam as reflexões do autor a interrelação entre mecanismos institucionais de revisão judicial e constituição, como também adentrar nos elementos fundacionais sobre constituições e os interesses refletidos por ela. Por questões metodológicas, serão analisados, neste tópico, somente os pressupostos quanto a *lógica política da revisão judicial* em si, enquanto as considerações acerca das constituições e sua elaboração ficarão nos seguintes.

³⁶ No original: “In doing so, I shift attention from the demand for institutions of judicial review to the supply side, asking why it is that politicians would be interested in providing it.” (Tradução livre)

³⁷ Muito embora os estudos adotados como marco teórico principal deste trabalho, neste capítulo, apresentem lapso temporal entre si de 15 anos, consegue-se perceber com certa facilidade que as preocupações de índole institucional ou alçadas ao nível de sistema sempre perpassaram os estudos de Tom Ginsburg para análise do fenômeno do controle judicial de constitucionalidade. Por isso, mesmo com tal lapso temporal, são pesquisas que se relacionam e se complementam.

Antes de avançar na descrição dos argumentos, uma importante crítica se evidencia. Em que pese as afirmações descritas por Tom Ginsburg (2003) reflitam a análise de dados empíricos em contextos específicos, é importante ressaltar que mesmo essas análises ainda são limitadas e podem, em alguma medida, não refletir a complexidade do processo e empreendimento de elaboração de uma Constituição e as escolhas por desenhos específicos. A resposta por ele defendida, nesse sentido, também se configura um discurso geral e que pode não se aplicar a todos os contextos, nada obstante fixe *standards* que merecem ser considerados em estudos preocupados com a realidade das práticas institucionais.

Talvez o mais importante a ser extraído do sério estudo seja o reconhecimento de que qualquer análise sobre os processos constituintes e experiências institucionais precisam ser despida de excesso de conteúdo normativo abstrato, mas que expressem confiança e esperança. Assim, torna-se importante para o presente trabalho as reflexões, porque elas têm uma maior preocupação com a realidade e como ela se apresenta na elaboração da constituição e, por via de consequências, na revisão judicial. Não se desconhece, todavia, que o autor faça afirmações gerais e que possam encontrar resistência em algum modelo institucional.

A adoção por estruturas e desenhos institucionais que estabeleçam o controle constitucional por meio do poder judicial além de representar um exercício de acomodação de determinadas escolhas no texto constitucional, revela um momento de inovação e, sobretudo, experimentação. A tentativa de regular o comportamento humano futuro por meio de instituições irá lançar qualquer projeto constitucional em meio a incertezas, de forma que a escolha por reunir e acomodar várias questões nas constituições implicaria em evidente prática, que, conquanto audaciosa, ainda se mostraria limitada, mas não menos digna de confiança (GINSBURG, 2012, p. 1).

Serve, nesse sentido, importante sensibilidade de Jack Balkin (2011a), no que se refere ao reconhecimento de que a constatação de determinados regimes de governo – a exemplo da democracia – não simplesmente “acontece do nada” (*it happens*), como um ato único e absolutamente informador quanto a adoção de uma estrutura política em detrimento de outra. É na procedimentalidade e no constante e contínuo movimento de resgate-e-desconsideração de certos compromissos ou valores que isso de fato ocorre.

Importante, então, o reconhecimento de que, assim, como a constituição e o seu projeto político são falhos e suscetíveis a erros, a sua estrutura institucional também é. Em outras palavras, “[...] Embora as constituições sem dúvida exijam uma reelaboração contínua, por meio de práticas continuadas, elas também envolvem escolhas institucionais autoconscientes que podem se tornar bastante complicadas depois de adotadas” (GINSBURG, 2012, p. 10 –

tradução livre)³⁸. Mas isso não exclui a confiança produzida por certas práticas e instituições, a exemplo da revisão judicial, aos moldes da problemática a seguir descrita.

A problemática enfrentada por Tom Ginsburg (2003) na análise do discurso geral sobre a adoção e a expansão de mecanismos de revisão judicial se dá quanto ao questionamento do porquê de se incluírem previsões constitucionais sobre o instituto no texto constitucional. Para tanto, o primeiro passo adotado pelo estudo compara a constituição em relação no contexto das teorias contratualistas. O esquema constitucional democrático se aproximaria das relações e obrigações constantes na relação entre mandante e mandatário (*principal-agent*), na medida em que o povo dependeria dos políticos como mandatários para satisfazerem as demandas coletivas de uma sociedade (GINSBURG, 2003, p. 23).

Se o povo é o mandante, então, é em seu benefício que a constituição deveria ser criada. Ademais, é em seu benefício também que adjudicação constitucional atua e ela deveria refletir o monitoramento do povo aos representantes. A revisão judicial, nessa abordagem teórica, existiria para prevenir os políticos de negarem o acordo fundador realizado com o mandante, o povo (GINSBURG, 2003, p. 23).

Constata-se, ainda, que a análise caminha ao lado do desenvolvimento teórico e normativo da ideia de *suprema constitucional e norma suprema*, conforme abordado. Ocorre que, apoiado em evidências empíricas, Tom Ginsburg (2003, p. 23), afasta que tal compreensão sirva para a apresentação de justificativas reais ou baseadas em experiências práticas, eis que “[...] Muita evidência empírica apoia a afirmação de que o processo de elaboração da constituição é dominado por interesses imediatos dos elaboradores, em vez dos interesses em longo prazo dos cidadãos”³⁹.

Na realidade, os políticos que participam do momento de elaboração da constituição não se portam como legítimos mandatários e o texto constitucional somente teria possibilidade de refletir os interesses do povo-mandante se os *designers* compreendessem a si próprios como legítimos mandatários. Mas, contrariamente ao que se defende, observa-se que eles buscam criar instituições que beneficiem eles mesmos (GINSBURG, 2003, p. 23).

O cenário político de elaboração seria importante porque reconhece que há um jogo político do qual o povo não tem conhecimento, ou cujo ambiente de práticas e interesses revele pouca chance de encontrar acomodação imediata dos interesses populares. E mais, surge uma

³⁸ No original: “While constitutions no doubt require continuous reenactment through ongoing practices, they also involve self-conscious institutional choices that can become quite sticky once adopted”.

³⁹ No original: “Much empirical evidence supports the assertion that constitution making is dominated by short-term interests of the designers rather than the long-term interests of the citizenry”. (Tradução livre)

outra questão que torna a opção política pela revisão judicial o ponto digno de tomar o centro das pesquisas: por que os políticos, que atuam em interesse próprio, iriam desenhar um sistema de revisão judicial para controlar eles mesmos? A resposta de Tom Ginsburg (2003, p. 24) é categórica: incerteza política futura.

Segundo o autor, o fato de os *designers* serem políticos faz com que eles objetivem criar estruturas institucionais que maximizem a habilidade deles de governarem sob a nova ordem constitucional. A posição futura daqueles que elaboraram a constituição em governos pós-constitucionais é a chave para a criação de instrumentos que, diante da incerteza da configuração política futura ao tempo da criação, faz com que *estruturas de garantia* encontrem assento constitucional (GINSBURG, 2003, p. 24).

Ademais, outra importante constatação é que quanto mais difundido o poder estiver, menor será a possibilidade de existir um partido ou grupo político dominante. Em consequência, menor seria a possibilidade de que os novos desenhos constitucionais se percam futuramente ou sejam cooptados por grupos políticos, servindo-se não mais a uma burocracia imparcial. Assim, para Tom Ginsburg (2003, p. 24 – grifos no original), isso leva à predição universal sobre direitos constitucionais e a revisão judicial: “O poder constitucional explícito e o acesso à revisão judicial serão maiores onde as forças políticas forem difundidas do que onde existe um único partido dominante no momento do desenho constitucional”.⁴⁰

Considerando a existência de partido ou grupo político que não detêm confiança sobre o seu poder de ganhar e permanecer no poder faz com que todos os partidos prefiram limitar a maioria, eis que poderão, no futuro, estarem fora do poder. Assim, maior valor é dado a instituições minoritárias ou contramajoritárias, a exemplo da revisão judicial, com amplos poderes para a sua proteção.

A configuração das forças políticas ao tempo da elaboração da constituição, portanto, constitui o fator central para compreensão da variação da extensão do poder judicial no desenho constitucional (GINSBURG, 2003, p. 25). Inclusive, corroborando com tal afirmação, em recente estudo, Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 190) constatam que quando o cenário sinaliza ao grupo ou partido dominante ao tempo da elaboração uma certa dominância política em longo prazo, o desenho institucional tenderia pela preferência por juízes e tribunais mais fracos ou subservientes.

⁴⁰ No original: “*Explicit constitutional power of and access to judicial review will be greater where political forces are diffused than where a single dominant party exists at the time of constitutional design*”. (Tradução livre)

Nesse sentido, pode-se extrair melhor explicação para a suplementar estudos de que a adoção de linguagem de direitos por constituições revela um forte motivo pela adoção e expansão dos mecanismos de revisão judicial. Respeitar princípios democráticos é pensar em estruturas institucionais que possam ganhar acomodação constitucional para garantir que os perdedores de hoje possam ser os vencedores de amanhã. Ademais, garantir aos mandatários que eles continuarão como concorrentes na competição eleitoral suplementa o discurso geral ao assentar que, na eventualidade deste perderem capital ou força política, haverá uma estrutura que os manterá dentro do cenário.

O processo de elaboração da constituição ocorre em contexto político de barganhas e compromissos, que, posteriormente, recebem assento constitucional e se consolidam em acordos para serem considerados pelo projeto político. Dentro destes acordos que inserem os desenhos institucionais adotados por dado Estado, nos quais se incluem tanto um conjunto de direitos como mecanismos para sua implementação. A lógica por trás da criação e expansão de instrumentos judiciais de controle se revela na garantia da competição eleitoral futura e no reconhecimento de que mudanças em contextos políticos são possíveis, mas que, no entanto, minorias não podem ser retiradas da corrida e nenhum grupo possa ter supremacia sobre os demais.

A lógica política da revisão judicial, nessa compreensão empírica, restaria assentada sobre uma espécie de modelo de *contrato de seguro* para os futuros perdedores políticos, mas que durante a fase de acordos e barganhas constitucionais, ou seja, de criação da própria constituição, representavam maiorias ou partidos políticos com forte capital político. Ao se consolidar na constituição os referidos compromissos, opta-se, também, por estruturas e mecanismos para o seu resguardo, desta feita, em instituição específica com atribuição para efetivação das “cláusulas do contrato”. Em conjunto com os direitos há o interesse em permanecer no poder dos mandatários.

Assim, juízes, tribunais e Cortes Constitucionais serviriam como outro *locus* para, em momento futuro e incerto, atuarem na manutenção e/ou resgate das escolhas políticas realizadas ao tempo da elaboração da constituição, nas quais se incluem direitos de liberdade, a existência de eleições periódicas e alternância no poder, bem como uma estrutura burocrática para garanti-los. Sendo assim, para Tom Ginsburg (2003, p. 25), a possibilidade da revisão judicial ajuda na execução e resgate dos acordos constitucionais que, de outro modo, podem falhar, motivando-se os representantes em pensarem em fórum alternativo para garantia e segurança das ações governamentais futuras e incertas, mormente quanto à manutenção as minorias como efetivas competidoras eleitorais.

A constituição, conforme se abordará, constitui um empreendimento falho, porquanto sujeito a contingências do contexto de sua criação e tendo em vista ser impossível consignar normas que apreenderão e tratarão de todas as questões futuras, de forma que não se quer afirmar que as barganhas constantes dos processos constituintes implicam na constatação de que elas seriam imutáveis, uma vez que ganham assento constitucional. Constituições são feitas para durar por tempo indeterminado, de modo que não apenas os compromissos em que assentadas são importantes para a sua duração. Com igual força, a capacidade de tais acordos se adaptarem às circunstâncias futuras constitui elemento importante para o tempo de vida das constituições⁴¹.

Dentro do contexto do já descrito pelos estudos empíricos realizados, sobretudo por Tom Ginsburg (2003), pode-se reafirmar a importante (inter)relação entre constituições e instituições, principalmente quanto às instituições que estabelecem mecanismos de controle judicial de leis e atos do poder público. Quando os *designers* optam por tais estruturas eles reconhecem, também, que instituições ficarão responsáveis por resgatar e implementar compromissos consubstanciados em normas constitucionais, porquanto a força normativa não representa a sua implementação automática.

Logo, há uma relação direta entre o funcionamento das instituições – e sua expansão – com os limites e as possibilidades constantes do próprio documento constitucional, que, assim como a revisão judicial, também depende de uma opção política pela sua adoção. Apenas por uma questão de escolha metodológica preocupado com a prática das instituições, optou-se, nesta parte de fixação de pressupostos, por primeiro analisar a revisão judicial e entender o seu porquê. Posteriormente, como um passo de fundamentalidade *para trás*, retorna-se às constituições e, em seguida, aos seus desenhos e respectivas justificativas.

Tal conclusão, a seu turno, não passa despercebida pelos estudos do cientista político. Segundo Tom Ginsburg (2003, p. 72), a revisão judicial contribui para o reforço da articulação constitucional em longo prazo, ao refinar o que a constituição significa. A contínua *performance* dos atos de controle constitucional enriquecem e desenvolvem o sistema como um todo, porque os atos de aplicação dela pelo mecanismo institucional revela que o texto normativo continua a se desenvolver no tempo e a se ajustar às novas condições sociais.

⁴¹ Nesse sentido, confira: ELKINS, Zachary. MELTON, James. GINSBURG, Tom. The endurance of national constitutions. Cambridge University Press, 2009.

Essa articulação⁴² a ser promovida constantemente contribuiria, ainda, para o enfrentamento de importante desafio posto às constituições e às instituições, consubstanciada na chamada *legitimidade intergeracional*:

Uma das questões mais importantes do debate constitucional é estabelecer em qual proporção se afigura legítimo que uma Constituição prefigure os caminhos e decisões do povo do futuro. Quando reconhecemos que as constituições, em geral, aspiram vigorar por muito tempo e disciplinar a coexistência política de sucessivas gerações ao longo da trajetória de uma nação, somos confrontados com uma pergunta fundamental: por que e até que ponto, pode uma geração adotar decisões vinculativas para as outras que a sucederão? Não seria esta uma fórmula de governo dos mortos sobre os vivos? [...]

As minorias de ontem podem até converter-se na maioria de amanhã, mas suas escolhas jamais prevalecerão, a não ser que ocorra ruptura institucional. Os vencedores do jogo democrático “ganham mas não levam” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 28).

Com efeito, pode-se afirmar, que a lógica política da revisão judicial se apoia no reconhecimento da falibilidade de qualquer projeto constitucional. Não apenas o poder judicial seria importante para proteção dos ideais democráticos ou dos acordos constitucionais. Ela seria importante pelo papel crucial de continuar o projeto, de modo a permitir mais um local para que as gerações futuras expressem a sua identificação com a constituição e se sintam pertencidas a ela. E isso, muitas vezes, é criar desenhos constitucionais por meio da própria revisão judicial⁴³.

As ondas de democratização e, por via de consequência, de reflexão acerca do controle judicial de constitucionalidade e sua expansão pelo mundo não decorre de apenas um fator institucional ou relacionado apenas a direitos. Cada contexto político acaba também por desenvolver o modo de fazer o controle da legitimidade dos atos do poder público ou a

⁴² Conforme se verá na segunda parte deste trabalho com fixação das ideias de “redenção constitucional” de Jack Balkin (2011a), o projeto passado e os compromissos fixados pelos *designers* ao momento da elaboração constituem ponto de constante tensão quando o texto constitucional se depara com as gerações atuais. A adoção de uma constituição escrita carregaria o dilema se a interpretação deve primar pelo texto originário ou se deverá ser atualizado. Nesse sentido, importantes as considerações de Jack Balkin (2011a), que vão no mesmo sentido de Tom Ginsburg (2003). Segundo aquele autor, a constituição aprovada não é apenas a fixação de conquistas passadas, mas também de compromissos que deverão ser satisfeitos ao longo do tempo por processos os quais incluem a atuação de juízes e tribunais também. Para o autor, o texto constitucional criaria condições para a “política em movimento”, que representa o constante e necessário fenômeno de resgate dos compromissos passados a partir de problemas atuais. Mesmo que os elaboradores se propusessem a elaborar um texto que vinculasse irrestritamente as futuras gerações isso não seria possível, porque o projeto constitucional em si é falível e vulnerável a serem remediados por constantes processos redentivos.

⁴³ Corroborando com tal entendimento, Bruce Ackerman (1997), ao defender a ideia de constitucionalismo mundial fixou importante dado acerca das influências da revisão judicial. Para ele, após o seu desenvolvimento com a terceira onda democrática não apenas reforçou a interrelação de democracia e constitucionalismo, mas implicou na releitura necessária do próprio constitucionalismo e da constituição, agora, diretamente relacionada com a práticas de instituições de controle constitucional judicial.

implementação de direitos. Logo, as ondas de democratização consistem em indicativos que sinalizam o porquê do crescimento dos poderes dos juízes e tribunais, mas não encerram a discussão em si.

A partir disso pode-se concluir que o aumento dos poderes dos juízes e dos tribunais, em conjunto com o aumento do número de Cortes ou Tribunais Constitucionais pelo mundo detêm uma relação de identificação com os ideais democráticos preocupados com os direitos, mas, sobretudo, a preocupação com os direitos de liberdade se apresenta com mais evidência pela escolha de determinados desenhos constitucionais em detrimento de outros, que atuarão para resguardo e proteção deles.

Conclusão semelhante pode ser extraída das considerações de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2017, p. 29):

As constituições, ademais, protegem instituições e direitos que são pressupostos para o funcionamento democrático da política – como o direito de voto ou a liberdade de expressão -, que permitem que a minoria de hoje possa aspirar converter-se na maioria do futuro, sem precisar recorrer à força. Portanto, pode-se dizer que embora a Constituição limite a política, ela também a capacita a alcançar decisões, além de conferir legitimação democrática a estas decisões.

A função paradigmática da revisão constitucional, ademais, é pensada para ser a proteção da democracia – seja da competição eleitoral ou dos direitos de liberdade. Em particular, é compreendida na atuação de como prevenir que maiorias legislativas atropelem os direitos das minorias e as consolide no poder. Sucede que, conforme identifica Tom Ginsburg (2003), a expansão do controle judicial de constitucionalidade se dá não apenas *externamente*, isto é, com vários países adotando instituições semelhantes ou Cortes Constitucionais. O estudo constata um *fenômeno interno* aos Estados e, igualmente decorrente de bases empíricas, referentes ao aumento dos poderes de juízes, tribunais e Cortes Constitucionais.

O aumento dos seus poderes decorre de uma relação lógica com o próprio desenvolvimento da democracia pelos cidadãos ao passo que acessam a Corte e levam a ela os mais diversos temas que orbitam a sua vida. É dizer, portanto, que, em que pese o protagonismo do poder judicial no controle constitucional, decerto o povo também exerce influência e atribui legitimidade aos atos⁴⁴. A expansão da revisão judicial, portanto, se daria no sentido de que

⁴⁴ Nesse sentido, vale a seguinte observação: “A suprema constitucional se impõe por meio de dois institutos jurídicos importantes: a rigidez da Constituição, que demanda para a alteração dos preceitos constitucionais um procedimento mais difícil do que aquele exigido para elaboração da legislação infraconstitucional; e o controle de constitucionalidade dos atos normativos, que permite a invalidação daqueles que contrariem a Constituição. Mas ela depende ainda mais de outro elemento, de natureza sociológica, que os textos normativos são têm como impor: a existência de uma cultura constitucional, caracterizada pela generalizada adesão do povo à Constituição estatal,

“[...] A corte tem um papel em ajudar a aumentar a constituição, tanto no sentido de criar mais e mais leis quanto em garantir um relacionamento saudável de intercâmbio mútuo entre a constituição e seu ambiente político” (GINSBURG, 2003, p. 72)⁴⁵.

Para Tom Ginsburg (2003, p. 34), é o desenho institucional e o acesso que determina a natureza da revisão judicial nas novas democracias, bem como a ocupação e ampliação do espaço de atuação. Ademais, segundo o autor, em sua maioria, o desenho estará incluso em textos constitucionais escritos. Os políticos, ao procurarem a segurança futura, optam por consagrar nas constituições escritas provisões sobre o poder judicial. Nesse sentido, embora diferentes cenários constitucionais impliquem em diferentes estilos de atividade judicial, algumas questões sobre o desenvolvimento do poder judicial após a terceira onda abrem caminhos para a realidade atual da revisão judicial quanto à sua legitimidade da criação de novos desenhos constitucionais, que constitui objeto do presente trabalho.

Isso porque, com os papéis que as Cortes adotaram gradualmente para elas próprias indicaram que elas não são jogadoras passivas no jogo da revisão judicial. Elas passaram a agir estrategicamente tanto em decisões de casos específicos como para fixar a sua própria posição no sistema constitucional. Em consequência, cada vez mais elas absorviam para si a atribuição de resolver as questões sociais que não ganhavam assento nos fóruns político-deliberativos, levando-se a uma postura mais ativa e disposta a enfrentar questões não constantes do processo de elaboração da constituição (GINSBURG, 2003, p. 65).

Para a defesa do *modelo do seguro*, se as Cortes assumem papéis não antecipados pelos *designers*, algum tipo de consequência futura severa poderia atingir os grupos políticos mais fracos ao tempo da elaboração, eis que os limites prévios da atuação da instituição não foram detalhados adequadamente. Enfrentando tal questão, Tom Ginsburg (2003, p. 65-66) entende que o fato de as Cortes poderem ter novos papéis não as inibe elas mesmas de fornecerem proteções que não foram previstas quando dos acordos constitucionais. Nada obstante, se o exercício da revisão judicial se move em direção das grandes proteções constitucionais os segmentos mais beneficiados seriam as minorias.

Outra constatação que mantém a higidez do *modelo de seguro*, diz respeito ao fato de que o contexto político promove a construção do próprio capital político, mormente de Cortes Constitucionais ou Supremas. O poder judicial é construído de modo gradual e alinhando-se às

que ocorre quando este a toma como algo que é seu, e pelo qual vale a pena lutar” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 26)

⁴⁵ No original: “[...] The court plays a role in helping to grow the constitution, both in the sense of creating more and more law as well as ensuring a healthy relationship of mutual interchange between the constitution and its political environment” (Tradução livre).

preferências de outros atores políticos, como também da possibilidade de reversão de suas decisões. As instituições seriam conscientes do poder e do papel a ser desempenhado, servindo-se de guia para indicar até onde elas podem ir sem agravar ou criar novas fraturas (GINSBURG, 2003, p. 71).

Partindo-se dos estudos descritos acima, as escolhas por determinados desenhos constitucionais em detrimento de outros ocorre dentro de uma escolha em meio a densos processos de barganhas políticas. Ademais, não se conhecem todas as questões que orbitam as escolhas, de forma que toda e qualquer afirmação ou construção teórica, conquanto preocupada com a realidade, mesmo assim ainda pode apresentar-se limitada ou não determinante o suficiente para os propósitos em que criadas.

Segundo Tom Ginsburg, Zachary Elkins e James Melton (2008), em estudo abrangente de todas as constituições escritas desde 1789 até 2005, o tempo de vida média das constituições democráticas gira em torno de 16 anos. É dizer, portanto, que as constituições democráticas falhariam em resistir durante o tempo.

É bem verdade que qualquer tipo de estudo desta magnitude pode ser bastante limitado diante das contingências locais de cada estado. Como visto, haverá sempre uma importante variável nos processos de escolhas políticas e se referem não apenas aos interesses dos elaboradores, mas, sobretudo, a acomodação de tais interesses no contexto local da edição da constituição.

A ideia de redução de riscos defendida por Tom Ginsburg (2003) quanto à opção política pelo controle judicial de constitucionalidade ganha, nesse tocante, outros importantes contornos. O primeiro é que a redução dos riscos implica uma escolha de interesses partidários o do grupo que detém a maioria. O segundo se relaciona com a forma de consolidação de tais interesses quando cotejados com a estrutura sociopolítica do estado. Em outras palavras, o processo de elaboração e escolha de desenhos constitucionais implica uma equalização entre certezas e incertezas; entre o que pode ser realizado e o que não pode ser realizado naquele momento. Daí a escolha por determinadas estruturas institucionais que possam permitir não só a autoaplicabilidade da democracia, mas que mantenham no futuro incerto as condições de funcionamento desta, conforme as escolhas que foram possíveis de serem realizadas. Em conclusão, a elaboração de sistema constitucionais perpassa por escolhas entre instituições majoritárias e contramajoritárias, a exemplo da revisão judicial.

A sobrevivência de uma democracia constitucional dependeria não só da capacidade de respostas e soluções imediatas aos problemas que surgem no processo de elaboração. Ela dependeria também da capacidade de adaptação da norma constitucional às mudanças

progressivas na sociedade (ELKINS, GINSBURG, MELTON, 2008). A esse respeito, conforme se verá mais adiante, o importante é o reconhecimento que todo projeto ou planejamento constitucional é falho e que este reconhecimento é o caminho para a criação de uma cultura constitucional efetiva e para a realocação dos papéis das instituições estatais e não estatais (BALKIN, 2011a).

As conclusões de Susan Albers, Chris Warshaw e Barry Weingast (2012) perfilham do mesmo entendimento. Segundo análise de dados empíricos dos autores, observou-se que conquanto a maioria das democracias constitucionais não resistam por muito tempo, muitos exemplos bem-sucedidos de democratização envolveram a escolha pela constituição de certos mecanismos e instituições contramajoritários. Desse modo, principalmente os processos de transição democrática se apresentaram com maior sucesso quando produzido o equilíbrio entre grupos de oposição e escolhas por desenhos constitucionais que reduziriam os custos manutenção das barganhas constitucionais. Isso porque, a luta por democratização implica um vasto conjunto de conflitos em cuja resolução ou acomodação pacífica pode ser facilitada a depender das estruturas institucionais constantes do planejamento constitucional. Com efeito, as principais escolhas observadas se dão em relação a instituições contramajoritárias, a fim de controlar maiorias posteriormente à sua adoção e proteger os interesses e direitos das minorias. E, apesar da centralização dos estudos em Cortes Constitucionais com a prática da revisão judicial, várias são as variedades de provisões constitucionais que implementam referidas instituições.

As determinações constitucionais que encaminham provisões contramajoritárias podem ser classificadas quanto à sua forma ou quanto à sua extensão/escopo (ALBERTS, WARSHAW, WEINGAST, 2012, p. 72). As provisões do primeiro tipo se apresentam com a adoção de determinadas estruturas institucionais – a exemplo das Cortes Constitucionais – ou por meio de procedimentos específicos para a tomada de decisões públicas para criação legislativa e, assim, limitar os poderes do governo. No que tange ao escopo, elas são consideradas a depender da extensão da proteção apresentada, isto é, se protegem interesses difusos ou específicos. Dentro desta classificação o exercício da revisão judicial se apresenta como uma estrutura contramajoritária que proporciona a proteção de interesses difusos, uma vez que suas decisões alcançam uma variedade de interesses da minoria.

Importante consideração que soergue dos referidos estudos decorre do conhecimento de uma certa plasticidade nas provisões constitucionais que criam estruturas contramajoritárias, de forma que a depender da natureza de tais regras constitucionais tanto a composição da minoria protegida quanto os efeitos das provisões em si poderão se alterar no tempo.

Nesse sentido, pode-se afirmar, com Susan Alberts, Chris Warshaw e Barry Weingast (2012), a mesma problematização por trás da *teoria do seguro* de Tom Ginsburg (2003), no sentido de que a democracia ou o funcionamento institucional de um dado desenho constitucional está assentado na confiança de que o modelo adotado é o mais adequado para a redução dos riscos e proteção dos interesses e das barganhas políticas ao tempo da elaboração da constituição. Isso porque, como se viu, a democracia é caracterizada por uma variedade de lutas e interesses os quais precisam ser resolvidos e acomodados pacificamente, principalmente no sentido de que todos os grupos, minoritários e majoritários, se submeterão e cumprirão com as regras e provisões constitucionais constantes do texto, estando as instituições contramajoritárias como salvaguarda destes interesses constitucionais, um alicerce, confiável, de proteção.

Segundo Mark A. Graber (2018, p. 666), a existência de juízes e tribunais independentes contribui para que os compromissos constitucionais – liberdades políticas amplas e robustas; progresso econômico preocupado com bens básicos como comida, moradia, educação, saúde, acesso à água; inclusão/discriminação com base na orientação sexual, religião, raça ou etnicidade e; separação do Estado da igreja e abandono das tradicionais de gênero e sexualidade - sejam mantidos e facilitados. Daí, então, a opção por estruturas constitucionais com Cortes Constitucionais ou revisão constitucional judicial.

Aqui, vale uma importante observação apresentada por Roberto Gargarella (2018). Segundo o estudioso, constata-se que a principal estratégia utilizada nas constituições escritas em contexto de sociedades plurais/multiculturais/pós-guerra, decorrentes da terceira onda democrática, é a da “acumulação”. Os processos constituintes simplesmente agregam propostas diferentes e em tensão, como meio para acomodação dos interesses em jogo (GARGARELLA, 2018, p. 178 e 180). Não haveria, assim, um ponto comum de acordo entre as forças políticas no momento da elaboração do diploma normativo constitucional. Não há renúncias de interesses políticos entre propostas liberais ou conservadoras, fazendo-se com que estruturas institucionais sejam adicionadas para acomodarem as demandas em contraste.

As estruturas institucionais criadas para acomodar os diversos interesses políticos em jogo na constituição ao passo que oferecem um espaço para as forças em tensão e permite um processo de ruptura menos drástico para a criação de nova ordem constitucional, cria cenários de polarização sobre a interpretação da constituição.

No contexto da América Latina – e do Brasil – a estratégia da acumulação do texto constitucional nos processos constituintes cria, igualmente, regime de separação de poderes conflitivo. Liberais defendem modelo menos concentrado de poderes – freios e contrapesos -,

enquanto os conservadores defendem um modelo que concentra mais os poderes. Assim, ao acomodar as duas formas de compreender a separação dos poderes, se cria um sistema imperfeito e desequilibrado, portanto, ineficiente na prática (GARGARELLA, 2018, p. 183-184)⁴⁶.

Portanto, a função revisão judicial na democracia, defende Tom Ginsburg (2003, p. 71) tem pouco a ver com a aplicação neutra de regra pré-existentes. Ao revés, é no jogo político interacional que ela é importante para a democracia e que se expressa o seu caráter constitutivo. E, então, conclui:

Em vez disso, a revisão judicial é útil no desenvolvimento da própria constituição democrática. Constituições nessa visão são documentos vivos e crescentes; eles não existem em algum reino “puro”, pronto para exposição por juízes especialistas. A revisão judicial é importante nessa visão, pois nos permite ver com mais precisão quais são as fronteiras constitucionais de um sistema. A revisão judicial convida a um processo de diálogo que esclarecerá os limites da atividade política. Esse diálogo em si contribui e enriquece a autoarticulação democrática. A constituição é revelada, não através dos pronunciamentos de uma classe especial de pessoas sábias, mas através da interação contínua entre os ramos do governo. Os sistemas de revisão judicial eficaz, embora não sejam estritamente necessários para os sistemas constitucionais, são úteis para expor os limites precisos da estrutura normativa em evolução que “constitui” a comunidade e estrutura a ação política. (GINSBURG, 2003, p. 71-72)⁴⁷.

Assim, pode-se afirmar que o conhecido fenômeno da “judicialização da política” - em que o Tom Ginsburg (2003, p. 73) chama de “constitucionalização da política” - é gerado pelo próprio desenvolvimento da revisão judicial ao acompanhar e se alinhar aos processos de democratização. Ela não é um mal ou algo que prejudique a atividade judicial a ponto de fraturar a sociedade ou a deslegitimar, mas um dado decorrente da complexidade das demandas que tomam assento em cenários judiciais. Deriva dos desenhos institucionais que criam o acesso à Corte. Em suma, é uma consequência da expansão da democracia e não o seu fim.

A constitucionalização da política aprimoraria as vozes ao providenciar um outro fórum e um outro modo de participação política. As vitórias ocasionais antes da decisão da Corte

⁴⁶ O modo de adoção e acomodação constitucional funcionaria como um anúncio de falha constitucional futura, o que explicaria os constantes ciclos de ruptura política na região. É dizer, esquema constitucional desequilibrado demonstraria, assim, que as Constituições da América Latina estariam em apuros há bastante tempo. (GARGARELLA, 2018).

⁴⁷ No original: “Rather, judicial review is useful in developing the democratic constitution itself. Constitutions in this view are living, growing documents; they do not exist in some “pure” realm, ready for exposition by expert judges. Judicial review is important in this view because it enables us to see more precisely what the constitutional boundaries of a system are. Judicial review invites a process of dialogue that will clarify the boundaries of political activity. This dialogue itself contributes to and enriches democratic self-articulation. The constitution is revealed, not through the pronouncements of a special class of wise people, but through continuous interaction among branches of government. Systems of effective judicial review, while not strictly necessary for constitutional systems, are useful for exposing the precise boundaries of the evolving normative framework that “constitutes” the community and structures political action.” (Tradução livre)

encorajam a um maior engajamento e ocupação do espaço político, aprimorando o seu papel e da própria democracia, como também cria o próprio capital político e desenvolve a sua “qualidade reputacional” (GINSBURG, 2003, p. 73).

Quando a Corte está numa configuração política em que ela é ativa, tem suas decisões obedecidas e elas são relevantes politicamente, a revisão judicial está em estado de “equilíbrio elevado”. O sistema da revisão judicial não é mantido sozinho, mas se sustentaria pelas estruturas e pelo jogo político. De modo contrário, quando a Corte não consegue criar um fórum alternativo de manifestação e há desconfiança na revisão judicial, ela estaria em “equilíbrio reduzido”, e, por consequência, a constituição teria pouca importância na vida política e social, não é renovada e se tornaria estagnada. Uma Corte Constitucional, nas novas democracias, buscaria transformar o *equilíbrio reduzido* em *equilíbrio elevado*, por meio do uso cuidadoso da estratégia⁴⁸ (GINSBURG, 2003, p. 72-76).

No que tange à *qualidade reputacional*, significaria avaliar as práticas passadas de juízes e tribunais em determinados contextos institucionais – sejam internos ou externos - como forma de produzir e disponibilizar informações mais adequadas sobre a *performance* judicial. Em suma, a *qualidade reputacional* é aferida levando-se em consideração as variantes institucionais que decorrem dos desenhos institucionais de atuação e do acesso à revisão judicial, bem como do caso específico em que se decidiu. Quanto maior o número de informações disponíveis maior a reputação judicial do referido órgão.

O Tribunal consciente de seus limites e suas possibilidades e, sobretudo, da sua importância política, entrega informações que permitem uma avaliação adequada do desenvolvimento dele e de suas capacidades no cenário político. A um só tempo, permite atuações estratégicas mais seguras, que mantenha o *equilíbrio elevado*, bem como aqueles que acessarem a Corte terão condições de avaliar antecipadamente as possíveis reações dela. A *qualidade reputacional* garante capital político de modo tal que a revisão judicial e a democracia se retroalimentam mutuamente: a revisão judicial é expandida pela democratização e a democratização é expandida pela revisão judicial⁴⁹.

⁴⁸ Essa atuação estratégica visa expressar a consciência de tomadores de decisão no controle judicial de constitucionalidade de que para alcançar certos objetivos exige a habilidade em reconhecer que certos resultados dependem, em parte, das preferências de outros atores com interação com ela (GINSBURG, 2003, p. 66-67). Ademais, a atuação estratégica pode se apresentar por diversas posturas da Corte, que vão desde a seleção de casos para serem julgados ao uso do próprio capital político para compreender quais casos os aliados da Corte procuram proteger de eventuais fraquezas institucionais (GINSBURG, 2003, p. 88).

⁴⁹ A reputação judicial, nestes termos, não tem por objetivo indicar se uma forma de *performance* é melhor ou pior, de acordo com as avaliações realizadas; ou se modalidades específicas são melhores que as outras. Assim como as instituições da revisão judicial, condições institucionais específicas geram práticas diferentes, e, por sua vez geram avaliações e informações específicas. Assim, o estudo da *reputação judicial* constitui reforço à análise da *lógica política da revisão judicial*, no sentido de explorar os mecanismos e incentivos institucionais que

Em conclusão, Tom Ginsburg (2003, p. 247) afirma que desenho institucional da revisão judicial nas democracias somente permite o seu desenvolvimento e expansão internos a partir da transformação dos conflitos políticos em diálogos constitucionais amplos, conforme é desenvolvido no tempo. A revisão judicial representaria *entidade viva* que evidenciaria a política em movimento e se sujeitaria a várias contingências locais.

Ocorre que, independentemente das variáveis locais, pode-se afirmar que sistemas de partidos dominantes únicos são improváveis de desenhar sistemas fortes e abertos de revisão judicial. Isso porque onde não há dispersão política, não há tolerância a tribunais fortes. Ademais, a mesma dispersão política que cria mais disputas a serem resolvidas pelas Cortes é que possibilita a sua expansão. Por consequência, o desenho institucional em situação de impasses políticos tem maior potencialidade na produção de sistemas fortes de revisão judicial (GINSBURG, 2003, p. 261).

Em razão da revisão judicial ser, em grande medida, um produto da democratização e vice-versa, a consolidação do sistema democrático se deve muito a juízes e tribunais. Eles providenciam um fórum não partidário para emitir pronunciamentos constitucionais e encoraja mais vozes a participarem do processo de consolidação e expansão democrática. Portanto, no âmbito da *terceira onda* democrática se constata que instituições judiciais detêm autonomia para construção e ampliação dos próprios poderes. E, ainda, a adoção de desenhos constitucionais de também constituem elementos importantes dentro da *logica política da revisão judicial*⁵⁰.

Adotando-se as conclusões das análises conforme descritas, tem-se que juízes, tribunais e Cortes Constitucionais se relacionam à democracia e são adotados em determinados desenhos constitucionais, porque os protegem e garantem que os processos democráticos se mantenham equilibrados. A possibilidade de, no exercício de tal função, cassar atos legislativos ou elaborados por instituições que representam diretamente o povo não torna os instrumentos de revisão judicial ruins ou que padecem de legitimidade. A edição de atos pelo poder público contrário aos direitos básicos merece ser constrangida, a fim de restabelecer a própria

produzem a reputação de determinada instituição, que possam garantir sua atuação mais ativa, suas decisões serem obedecidas e atribuir a sua importância dentro das estruturas políticas. A reputação visa também avaliar a influências de estruturas institucionais no reforço ou prejuízo dela, ou na produção de diferentes tipos de reputação. Para mais, confira: GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*. Chicago: Chicago University Press, 2015.

⁵⁰ Assim, a existência de “estruturas políticas de incentivo” no desenho constitucional contribui sobremaneira para o modo da atuação de juízes e tribunais e ampliação dos seus poderes com o tempo. Para tanto, cf.: KAPISZEWSKI, Diana. **Arbitro de conflitos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición**. In: HELMKE, Gretchen. *RIOS FIGUEROA, Julio. Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

normatividade constitucional e resgatar os compromissos fixados. Assim, “[...] A revisão judicial pode ser contramajoritária, mas não é contrademocrática” (GINSBURG, 2003, p. 31-tradução livre)⁵¹.

Em face do exposto, conquanto seja evidente que o principal modelo de estrutura contramajoritária adotada por democracias se expresse em cortes constitucionais com a prática da revisão constitucional judicial, não há uma relação automática entre a adoção de uma constituição e a escolha pelas referidas provisões. Com efeito, o ato de elaboração de uma constituição passa por idênticas influências e acomodações de interesses.

Em consequência, na medida que o discurso geral que fundamenta a revisão judicial se mostra limitado para a explicação do fenômeno, o mesmo pode ser dito quanto à adoção de uma constituição em si. Não raro observa-se que estudiosos partem da pressuposição de que todos os estados necessitam de uma constituição escrita sem, no entanto, adentrar aos seus pressupostos políticos e sociais. Isso se deve às particularidades que cada Estado apresenta para a resolução de problemas próprios o que leva à literatura constitucional adotar, como regra, pressupostos como se a elaboração de uma constituição escrita fosse uma consequência inevitável em que os Estados estariam predestinados. Mas, assim como a revisão judicial, haveria uma estratégia política por trás da adoção da constituição?

2.3. Por que uma Constituição? A estratégia ou opção política pela adoção de constituições

Muitas podem ser as razões para que determinado estado adote uma constituição e opte por desenhos institucionais específicos. No âmbito da modernidade, afirma Mark Tushnet (2014, p. 10-11), a adoção de uma constituição muitas vezes se apresenta como uma realidade prática para a existência do próprio Estado e reconhecimento perante uma comunidade internacional. Seja como forma de estabilidade institucional ou como um ato simbólico de existência, elaborar uma constituição atribui autonomia à entidade política. De igual modo, as constituições são meios úteis de assentar os contornos dos mecanismos para exercício do poder, bem como instrumento de unidade nacional em países com populações heterogêneas.

Considerando as afirmações normativas gerais anteriores, o presente tópico objetiva analisar o porquê da adoção de uma constituição por determinado Estado e as consequências institucionais desta escolha, a fim de demonstrar que a adoção de uma constituição – e os

⁵¹ No original: “Judicial review may be countermajoritarian but is not counterdemocratic”.

instrumentos institucionais correlatos para o seu resguardo – constitui uma estratégia política de poder.

A preocupação da seção é, pois, quanto aos fundamentos políticos e sociais das constituições e a inferências que podem ser feitas da sua linguagem e estrutura⁵² constitucionais. Para tanto, aos moldes das seções passadas, a análise sobre constituição implicará em grande medida uma relação com as suas instituições, sobretudo, de controle constitucional realizado por juízes, tribunais e Cortes Constitucionais. Neste momento, a preocupação dá um passo de fundamentalidade “para trás”, voltando-se a atenção para os elementos reais constantes da adoção de uma constituição.

A problemática enfrentada pela seção pode ser resumida no seguinte questionamento apresentado por Russel Hardin (2013, p. 51 – tradução livre): “Por muitos séculos o mundo e seus Estados foram governados com sucesso sem constituições formais. Então, por que as constituições são vistas agora como fundamentalmente importantes?”.⁵³

Trata-se de reflexão semelhante à realizada por Tom Ginsburg (2003) para a caracterização da *teoria do seguro* na lógica política da revisão judicial. Neste tópico, no entanto, a lógica política recairá quanto à escolha por estruturas políticas plasmadas em documento constitucional, mas sem excluir os resgates da seção passada, em que se buscou fixar a importância dos elementos reais no âmbito do estudo da constituição. Na verdade, a seção passada serviu de importante pressuposto para despir o Direito Constitucional e as constituições de vestes ideacionais ou românticas e, pois, limitadas na apreensão do fenômeno objeto do presente trabalho.

Nesse sentido, estudiosos mais preocupados com experiências específicas dão conta que o contexto interno de cada estado indicará os caminhos para a adequada reflexão de uma constituição e as instituições por ela criadas. Assim, conquanto seja imperioso o retorno aos processos de elaboração do texto constitucional em cada contexto político⁵⁴, não é despicienda a apresentação de elementos prováveis nos processos de adoção de uma constituição, que,

⁵² Para mais, confira: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila. *Social and Political foundations of constitutions*. Cambridge University Press, 2013.

⁵³ No original: “For many centuries the world and its states were successfully governed without formal constitutions. Then why are constitutions seen as fundamentally important now?”.

⁵⁴ Ginsburg Tom. *Judicial Review in New democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. HARDIN, Russel. *Why a Constitution*. In: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila. *Social and Political foundations of constitutions*. Cambridge University Press, 2013. GINSBURG, Tom (org.) *Comparative constitutional design*. Cambridge University Press, 2012.

comparativamente, podem ser observados em vários locais que também fizeram a mesma opção política⁵⁵.

Não se esquece, todavia, da dificuldade que se mostra na defesa de motivos de um sistema particular ser necessário ou correto, porque sempre podem existir outras possibilidades que são mais atrativas e, em princípio, plausivelmente superior. Na medida em que as análises são realizadas, não se desconsidera a sua limitação, tanto espacial como metodológica e técnica para a extensão do trabalho; e, muito menos, parte-se do pressuposto de que outras análises merecem menor respeito e consideração. O objetivo geral do trabalho se assenta em questões problematizadas a partir de experiências práticas específicas da constituição no Brasil, com vistas a apresentar um estudo que jogue luz sobre o aprimoramento da constituição com suas instituições e procedimentos decisórios no Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, nos parece mais adequada valer-se de instrumentais teóricos igualmente preocupados com o mundo real, embora extraídos de contextos os mais diversos. Por igualmente consciente disto, adotamos as seguintes observações de Russel Hardin (2013, p. 68 – tradução livre):

Pode não haver melhor constituição, embora possa haver muitas que sejam comparativamente boas; e muito mais outras que seriam ruins. Ainda assim, pode estar claro que mudar de um sistema que já temos em vigor para alguma alternativa em princípio mais atraente seria muito difícil e plausivelmente caro para justificar a mudança⁵⁶.

Para os propósitos do presente tópico, são importantes os estudos realizados por Giovanni Sartori (1962) e Gerald Stourzh (2003) quanto ao *significado de constituição*. Ao analisar os significados do termo “constituição”, Gerald Stourzh (2003), constata o significado moderno da expressão ganha densidade a partir do termo “governo”, durante os séculos XVI e XVII. Para ele, o governo e o seu instrumento são importantes precursores do que *constituição* iria vir a ser no contexto do século XVIII. Assim, “constituição”, “documento de constituição” ou “constituição escrita” expressam a ideia de “instrumento de governo”.

A ideia de governo, no entanto, não estava centralizada tão somente na noção do Poder Executivo, ou seja, não se relaciona à autoridade de mandar. O termo governo encaminhava uma noção muito mais inclusivista e ampla, de cuja restrição veio somente com as ideias da separação de poderes (STOURZH, 2007).

⁵⁵ Para mais, GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila. *Social and Political foundations of constitutions*. Cambridge University Press, 2013.

⁵⁶ No original: “There may be no best constitution, although there may be many that are comparably good and far more others that would be bad. Still it may be clear that to change from a system we already have in place to some in-principle more attractive alternative would be very difficult and plausibly too costly to justify the change”.

Assim, o termo constituição teria vindo atrasado para aquilo que ela tenta justificar no discurso político moderno. Desde a transição entre os séculos XVI e XVII, em que o povo passou a avaliar e nomear as estruturas ou formas de governo com o termo “constituição”, que os Ingleses começam a falar da ideia de constituição em conexão entre corpos coletivos e o corpo político (STOURZH, 2007).

Gerald Stourzh (2007), então, considera a existência de duas bases de aplicação distinta da palavra *constituição* para a esfera de governo, em sentido amplo. A primeira, e compreendida mais importante, é encontrada na aplicação de analogias e comparações entre a *natureza, corpos naturais* e a *política*, isto é, na transferência das reflexões comumente aplicadas a corpos físicos para os corpos coletivos ou corpos políticos.

O primeiro estudo no qual se vale o autor se dá nas observações do início do século XVII quanto à semelhança entre a composição natural do corpo e a organização de corporações (*corporations*), nos termos dos estudos do jurista William Fulbecke. Esta relação seria encontrada, posteriormente, nos discursos político e constitucional e prevalecido até o século XVIII, dentro da noção de *constituição* como configuração (*disposition*) ou qualidade do corpo político, ainda como reflexo dos usos de *constituição* em conexão com organizações coletivas a exemplo da Igreja da Inglaterra ou mesmo da própria Monarquia – cabeça – e os súditos – membros (STOURZH, 2007).

Para Geraldo Stourzh (2007), embora a utilização do termo sem explícita referência à natureza do corpo físico possa ser identificada nos debates parlamentares quanto às “Imposições” de James I, em meados de 1610, e que levariam à dissolução da estrutura política da comunidade britânica (*commonwealth*), somente com a Revolução Gloriosa que *constituição* é usada como um ato fundamental de estado. Ou seja, nesse momento que se identifica a primeira utilização de termo em sua acepção moderna, posteriormente espalhado pelos estudos de Montesquieu quanto a constituição de um estado livre para o mundo.

O segundo estudo utilizado por Stourzh (2007) se volta para a utilização do termo na Europa continental, já em concepção jurídica quase sempre usadas no plural – *constituições*. Em último caso, tal termo pode ser relacionado com tentativa de resgate da expressão *constitutiones* do Direito Romano (*civil law*) e Canônico, no qual se referenciava aos decretos imperiais, com também utilizado para representar um direito fixado/posto ou regulações, significava regulações escritas específicas ou designava uma série de regulações editadas em dado momento para tratar determinadas questões. Neste último caso o termo era usado no plural. Posteriormente o termo teria sido reduzido para referir-se a regulações locais, uma vez

que se espalhou a utilização do termo *statute* para indicar o direito editado pelo rei no parlamento.

Com efeito, segundo os estudos de Gerald Stourzh (2007), a relação inicial entre constituição e corpos coletivos que deu início ao processo de desenvolvimento conceitual da expressão, que se completaria, em essência, durante o “período de reflexão constitucional”, no contexto dos Estados Unidos durante o fim do século XVIII. Este período de reflexões conceituais perpassa, segundo o autor, o momento entre a crise do *Stamp Act*⁵⁷, passando pela elaboração das constituições dos estados-membros e a constituição federal, até o caso *Marbury v. Madison*.

Mas o que teria mudado e o que era novo durante a Revolução dos EUA e o que resultou dela para o termo *constituição*? Para responder a este questionamento, o autor identifica 5 pontos específicos, que, de alguma maneira, já apareceram neste trabalho no âmbito da análise do porquê da revisão judicial. Com efeito, a primeira mudança se dá na diferença entre leis e constituições ante a existência de determinados conflitos – a ideia de *inconstitucionalidade*. Em consequência, aumentou-se a consciência – teórica – de que os legisladores se submetiam à constituição, não tendo soberania a ela, de forma que previsões normativas foram consolidadas – inicialmente nas constituições estaduais e, depois, na federal – para impedir usurpações de poder por parte dos poderes Executivo e Legislativo e para proteger direitos individuais (*Bill of Rights*) (STOURZH, 2007).

Assim, a principal ideia atribuída ao termo constituição levado à efeito pela Revolução dos EUA foi a inscrição de ideias fundamentais do estado em documento escrito – as constituições escritas -, fixando-se poderes e competências distintas para os vários órgãos e ramos políticos, bem como a possibilidade de se invalidar normas inferiores com ela incompatíveis, por meio de uma revisão constitucional. Tais características, consigna Gerald Stourzh (2007) resultam no tratamento interno para lidar com os conflitos com a Inglaterra, no que atribuiu o significado moderno do termo *constituição*.

Embora comum na literatura do Direito Constitucional, Giovanni Sartori (1962), por sua vez, em estudo sobre o constitucionalismo, afirma que o documento escrito deve ser compreendido em seu fim, ou seja, no potencial do seu objetivo e não quanto à existência de

⁵⁷ A *Stamp Act*, ou Lei do Selo, em 1765, pela Coroa Inglesa, no qual exigia a colocação de selos de papel emitidos pelo governo em qualquer tipo de material impresso, desde cédulas de dinheiro a cartas de baralho, o que ocasionou uma série de revoltas na sociedade em nome da liberdade. Para mais, confira: LEPORE, Jill. Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos. 1. Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 107 a 133.

algo escrito propriamente dito. Para o autor, por carregar a ideia de garantia, o termo *constituição* tem o mesmo significado nos EUA, França e Inglaterra.

Isso quer dizer que a classificação ou a conceituação da constituição implica a adoção pelo classificador de um propósito específico para o termo. Assim, somente *prima facie* as classificações seriam aparato neutro. Toda classificação tem um propósito e elas se diferem a partir desse propósito específico, que podem ser escolhas arbitrárias. Isso é um problema específico e que pode ensejar a defesa de determinadas *estruturas constitucionais ruins* como uma constituição (SARTORI, 1962).

Constituições devem ser consideradas como *armazéns* de experiências passadas moldadas por práticas anteriores. Poder-se-ia atualizar o conceito ou buscar significados diversos na história, mas o valor final está na característica de que ele explicaria como se comportar como pessoas experientes em relação a questões que geração não tem experiência. Em conclusão, afirma, que o ponto central da conceitualização do termo se refere ao resultado de um processo de tentativa-e-erro, de como ser governado sem ser oprimido (SARTORI, 1962).

As análises de Giovanni Sartori (1962) apresentam importante reflexão referente à impossibilidade de condensar todas as experiências locais na constituição – e, partindo-se disso, conceituá-la. De igual modo, ela sempre vai depender de um contexto social específico para que uma definição seja minimamente adequada. A constituição não se apresenta no contexto de sua adoção – e conceitualização - como uma estipulação arbitrária por uma comunidade e muito menos algo a ser descoberto no “imaginário popular”⁵⁸, mas algo a ser decidido por teste histórico e constatada por pensamentos que compreendam as possibilidades dela e, sobretudo, os seus limites.

Pelos estudos descritos, vê-se que as constituições passaram a ser utilizadas ante o que ela veiculava e os objetivos por tal previsão. Nesse sentido, a preocupação central das

⁵⁸ Para Jack Balkin (2011a), a opinião pública constitui importante parte interessada no processo de interpretação da constituição. No entanto, somente quando ela recebe o poder de persuadir e influenciar efetivamente os cursos de ação estatal que se configuraria como importante meio de construção do significado da norma constitucional. Assim, os processos de interpretação constitucional não intermediados por instituições formais são importantes e essenciais para o alinhamento do estado com os cidadãos, porém, eles precisam alçar a condição de interferir efetivamente – de persuadir – as tomadas de decisão sob pena de serem considerados “meros estados mentais do indivíduo”. Partindo-se disso, pode-se aderir às considerações de Giovanni Sartori (1962) de que a constituição não pode ficar dependente de uma descoberta do imaginário popular. É preciso que haja um teste efetivo nela, que, com Jack Balkin (2011a), podem ser realizados por meio de mecanismos de feedback, a exemplos das influências efetivas nas decisões realizadas por movimentos políticos e sociais. Conforme defendidos neste trabalho, estes testes podem ser localizados no âmbito da revisão judicial, desde que tanto os estudos como as posturas dos tomadores de decisão reconheçam e insiram nos processos decisórios o contexto político interacional em que a decisão judicial é tomada. Estes elementos são tratados na segunda parte deste trabalho, no qual remetemos o leitor.

constituições foi para resolver – no momento e para o futuro – questões de governo as mais variadas, de forma que conceituar as constituições implicava, ao mesmo tempo, em exercício de atribuição de importância ao seu conteúdo e esquema institucional.

A constituição seria, conforme afirma Russel Hardin (2013), dependente das condições da sociedade que ela vai governar, e, assim, qualquer tentativa de conceitualização, ou de análise das constituições que desconsiderasse tal característica, seria potencialmente insuficiente à complexidade apresentada.

Assim, à exemplo da tentativa de apresentar justificativas reais pela adoção da revisão judicial, ao conceito de constituição deve-se adicionar reflexões preocupadas com as mesmas questões. Isto é, a fixação de direitos democráticos – sobretudo direito ao voto e liberdade de expressão – e um conjunto de instituições para efetivá-los não constituem por si só *a constituição*, devendo-se suplementá-los com reflexões quanto aos interesses subjacentes à sua adoção.

Em outras palavras, se há um contexto de relações políticas no qual decisões sobre a elaboração da constituição são tomadas, seria ingênuo pensar que os direitos e desenhos consolidados no texto constitucional não sofreriam influência deles. Nesse sentido, surge ao debate a necessária análise não apenas do *quê é uma constituição*, mas *qual o porquê de uma constituição*. Trata-se de reflexão essencial para suplementar o discurso geral pela opção política na adoção de constituições e reforçar as justificativas pela adoção da revisão judicial. Servem, portanto, os estudos centrados na *economia política constitucional*, sobretudo de Russel Hardin (2013), e na consideração do surgimento de *abordagens realistas-estratégicas* sobre as constituições e instituições, constantes de importante estudo feito por Ran Hirschl (2013).

Aos moldes de algumas descrições realizadas neste trabalho, Russel Hardin (2013, p. 51) parte do modelo norte-americano ao afirmar que a Constituição dos Estados Unidos se mostra como um dos primeiros documentos do qual se extraem as razões pela adoção de uma constituição, ao estabelecer um sistema de governo e instituições para governança em nível nacional. Contemporaneamente, as constituições continuariam a fazer um pouco da mesma coisa, fixando-se instituições onde não havia nenhuma ou substituindo instituições insatisfatórias, a fim de preservar a ordem social.

Russel Hardin (2013, p. 51) faz a sua análise partindo do que seria para ele os dois principais problemas de governo das democracias constitucionais modernas: a natureza constitucional e organização representativa da democracia; e o estabelecimento de limites autoaplicáveis ao governo. Para tanto, duas escolas se salientariam para analisar as referidas

características: as *teorias contratualistas* e as *teorias da coordenação*. Em termos gerais, as primeiras estariam preocupadas em apresentar justificativas normativas para obediência a determinado regime político, enquanto as segundas seriam teorias inerentemente – e preponderantemente - explicativas ou causais, em que pese possam realizar conclusões normativas.

Para Hardin (2013, p. 52), constituições seriam dispositivos inerentemente consequencialistas e, como tal, exige-se jogar luzes e deslocar a atenção para as suas reais consequências, porquanto prováveis de depender, em alguma medida, sobre a natureza da sociedade, que é governar. A esse respeito, seria um absurdo avaliar as qualidades normativas de uma constituição tão somente a partir do seu conteúdo isolado, porque a problemática que atinge as constituições é quanto à organização da política e da sociedade em modos específicos – por meio de aparatos estatais, democracia representativa, fixação de direitos, etc. -, de forma que o que pode contar como uma boa constituição para uma sociedade pode ser ruim para outra. A esse respeito, justifica a adoção de estratégia metodológica da economia política para uma concepção causal de constituição:

A afirmação central que fundamenta o constitucionalismo na economia política é que, em geral, é uma vantagem mútua preservar a ordem social porque é do interesse de cada um de nós que ela seja preservada. Pode haver, é claro, problemas de ação coletiva em preservá-lo, de modo que seu benefício mútuo não garante sua sobrevivência. Na verdade, a vantagem mútua pode ter mais de uma implicação em casos de coordenação desigual e muito comumente em casos de múltiplas coordenações possíveis que são todas mais ou menos igualmente atraentes, pelo menos quando vistas *ex ante* (HARDIN, 2013, p. 52 – tradução livre)⁵⁹.

Semelhante às conclusões apresentadas por Gerald Stourzh (2007), Russel Hardin (2013) defende que *o porquê* da constituição é o estabelecimento de governo. Como tal, a análise deve recair sobre a compreensão da estrutura estratégica de tal escolha ou dos problemas que ele deseja resolver – dentro, é evidente, daquilo que é possível de ser resolvido. A constituição e o Direito Constitucional, nessa acepção, seriam considerados uma forma de política por outros meios e qualquer explanação para que seja rica e real, precisa reconhecer que a proliferação de constituições e Cortes Constitucionais estão em meio a um conjunto de considerações, interesses e escolhas mundanas e estratégicas (HIRSCHL, 2013).

⁵⁹ No original: “The central claim that grounds constitutionalism in political economy is that, in general, it is to our mutual advantage to preserve social order because it is the interest of each of us that it be preserved. There may, of course, be collective action problems in preserving it, so that its serving mutual advantage does not guarantee its survival. Indeed, mutual advantage can have more than one implication in cases of unequal coordination and very commonly in cases of multiple possible coordinations that are all more or less equally attractive, at least when viewed *ex ante*.”

Para Russel Hardin (2013), o reconhecimento desta estrutura estratégica de escolha implica na insuficiência das *teorias contratualistas* em explicarem o fenômeno, uma vez que elas somente se subsistem se compreendidas no contexto da *teoria social da coordenação*. A adoção de posturas práticas se revela essencial para enfrentamento e adequada análise dos problemas de governo e deriva do fato de que a dependência do conteúdo constitucional às condições da sociedade que a constituição vai governar estariam na natureza da coordenação e do acordo/convenção.

O *porquê* de uma constituição, neste aspecto, adotaria uma compreensão causal do documento, que, conforme já se fixou, deve ser dependente das condições da sociedade a ser governada. Constituições servem a propósitos de resolução de problemas de governo, de modo que o processo de constitucionalização deve enfrentar um problema de dois estágios: i) coordenar a constituição com a forma de governo; e a ii) manutenção deste governo e do exercício do poder ante problemas dos indivíduos e da sociedade. Quanto melhor a coordenação mais bem-sucedida será uma constituição (HARDIN, 2013, p. 64).

As constituições criam um sistema seguindo-se os referidos estágios. Sociedades e indivíduos necessitam de um governo que os empodere, mas que seja empoderado também. E, em caso de extrapolação ou desconsideração disto, que existam estruturas constitucionais que os bloqueie, porque é interesse mútuo – governos e cidadãos - que isto seja preservado.

Sendo assim, os estudos realizados pelos contratualistas ignorariam uma série de questões de ordem prática, fixando-se os estudos tão somente na compreensão de que os cidadãos são moralmente obrigados a se submeterem ao governo, semelhante e metaforicamente quando as partes estariam legalmente obrigadas a um contrato. A esse respeito, a principal objeção restaria sobre a inexistência de um efetivo acordo pessoal e, mais ainda, que este acordo também vincularia as futuras gerações que sequer puderam se manifestar sobre o contrato (HARDIN, 2013, p. 53-54). Ou seja, o contratualismo falharia na apresentação de substratos não apenas para adoção de uma constituição, mas, sobretudo, para a legitimidade intergeracional dela.

Ran Hisrichl (2013), parte da mesma constatação apresentada quanto a existência, nas últimas décadas, de uma convergência global em direção à democracia e à supremacia constitucional com o correspondente crescimento em relevância política de cortes constitucionais e da revisão judicial. Corroborando com o exposto, entende que a *ascensão do constitucionalismo mundial* apresentou um necessário suplemento para a viabilidade da própria democracia, revelando-se um elemento central. Assim, constituições com os mecanismos de

controle constitucional realizados por instituições específicas seriam, de fato, uma relação necessária.

Ademais, seguindo-se os estudos principais sobre o fenômeno, Ran Hirschl (2013), entende, aos moldes semelhantes das questões suscitadas por Tom Ginsburg (2003), que mesmo diante da difusão de constituições e de cortes constitucionais e revisão judicial a adoção de constituições por determinados Estados ainda se apresentaria explorada e teorizada insuficientemente e representada em sua maioria em tendências *ideacionais* e *funcionalistas* da constituição

A narrativa *ideacional* quanto à difusão de constituições no final do século XX e início do século XXI, defende que “[...] o significado e a qualidade das ideias são fatores-chave para explicar sua prevalência ou desaparecimento; quanto mais normativamente atrativas são as ideias, maior a probabilidade de prevalecerem (e vice-versa)” (HIRSCHL, 2013, p. 158). Assim, as mudanças políticas seriam explicadas em termos das ideias propostas ou empregadas por certos atores políticos ou instituições, porque elas seriam corretas, justas e adequadas, e, assim, encontrariam uma condição moralmente mais elevada na sociedade.

Os principais exemplos decorrentes desta narrativa são das democracias observadas após o fim da II Guerra Mundial e a consideração pelos textos constitucionais de que a democracia está para além da simples regra de eleições majoritárias. Permeadas por uma *linguagem de direitos* as constituições fixavam um conjunto de normas de controle do governo – e eventual tirania da maioria – como também de direitos de indivíduos e de grupos vulneráveis. Considerava-se que tais direitos representavam um conjunto de valores de cuja relevância tinha elevado *status*, eis que refletiam uma plataforma ideológica justa apoiadas e defendidas por líderes políticos, instituições e eleitores (HIRSCHL, 2013, p. 159).

Segundo Ran Hirschl (2013, p. 158-159), o medo seria a principal força motriz a respeito da plataforma ideacional para mudanças políticas e adoção de certos desenhos institucionais. Constituições, portanto, teriam um aspecto de pré-compromisso para proteção contra suas próprias fraquezas, os quais poderiam reduzir a probabilidade de tomada de medidas semelhantes aos horrores ocorridos sob o Terceiro Reich e o nazismo. Tais ideias entrenchadas em provisões constitucionais também levaram ao fenômeno da expansão e fortalecimento de cortes ou tribunais constitucionais, porquanto tais instituições traduziriam as provisões em diretrizes práticas para a vida pública.

Sob o ponto de vista institucional, a linguagem ou ideologia de direitos que muitas constituições adotaram no período após a II Guerra é compreendida não só como espaço liberdade de autodeterminação do cidadão, mas da necessária existência de práticas

institucionais de conformação deste espaço com vistas à menor suscetibilidade de cooptação ou de agravamento de eventuais fraturas na sociedade. A operacionalização ficaria a cargo das bases substantivas ou ideacionais de cada contexto político-institucional e a constituição representaria politicamente um símbolo *triumfalista*, porquanto refletir um momento de rompimento com práticas passadas, *um novo começo* (ACKERMAN, 1997)⁶⁰.

Sucedem que, conquanto a justificativa pela adoção de constituições a partir desta noção ideacional seja importante e prevalecente na maioria das explicações, mostra-se insuficiente, para sozinha, explicar o principal fator por determinado Estado adotar uma constituição, uma vez que questões concretas exerceriam importante influência. Isso porque explicações fundamentadas na ideologia de direitos muitas vezes expressam vagueza semântica em suas provisões e dependeriam essencialmente de um conjunto de forças e interesses concretos para serem operacionalizadas, que não são tão evidentes ou fáceis de serem encaminhadas como a ideologia faz crer para justificar a escolha por uma constituição.

Uma outra questão que demonstra os limites das abordagens ideacionais se dá quanto à constatação de que as variações de desenhos institucionais adotadas por constituições são muito diversas para caber na linguagem de um projeto ideológico sozinho. Com efeito, “[...] Na melhor das hipóteses, então, os fatores ideacionais podem fornecer um ambiente amplo e difuso pró-constitucionalização, dentro do qual os principais atores políticos operam” (HIRSCHL, 2013, p. 160 – tradução livre)⁶¹.

No que tange à *narrativa funcionalista* ou *fundamentada em argumentos de necessidade sistêmica* (*systemic need-based arguments*) a constituição é compreendida como meio para reações ou respostas a problemas sistêmicos de informação e coordenação, respectivamente, ao crescimento econômico do país e com o desenvolvimento de estruturas de coordenação da competição entre as diversas unidades autônomas providenciadas pela distribuição de poder da forma federativa de estado (HIRSCHL, 2013, p. 161).

Por meio da finalidade econômica, estudiosos da economia institucional descrevem a constituição como um instrumento por meio do qual se garante e melhora a *performance*

⁶⁰ Ao reconstruir a história por trás da justificativa do elemento simbólico trazido pelas Constituições, Bruce Ackerman (1997, p. 780-781), descreve que o caso alemão – no contexto do final da II Guerra – tinha contingências políticas específicas que podem ser difíceis de serem replicadas. No entanto, o importante que se pode extrair dela é que “[...] O exemplo padrão [Alemanha após a II Guerra] de sucesso simbólico envolve um cenário mais ‘triumfalista’, onde heróis e movimentos nacionais transformam um momento de vitória política decisiva em estruturas constitucionais duradouras” (ACKERMAN, 1997, p. 780). O referido cenário triunfalista das constituições a que se refere o autor derivaria do padrão triunfal de líderes religiosos a exemplo de Jesus, Moisés, Mohammed, etc.

⁶¹ No original: “At best, then, ideational factors may provide a broad, fuzzy pro-constitutionalization ambience, within which key political actors operate”.

econômica do Estado. Considerando que a constituição prevê um conjunto de garantias ao direito de propriedade, estas provisões possibilitariam um mínimo de estabilidade contra ações estatais erráticas. Com efeito, o risco associado ao crédito seria reduzido, o acesso ao capital seria maior, com o conseqüente aumento do crescimento econômico. De igual modo, a adoção de um modelo adequado de coordenação no contexto do modelo federal de estado, isto é, do tratamento constitucional dado entre unidades autônomas, pessoas, recursos e investimentos possibilita o crescimento econômico (HIRSCHL, 2013, p. 161).

Em assim sendo, na base substancial por trás do argumento está uma justificativa econômica e a preocupação da entidade política em fornecer indicadores externos dos valores com os quais a constituição está comprometida (HIRSCHL, 2013, p. 161). Ou seja, a adoção da linguagem de direitos – mormente os de propriedade – e as posturas institucionais importam para o crescimento econômico do Estado e respeito dentro de um contexto internacional de mercado.

Segundo Ran Hirschl (2013, p. 161-162), a abordagem econômica falha, porque haveria uma tendência das teorias de pinçarem contextos que se enquadrem nela – e não o contrário -, como também decorrente da mesma falha das teorias contratualistas, consubstanciada na incapacidade de a abordagem considerar e relacionar as variantes de cada contexto concreto com a constitucionalização em si.

Uma outra forma por meio da qual são veiculadas concepções *funcionalistas* da adoção da constituição se assentam na característica das provisões acomodadas no texto constitucional que apresentam um arranjo político em vários níveis. Isso se dá tanto na adoção de sistemas de repartição de funções dos poderes políticos quanto na relação entre as entidades políticas central e regionais do Estado. Isso implicaria a criação de conjunto de regras exercício do poder e para tomada de decisão os quais os atores deveriam aderir. Isso ensejaria a adoção de uma instituição, imparcial e politicamente neutra, competente para resolver as eventuais disputas e manutenção das regras do jogo político, bem como para supervisionar os atos dos poderes, principalmente os administrativos (HIRSCHL, 2013, p. 162).

Esta abordagem lastreada em justificativa de ordem do sistema político também ganha espaço em estudos realizados por Bruce Ackerman (1997) quanto à ascensão do constitucionalismo por meio de constituições escritas e instrumentos de controle judicial por cortes ou tribunais constitucionais. Em conformidade com a referida análise, a adoção da constituição e o espaço atuação da revisão judicial sofreria influência do modelo de estado pelo qual o estado tenha optado.

Em consequência, a questão da adoção do federalismo no texto constitucional é também importante para Bruce Ackerman (1997, p. 776), porque as estruturas de distribuição geográfica do poder constantes da constituição implicam ou repercutem na escolha de modelos de supervisão do poder pelo Judiciário, a fim de manter o equilíbrio entre os diversos centros de poder. O Poder Judiciário seria habilitado para analisar se as normas são ou não adequadas para a federação como um todo. Em razão disto, deve-se enfatizar as virtudes da prudência, porque o equilíbrio dos poderes entre os diversos centros autônomos é de extrema importância, de forma que a atividade judicial deve conter-se na elaboração de princípios rígidos e amplos que possam entrar em choque com a autonomia dos entes em hipótese de mudança no equilíbrio dos poderes entre a periferia e o centro (ACKERMAN, 1997, p. 795).

A exemplo da análise da narrativa funcionalista realizada por Ran Hirschl (2013), Bruce Ackerman (1997, p. 795) entende que a constituição adotaria provisões para que a adequada coordenação fosse possível na prática, e que ela seria realizada pelo Poder Judiciário. Logo, a opção pela coordenação no texto constitucional geraria um “modelo coordenado de adjudicação”, como desenho institucional comum.

A esse respeito, modelos constitucionais podem adotar estruturas diferentes do federalismo. É que, conquanto o federalismo tenha várias experiências de sucesso – o que levaria a adoção dele também em novas constituições – outras variações dentro da mesma lógica da forma de Estado são encontradas. Assim, a presença do federalismo não necessariamente implicaria, para o autor, adoção sempre do modelo de *estilo coordenado de adjudicação*.

Uma primeira variação do federalismo identificada por Bruce Ackerman (1997, p. 776), envolve as dinâmicas da “federação prospectiva” ou “potencial”. Elas tiveram como exemplo os embrionários modelos de constitucionalismo do leste da Europa – mormente após o fim da União Soviética. Nestas novas experiências, os países anularam interesses econômicos e militares ao juntarem federações organizadas por acordos ou constituições já quase existentes. Com isso, e em reflexo das normas e práticas desenvolvidas pela União Europeia e pelo Conselho da Europa, o Judiciário detinha enorme vantagem na elaboração de normas constitucionais correspondentes à atuação dos referidos órgãos do Bloco. A segunda variação, cuja hipótese é extraída da Constituição do Canadá, é da “variante devolucionária”. A partir dela, a dinâmica do federalismo foge da característica clássica de previsão expressa na constituição. É dizer, o federalismo se opera saindo de uma constituição para um acordo. Os

elementos descentralizadores ganhariam mais espaço no documento constitucional, atribuindo-se à constituição características de acordo⁶² (ACKERMAN, 1997, p. 776).

No entanto, conforme afirma Ran Hirschl (2013, p. 162), as considerações de base sistêmica ou funcionalista também restaria limitada em sua análise ante a variações de contextos políticos:

Em última análise, ainda não está claro se a complexidade da governança em multinível ou o conjunto de instituições administrativas em um determinado governo realmente atingiu um ponto que exige a adoção de uma constituição ou o estabelecimento de revisão judicial precisamente no momento em que uma constituição foi adotada naquele governo⁶³.

Em que pese o alerta, e somando-se ao fato de que grande parte das constituições decorrente do *novo constitucionalismo* são Estados unitários (HIRSCHL, 2013, p. 162), a opção pelo federalismo e de estruturas para a sua manutenção em instituições judiciais, apresenta-se como necessária a relação entre constituição e revisão judicial, de forma que ainda que insuficiente para apreensão adequada da problemática, reforça as conclusões e análises já apresentadas neste trabalho.

De igual modo, observa-se que a concepção dada à constituição depende da criação e do modo de funcionamento de instituições. Isso explicaria tanto a opção pela constituição quanto pelo desenho institucional que cria mecanismos judiciais de supervisão e revisão dos atos públicos, uma vez que são atos inter-relacionados e irmanes. É dizer, que a opção por documentos constitucionais e instituições de controle judicial retratam uma inevitável resposta institucional a questões complexas do próprio poder dentro da entidade política.

Para Ran Hirschl (2013), então, a opção por constituições - o verdadeiro *timing* para a constitucionalização - é explicado adequadamente por meio da análise e consideração das forças políticas concretas. Assim, estruturas ideacionais e funcionalistas podem delimitar ou

⁶² Bruce Ackerman (1997, p. 777) utiliza como exemplo a chamada “cláusula do não obstante” (*notwithstanding clause*), prevista na Seção 33 da Constituição do Canadá. Com a sua invocação, confere-se ao Parlamento e às Assembleias Provinciais o poder de relativizar ou mesmo impedir a revisão judicial de determinado ato legislativo pelo período máximo de cinco anos, referente à duração da legislatura nos corpos legislativos. As normais locais das províncias, então, podem ser isentas de controle, garantindo-se prioridade delas em face daquelas fixadas na própria Constituição nacional. Frise-se que nem todas as matérias ou temas permitem a invocação da cláusula, bem como o povo tende a não ver com bons olhos o excesso de utilização da norma. Esse modelo de jurisdição constitucional é chamado de “modelo fraco”, podendo ser observado em países de colonização Britânica e que ainda dão maior privilégio à supremacia do parlamento, mesmo diante das releituras que tem passado tal modelo após as segunda e terceira ondas democráticas. Nesse sentido, confira: GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁶³ No original: “Ultimately, it remains unclear whether the complexity of multilevel governance or set of administrative institutions in a given polity has indeed reached a point that necessitates the adoption of a constitution or the establishment of judicial review at precisely the time a constitution was adopted in that polity” (Tradução livre).

criar o quadro dentro do qual os atores políticos optarão por uma constituição e a elaborarão, mas não se pode ignorar as influências do agenciamento humano, principalmente dos interesses próprios dos elaboradores, de modo que a constituição é mais bem explicada se considerada como *instrumento estratégico de poder*.

A esse respeito, como via alternativa às concepções *ideacionais e funcionalistas*, até então dominantes na análise do fenômeno, passaram a ganhar importante espaço as abordagens *realistas-estratégicas*, centradas no mundo real do novo constitucionalismo, no sentido de que o direito constitucional se apresentaria como uma forma de política por outros meios. Sendo assim, “[...] o comportamento estratégico pelos políticos, elites e tribunais desempenham um papel fundamental na explicação da tremenda variação no escopo, natureza e momento da reforma constitucional” (HIRSCHL, 2013, p. 158).

Embora não se desconsidere a importância da concepção de constituições segundo a exigência político social por tutela de certos direitos em detrimento de outros, ou mesmo de posturas das instituições de forma diversa das práticas passadas, vê-se que questões que podem, em maior ou menor medida, conformar o próprio sistema político como um todo são relegadas a considerações de segunda ordem. As abordagens realistas invertem a ordem de análise apresentando maior respeito aos desafios políticos, sociais e econômicos do empreendimento de elaboração da constituição, que passa a ser entendida como uma típica instituição política.

Os elementos determinantes para os processos de constitucionalização e de empoderamento do poder judicial estariam assentadas em condições concretas específicas a partir da manifestação de determinados desafios e fatores oferecidos ao tempo da adoção da constituição. Novas relações e forma de expressão do poder surgem a todo momento e em contextos específicos; interesses e incentivos da sociedade e de relevantes atores políticos (*stakeholders*), constituiriam, nesse sentido, importantes elementos determinantes do fenômeno, a denotar que as abordagens *realistas-estratégicas* teriam maior condão de compreensão adequadamente que as abordagens até então realizadas pelas concepções *ideacionais e funcionalistas*.

Para tanto, Ran Hirschl (2013) apresenta cinco pressupostos os quais demonstram o porquê de a abordagem realista conseguir captar com maior amplitude as forças e condições que são realmente determinantes para a constitucionalização. Os três primeiros são:

Em primeiro lugar, a transformação constitucional não se desenvolve no vácuo e não pode ser analisada separadamente das lutas sociais, políticas e econômicas concretas que moldam um determinado sistema político. Na verdade, ela é parte integrante e uma importante manifestação dessas lutas e não pode ser entendida isoladamente delas. Qualquer tentativa de retratar o domínio constitucional como uma arena

predominantemente legal ou filosófica, ao invés de política, está, portanto, destinada a produzir relatos incompletos das origens e consequências da constitucionalização [...] Em segundo lugar, ao estudar as origens políticas da constitucionalização (bem como as origens políticas de outras reformas institucionais de grande escala), é importante levar em consideração eventos que não ocorreram, escolhas não tomadas e a motivação dos detentores do poder político por inação ou por não se comportar de certas maneiras [...] Um terceiro pressuposto sobre o qual se baseia a abordagem realista-estratégica é que os institutos jurídicos - sejam eles direitos de propriedade, legislação trabalhista ou regras eleitorais - produzem efeitos distributivos diferenciados: eles privilegiam alguns grupos, interesses e preferências políticas sobre outros. (HIRSCHL, 2013, p. 165-166 – tradução livre).⁶⁴

O quarto e quinto elementos – e que se relaciona com o já abordado no tópico passado – diz respeito à consideração da constituição como instrumento de diminuição de riscos – *contrato de seguro* (GINSBURG, 2003). A escolha de provisões para mitigação de ameaças e resolução de eventuais conflitos futuros revela situações concretas que induzem na escolha de certas estruturas institucionais. Com isso, partes interessadas são levadas a processos de barganha política para sua manutenção enquanto tal mesmo em caso de incerteza política (HIRSCHL, 2013, p. 166-167).

Assim, em que pese a condição de ausência de aplicação ou funcionamento independente da constituição e do controle judicial de constitucionalidade, eles, mesmo assim, servem à limitação do poder administrativo e legislativo de os exerce. Em outras palavras, a submissão dos grupos majoritários políticos ao tempo da elaboração constitucional a estruturas que limitam os próprios poderes decorre de uma espécie de compensação futura dos riscos em casos da maioria de hoje ser minoria amanhã. Busca-se a não exclusão do jogo político.

A abordagem realista adota modo de reflexão consentâneo e coerente com a forma de que se tem valido, no presente trabalho, para descrição e compreensão não da expansão ou ascensão do constitucionalismo e do poder judicial. Para além disso, ela explica a opção por textos ou diplomas constitucionais e por desenhos institucionais específicos. Constituições, assim como a sua aplicação, são empreendimentos realizados por seres humanos, seja na escolha dela ou na própria prática diária de aplicação da norma. Não seriam somente ideais

⁶⁴ Confira, no original: “First, constitutional transformation does not develop in a vacuum and cannot be analyzed separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. Indeed, it is an integral part and an important manifestation of those struggles and cannot be understood in isolation from them. Any attempt to portray the constitutional domain as a predominantly legal or philosophical, rather than political, arena is thus destined to yield incomplete accounts of the origins and consequences of constitutionalization [...] Second, when studying the political origins of constitutionalization (as well as the political origins of other large-scale institutional reforms), it is important to take into account events that did not occur, choices not taken, and the motivation of political power-holders for inaction or for not behaving in certain ways [...] A third assumption on which the strategic-realist approach rests is that legal institutions – be they property rights, labor law, or electoral rules – produce differential distributive effects: they privilege some groups, interests, and policy preferences over others.”

abstratos ou com elevado *status* moral que conformariam este processo, mas os atos de pessoas reais que adotam certas posturas e escolhas em nome da atual e de futuras gerações.

Estes vetores políticos influenciariam sobremaneira os processos de constitucionalização, como também a inter-relação entre atores políticos e constitucionais e as instituições criadas. Em consequência, apresenta-se como abordagem que melhor explica o porquê das constituições. Ela considera as variações dos modelos e contextos nos quais constituições escritas foram adotadas com respectivas instituições de revisão judicial.

Conquanto possa parecer que adoção de constituições pelo mundo seja dependente da ampla proteção de direitos, viu-se que, na verdade, existem relações anteriores que estudam com maior profundidade o fenômeno. Para tanto, a consideração de uma *linguagem de direitos* serve a importantes propósitos constitucionais e de desenhos institucionais, mas não são, por si sós, exaurientes da explicação do fenômeno.

A explicação extraída dos estudos descritos nesta seção vai em direção do mesmo resultado: variações contextuais influenciam as escolhas pela adoção da constituição com ampla proteção de direitos e precisam ser consideradas no estudo sobre constituição e a revisão judicial. De igual modo, seguindo-se ao objetivo do presente tópico no sentido de descortinar questões dentro do Direito Constitucional, a adoção de uma constituição não é algo que acontece no vácuo, “do nada”. Ela depende de forças políticas, econômicas e sociais, que, juntas, indicam o porquê de uma entidade política optar por tal modelo, e isto é muito mais informador da importância delas do que tão somente o discurso moderno baseado em valores com *status* moralmente mais elevado.

Constituições e suas instituições criadas importam não apenas porque preservam direitos em face de investidas do Estado – e por isso controlam o governo –, criam regras de competição eleitoral e instituições pertencentes ao corpo político, porém, independentes para o seu resguardo; elas importam tendo em vista *como escolhem* acomodar tais questões.

Conforme constata Ran Hirschl (2013, p. 164), estudos recentes dão conta da importância relativa do desenho constitucional estratégico. A escolha política por provisões mais flexíveis – com redação mais aberta – resultariam em maior durabilidade das constituições⁶⁵. De igual modo, a adoção de normas que permitem a adaptação do texto às atuais

⁶⁵ Veja, a esse respeito: ELKINS, Zachary. MELTON, James. GINSBURG, Tom. The endurance of national constitutions. Cambridge University Press, 2009.

gerações abre espaço para maior adesão ao texto constitucional e sua longevidade e legitimidade no tempo⁶⁶.

Ocorre que, ainda que os *designers* sejam profundos conhecedores de todas as circunstâncias políticas e tentem resolver todas as questões de governo e problemas de coordenação social, o desenho será limitado. Essa limitação se dá sob a perspectiva de que ele serve para um futuro especulativo e, portanto, reveste-se em práticas de experimentalismo político que tenta reunir elementos díspares reais e imaginários do passado da entidade política, como também regular a conduta humana futura com base em previsões incertas e em meio, muitas vezes, a impasses políticos.

Vulnerabilidade e falibilidade do planejamento constitucional são questões que merecem consideração pelos estudos de direito constitucional, servindo-se o próximo capítulo para o referido fim e, com efeito, para a fixação dos pressupostos teóricos para harmonizar duas questões suscitadas pelas descrições realizadas neste capítulo: i) a adoção de uma constituição e suas instituições são uma escolha política – e estratégica; e ii) qualquer escolha ou estratégia ocorre sobre um imaginário e com expectativas incertas.

2.4. Conclusão: predestinação institucional constitucional

Com a presente seção objetivou-se demonstrar a preocupação das constituições e do Direito Constitucional com condições políticas específicas. E, partindo-se disso, como estas condições ganham respaldo por meio de provisões constitucionais ou nas estruturas institucionais de uma entidade política. Serviu, ainda, para fixar que qualquer reflexão de um Estado sobre a organização de seu corpo coletivo induz necessariamente a escolha de determinados arranjos institucionais, de forma que falar em constituições é falar também em instituições e o seu planejamento, os quais incluem tanto os direitos quanto os mecanismos para sua implementação.

Tem-se que a análise quanto aos processos de constitucionalização pelo mundo ou a ascensão do constitucionalismo comporta diversas abordagens e compreensões. Isso implicaria a imersão em tramas profundas de narrativas políticas de cada ente, de modo que se reservou apenas a fixar pontos de reflexão sobre a opção por estruturas institucionais específicas, a exemplo da revisão judicial, valendo-se da descrição de aspectos ou considerações da realidade, apresentada por estudos para tal fim.

⁶⁶ Confira: BALKIN, Jack M.. *Constitutional redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011a.

Em vista disto, extrai-se das descrições realizadas que a constituição é uma típica instituição que rege o comportamento de uma comunidade específica e, como tal exige a sensibilidade com as diversidades locais ao momento de elaboração. Com isso, há uma *lógica política da constituição e revisão judicial*. Está última se assenta sobre a necessidade de criação de instrumento de redução dos riscos, futuros e especulados, decorrentes, sobretudo, dos processos de competição eleitoral e, também, experimentalismo. A adoção por juízes e tribunais com competência para revisar atos do poder pública é um *experimento de seguro* contra a exclusão da participação das instituições democráticas. Além disso, ele advém de uma escolha, não sendo uma condição automática da existência de constituições. Em consequência, juízes e tribunais promovem um tipo de articulação política que os tornam atores importantes para as instituições democráticas, incluindo-se o seu próprio desenvolvimento.

É assim que se constata, também, uma lógica política da constituição. A seu turno, implica o reconhecimento de complexidades semelhantes às já citadas, concluindo-se que a adoção de documentos constitucionais serve a propósitos de coordenação de múltiplas questões políticas específicas – principalmente, governo-cidadãos.

Logo, a constituição é uma forma de política por outros meios. A constituição deve ser considerada como um instrumento estratégico de poder e, como tal, é melhor compreendida se as análises se focarem no comportamento estratégico de vários atores, incluindo-se a própria aplicação dos direitos previstos no texto.

As seções passadas, então, serviram para dois principais propósitos ao objeto de investigação do presente trabalho. Em primeiro lugar, assentou o local de proeminência do controle judicial de constitucionalidade dos atos do poder público, todavia, como expressão de uma opção política dependente de contextos político-sociais específicos e com vistas a reduzir os riscos das incertezas que perpassam a competição eleitoral.

Em segundo lugar, fixou a importante relação irmane entre constituições e instituições, sobretudo, no âmbito do planejamento constitucional. As análises e descrições realizadas também serviram para assentar que a importância do planejamento constitucional está na sensibilidade às variedades de contextos que ele precisa ter, na medida que o processo de elaboração constitucional é permeado e direcionado segundo escolhas em meio a barganhas e interesses políticos. As constituições se expressam em instituições de articulação de múltiplas questões locais, expressadas em questões de governo. E o processo de planejamento das estruturas institucionais é o principal objetivo e complexidade da adoção de um texto constitucional ou da sua edição.

Desse modo, as entidades políticas e os problemas de governo estariam *predestinados* a instituições constitucionais, sobretudo, de revisão judicial, não porque é uma consequência lógica advinda de experiências e boas práticas de contextos locais específicos, mas em razão da opção sempre possível de, no futuro incerto, reescrever o passado com novas formas de articulação e coordenação dos mais diversos problemas. Assim é, porque, nos termos em que defende Slavoj Žižek (2017, p. 110), a “[...] Predestinação não significa que nosso destino esteja selado num texto concreto que tem existido desde a eternidade na mente divina; o destino que nos predestina pertence ao passado eterno puramente virtual que, como tal, pode ser reescrito retroativamente por nossos atos”.

A confiança nas constituições e suas instituições se daria na esperança de que o futuro pode ser escrito de forma diferente. E, por não saber como será o futuro, que sejam adotadas provisões que se desconectem com práticas passadas cuja escolha não agrada a minoria e nem será possível de ser consagrada no texto constitucional pela maioria. Assim, conquanto pareça autoevidente a expansão do constitucionalismo pelo mundo, em conjunto com experiências de Cortes ou Tribunais Constitucionais, constituições e instituições de revisão judicial são escolhas predestinadas à geração atual de reescrever ou narrar de outra forma a história constitucional de um povo; de *redesenhar* estrategicamente estruturas e provisões.

3. LIDANDO COM AS (IN)CERTEZAS: AS OMISSÕES CONSTITUCIONAIS E INCONSTITUCIONAIS

“Gostei muito do seu romance, mas não gostei do fim. Você precisa escrever uma continuação, e é isto que vai acontecer...” – então começou a me dizer o que escrever. Fiquei não só encantada, mas muito comovida. Lá estava aquela mulher, parte da massa de nigerianos que supostamente não é leitora. Ela não só tinha lido o livro como tinha se apropriado dele e se sentido à vontade para me dizer o que escrever na continuação”.

A citação acima descreve uma narrativa da autora nigeriana Chimamanda Ngozi Adiche, na sua palestra sobre “O perigo de uma história única”⁶⁷ proferida no TED Talk, em 2009, que retrata os choques de narrativas que a autora viveu e vive em sua vida. Nascida na Nigéria, em família de classe média, a autora narra que a limitação ao acesso a determinadas literaturas e informações cria uma imagem única de algo, sobretudo, de um povo.

Esta limitação expressaria um poder de “ser maior que o outro”. Isso porque, aos moldes do poder econômico, o modo como as histórias de um povo é contada e quantas são contadas depende muito de poder, que pode se expressar como uma “[...] habilidade não apenas de contar a história de outra pessoa, mas de fazer que ela seja sua história definitiva [...] Comece a história com as flechas dos indígenas americanos, e não com a chegada dos britânicos, e a história será completamente diferente. Comece a história com o fracasso do Estado africano, e não com a criação colonial do Estado africano, e a história será completamente diferente”.

A constituição é a história de um povo. Ela documenta um conjunto de práticas que veiculam narrativas e histórias que constituem aquele povo. Isso implica dizer que da mesma forma que há um perigo de se criar uma história definitiva e criar algo ou alguém maior que o outro, há um perigo nas histórias de um povo veiculadas pelas provisões e instituições constitucionais. No entanto, a presença de uma constituição em determinada entidade política pode ser um dado irrefutável com o qual se deve lidar. Devemos consentir com a história veiculada pela constituição? Qual o perigo de consentir com esta história para o projeto político de um povo?

As respostas a estes questionamentos constituem o objetivo desta seção, como forma de encaminhamento dos pressupostos teóricos da pesquisa. Antes, todavia, um outro questionamento se apresenta e decorre da seção passada: Por que devemos consentir ou nos conformar com constituições? A resposta é lógica e deriva do fato que a sociedade optou por

⁶⁷ A presente citação, no entanto, foi retirada da adaptação da palestra. Para tanto, confira: ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo de uma história única*. Companhia. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

adotar uma constituição, logo, ela vai agir em conformidade com o documento. E, segundo Mark Tushnet (2014, p. 37 – tradução livre), haveria um outro conjunto de razões gerais pelas quais cumprimos ou consentimos com a constituição, uma vez adotada:

A constituição estabelece um esquema regular para tomar decisões políticas e apoiá-las, conserva energia política: em vez de ter que decidir primeiro (e de forma recorrente) que estrutura usar para tomar uma decisão política, as pessoas podem decidir imediatamente a questão política que as provocam. Uma estrutura constitucional consolidada permite um planejamento de longo prazo, em relação a um acordo “meramente” convencional, para colocar algumas diferenças momentâneas de lado. Sabendo-se como a constituição funciona, as pessoas podem coordenar suas ações à luz do que esperam que aconteça dentro dessa estrutura. As constituições podem incluir compromissos que permitem que as pessoas coloquem suas diferenças de lado para trabalhar em problemas os quais, esperam, possam chegar a um acordo relativamente permanente. (E, talvez, a experiência de trabalhar juntos em tais problemas os levará a acreditar que as divisões que pareciam importantes anteriormente não são verdadeiramente importantes.)⁶⁸

As constituições, portanto, são permeadas por expectativas. Em consequência, os processos de planejamento constitucional também carregam o fardo de uma nova aliança política, em sua maioria, com a acomodação dos interesses os mais diversos visando a resolução pacífica dos mais variados conflitos observados na sociedade. Assim, conquanto a maioria dos regimes constitucionais possam fracassar ou viver durante a média de dezesseis anos (MELTON, ELKINS, GINSBURG, 2009), a questão normativa central que se apresenta aos processos de planejamento e adoção de uma constituição estaria quanto à probabilidade de redução de falhas eventuais, bem assim como o procedimento de elaboração poderá ser manipulado para tal fim.

A relação entre passado e futuro e constituições talvez se apresente como o principal empreendimento para a consolidação de determinadas provisões constitucionais em detrimento de outras. Isso porque, como há muito alertou Kim Lane Scheppele (2008), as constituições tendem a ser escritas em momentos de virada na história política de um país, de forma que raramente elas são escritas em momento de tranquilidade institucional do Estado. No mínimo, o país está politicamente desordenado, ainda que não a ponto de ensejar uma séria

⁶⁸ Confira, no original: “The constitution sets up a regular scheme for making policy decisions and adhering to it, conserves political energy: Instead of having to decide first (and recurrently) what structure for making a policy decision to use, people can immediately decide the policy questions that animate them. An entrenched constitutional structure enables longer term planning than would a “merely” conventional agreement to put some differences aside for the moment. Knowing how the constitution works, people can coordinate their actions in light of what they expect will happen within that structure. Constitutions might include compromises that allow people to set aside some of their divisions to work on problems where, they hope, they can come to some relatively permanent agreement. (And, perhaps, the experience of working together on such problems will lead them to believe that the divisions that seemed important earlier are not truly important.)”

descontinuidade política, servindo a (nova) constituição como meio para pressionar a sociedade a voltar aos trilhos, como uma oportunidade de progresso e para melhorar a si própria. Assim, “[...] Como o objetivo explícito das constituições geralmente é melhorar uma condição existente, os rostos dos redatores da constituição são quase invariavelmente imaginados como voltados para o futuro, brilhantes de esperança” (SCHEPPELE, 2008, p. 1.379 – tradução livre)⁶⁹.

As expectativas em relação as provisões constitucionais somadas com a esperança do futuro levam invariavelmente a sociedade a se conformar com a constituição e compreender que estavam predestinados a ela. No entanto, conforme muito bem salienta Mark Tushnet (2014, p. 37), o teste da confiança na constituição ocorre quando algum grupo compreende a si mesmo como estando em desvantagem, no sentido de que se eles se conformarem com o texto constitucional serão bloqueados de alcançarem seus objetivos políticos. O que fazer em tais situações?

Como visto, a flexibilidade das provisões constitucionais em conjunto com a sua potencialidade de se adaptar às conjunturas atuais leva a uma vida maior das constituições (MELTON, ELKINS, GINSBURG, 2009). Ocorre que, isso também reforça a reabertura de discussões sobre decisões já tomadas ao tempo da elaboração do documento e do planejamento institucional, ou revela questões que ao tempo da elaboração não eram passíveis de serem decididas e/ou que não contariam com concordância para se chegar a uma acomodação constitucional da temática. Uma das soluções para a durabilidade de constituições é também o motivo para produção da instabilidade política que, como visto, pode levar a novo texto constitucional. Logo, todo ato de criação – e, pois, de planejamento – constitucional é um empreendimento que deve lidar com incertezas, reduzir os riscos, mas, sobretudo, reconhecer que é passível de falibilidade. Como se verá, também é passível de redesenho constitucional.

As incertezas e a falibilidade do projeto constitucional, portanto, não podem ser compreendidas tão somente como um fenômeno que implique, em longo prazo, à descontinuidade política e, assim, a um novo começo, uma nova ordem constitucional. A falibilidade pode ser um caminho para aprimoramento do planejamento constitucional e, como tal, pode ser uma opção política dos *drafters*.

Nas palavras de Jack Balkin (2011b, p. 77 – tradução livre), “[...] Embora as pessoas frequentemente associem indeterminação com instabilidade, isso não é verdade na política constitucional: a capacidade de pessoas com opiniões fortemente defendidas discordarem sobre

⁶⁹ No original: “Because the explicit aim of constitutions generally is to improve upon an existing condition, the faces of constitution drafters are almost invariably imagined to be turned toward the future, bright with hope”.

a Constituição e verem coisas diferentes nela é uma fonte importante de sua durabilidade e legitimidade ao longo do tempo”.⁷⁰ Esta é a problemática do presente capítulo.

3.1. A vulnerabilidade constitucional e a importância do reconhecimento da falibilidade do planejamento para a legitimidade da constituição.

O planejamento constitucional canaliza as preocupações quanto à necessidade de estruturas institucionais para o funcionamento de uma entidade política. E, considerando a expansão de constituições formais e escritas, o ato de gestão leva, invariavelmente, a ênfase distinta no processo de elaboração do documento. De igual modo, a preocupação com desenhos institucionais se dá em decorrência da necessidade de acomodar os interesses e comportamentos dos indivíduos que, assim como os problemas constitucionais da entidade política, estão inseridos dentro de amplo contexto de estruturas institucionais que guiarão ou conformarão comportamentos específicos.

No âmbito deste processo existiria uma predisposição maior dos elaboradores ou dos participantes do processo de planejamento a olharem mais para o passado do que em direção ao futuro. O futuro, como dito alhures, restaria como uma espécie de brilho no horizonte da esperança. Isso porque, os *drafters* institucionais teriam mais conhecimento sobre as experiências passadas do seu país e povo, porquanto participantes dos processos que desencadearam a elaboração de novo texto constitucional. Assim, eles tratariam de questões sobre as quais de fato saberiam, excluindo-se, logicamente, o futuro.

Esta descrição do parágrafo anterior é feita por Kim Lane Scheppele (2008, p. 1.379) e apresenta importantes questões gerais sobre o processo de desenho constitucional – que posteriormente serão desenvolvidas pela autora e neste trabalho. O que importa para a análise, que ora se se desenvolve, é que, conforme reconhece Jon Elster (2012, p. 17 – tradução livre), o processo de elaboração de um texto constitucional e suas instituições é um processo de tomada de decisão coletiva e, portanto, sujeito a “[...] distorções incorrigíveis e a compensações indetermináveis”⁷¹, restando o processo não apenas sobre os problemas constitucionais da entidade política, mas também na própria redução das paixões dos elaboradores.

⁷⁰ No original: “Although people often associate indeterminacy with instability, this is not true in constitutional politics: the ability of people with strongly held views to disagree about the Constitution and see different things in it is an important source of its durability and legitimacy over time”.

⁷¹ No original: “As virtually all process of collective decision making, constitution making is subject to incorrigible distortions and to indeterminate trade-offs”.

A esse respeito, pode-se afirmar que Justin Blount, Zachary Elkins e Tom Ginsburg (2012) perfilham de entendimento semelhante. Para eles, existem muitas variáveis quanto a questões básicas do processo de elaboração do texto constitucional, a denotar a impossibilidade de afirmar-se que as condições e regras por meio das quais os elaboradores projetam a constituição teriam influência direta no seu resultado.

Para Kim Lane Scheppele (2008, p. 1.380), não só não é possível controlar as variáveis contextuais, sejam elas referentes às paixões dos elaboradores ou não, como o momento de criação entrega aos representantes incumbidos na elaboração do documento um conjunto de narrativas⁷² imaginárias não apenas futuras. As narrativas passadas são igualmente imaginárias, eis que representam uma descrição de como o passado é narrado. Sendo assim, o narrado pode ser verdadeiro, mas pode não ser a única forma de contar aquela história, que poderá ser contada de forma diferente e atingir efeitos diferentes.

Partindo-se disso, conquanto os projetistas se preocupem primordialmente em compreender e responder às narrativas da entidade política específica passíveis de serem acessadas e inseridas no processo, elas apresentariam também um imaginário, aos moldes do futuro esperado, uma vez que ambos decorrem de como uma narrativa é contada. Registre-se que não se quer com isso desconsiderar todo o projeto constitucional. Ao revés, parte-se de tais pressupostos para o resultado inverso, isto é, para confiar nele e desenvolvê-lo no tempo, uma vez que “[...] O passado, o significado do passado e a memória do passado são o que os membros de uma comunidade política podem usar e ter em comum” (BALKIN, 2011a, p. 15).

Apesar da presunção de que a criação da entidade política apresenta um conjunto de instituições que respondem adequadamente a todas as questões suscitadas no processo, e que isso atrairá a confiança da sociedade ao documento, a relação entre passado e futuro para o planejamento constitucional funcionaria como importante variável ao procedimento e do qual não pode se escapar. Além disso, o processo decisório coletivo é realizado por seres humanos limitados por uma série de questões, a exemplo das próprias capacidades humanas, de modo que o não reconhecimento de tais limitações implicam uma forte potencialidade de, na prática, o projeto falhar. Carregar as constituições de expectativas é importante para criar algo, mas não

⁷² Para os propósitos do presente trabalho e para coerência com o marco teórico, utilizar-se-á o termo “narrativa” como componente do termo “histórias”. Ou seja, as histórias são formadas por narrativas específicas que, por sua vez, formam um imaginário ou uma ficção (LARUE, 1995) sobre algo. Destarte, que tanto Kim Lane Scheppele (2008) e Jack Balkin (2011a) utilizam em seus estudos os termos *stories* e *narrative* para representar a mesma ideia, qual seja: narrativas específicas ou que não pertenceriam a um domínio único e uniforme. Excepcionalmente nos estudos de Jack Balkin (2011a) é possível encontrar, todavia, a utilização do termo *narrative* para designar “histórias”. Isso porque o autor utiliza as expressões com entendimento sempre de um imaginário que as narrativas criaram, como, por exemplo, doutrinas jurisprudenciais e outras questões normativas dentro da Suprema Corte e do sistema jurídico dos Estados Unidos.

pode ser uma questão fechada. Dito de outra forma, o tratamento institucional das questões constitucionais de uma entidade política deve reconhecer a possibilidade de desenvolvimento no tempo, não apenas como solução de continuidade, mas como meio de efetivar o próprio projeto original. Reconhecer falhas é abrir para possibilidades esperançosas do futuro e do passado e que as histórias possam ser contadas de forma diferente.

Não se quer com isso defender que a constituição deva ser compreendida como um projeto inacabado. Ao revés, defende-se que ela é um bom planejamento, porém, limitado e falho, mas que permite o seu contínuo desenvolvimento no tempo por meio de outros planejamentos e construções e outras formas de planejar e construir. A durabilidade da constituição passa a ser aferida não pela flexibilidade e adaptação às conjunturas atuais, mas pela sensibilidade institucional de reconhecer que o seu sucesso não é decorrente tão somente do desenho inicial e sim do seu desenvolvimento do projeto continuamente ao longo do tempo. Logo, “[...] O modo como os líderes políticos e os cidadãos aprendem a viver - ou não - dentro da estrutura de uma constituição é determinado apenas em parte pela maneira como as instituições políticas foram inicialmente construídas e pelas listas específicas de direitos que uma constituição contém” (SCHEPPELE, 2008, p. 1.406 – tradução livre)⁷³.

Conforme se verá, perfilhamos do mesmo entendimento, nos termos do marco teórico adotado no presente trabalho, o reconhecimento da falibilidade do planejamento constitucional é pressuposto para a chamada *fidelidade constitucional*, aos moldes da teoria da redenção constitucional de Jack M. Balkin (2011a), cujos pressupostos se assemelham às observações de Kim Lane Scheppele (2008) apresentadas, no que se refere ao imaginário por trás de toda narrativa, a depender de *como* ela é contada. Contar histórias é parte natural da política e, em consequência, também é parte natural do direito constitucional. Contar histórias é uma forma de argumentação e justificação.

As preocupações de Jack Balkin (2011a), por sua vez, se relacionam com a continuidade do projeto em si. Ele pressupõe também que as dificuldades de criação da constituição implicam no reconhecimento da falibilidade do projeto, que, aos moldes em que defendido no presente trabalho, é algo importante para o sistema constitucional como um todo, sobretudo para que a esperança no futuro seja manifestada como fé ou fidelidade ao texto constitucional.

⁷³ No original: “How political leaders and citizenries learn to live-or not-within a constitution's framework is determined only in part by the way that the political institutions were constructed in the first place and the specific lists of rights that a constitution contains”.

A legitimidade de nossa Constituição depende, creio eu, de nossa fé no projeto constitucional e em sua trajetória futura. Pois, se faltarmos fé na Constituição, não adianta sermos fiéis a ela. A fidelidade à Constituição exige fé na Constituição. E nossa fé na Constituição, por sua vez, depende da história que contamos a nós mesmos sobre nosso país, sobre nosso projeto constitucional e sobre nosso lugar dentro dele (BALKIN, 2011a, p. 2 – tradução livre)⁷⁴.

Jack Balkin (2011a, p. 2), então, compartilha das considerações apresentadas por Kim Lane Scheppele (2008), de que a elaboração da constituição não pode ocorrer desprendido de uma realidade conhecida pelos *designers*, que se estende ao passado e avança para o futuro. Com efeito, assim como no centro dos procedimentos de planejamento são observadas tensões narrativas diversas entre grupos específicos, bem como tensões entre o passado e o futuro, no centro das constituições estão as narrativas. Elas veiculam histórias sobre a fundação da entidade política, o tratamento de questões constitucionais e, sobretudo, histórias sobre o povo. Como visto, as constituições ou as instituições só podem ir até onde o povo reconhecer que elas podem, a denotar que o povo cria e continua o projeto. Caracterizam-se como *narrativas constitucionais*, porque constituem um povo enquanto tal e podem se apresentar em diferentes formas e direções e com os mais diversos resultados, importando-se precipuamente para o desenvolvimento teórico do autor as chamadas *narrativas ou histórias de redenção*.

A concepção de *redenção* é essencial para o bom entendimento da teoria defendida por Jack Balkin (2011a), sobretudo quanto à presente seção, ela é importante para fixar as bases de entendimento da falibilidade do projeto constitucional. E, sem prejuízo de retornar oportunamente sobre a questão, são descritas as ideias que o autor defende para fixar os contornos conceituais para compreensão do termo⁷⁵.

Para Jack Balkin (2011a, p. 5 e 6), a ideia de redenção não implica o abandono de algo para substituir por outro. Isso porque o termo encaminha a noção de mudança não apenas como reforma, mas mudança que realiza uma promessa do passado. O passado, então, é resgatado para que o curso atual de uma prática seja corrigido ou guiado para perto daquilo que se entende realmente verdadeiro. Neste processo eventuais impurezas passadas são desconsideradas.

⁷⁴ No original: “The legitimacy of our Constitution depends, I believe, on our faith in the constitutional project and its future trajectory. For if we lack faith in the Constitution, there is no point in being faithful to it. Fidelity to the Constitution requires faith in the Constitution. And our faith in the Constitution, in turn, depends on the story that we tell ourselves about our country, about our constitutional project, and about our place within them”.

⁷⁵ Registre-se uma importante observação apresentada pelo próprio Jack Balkin (2011a, p. 6 e 7), quanto à utilização de termos no significado do imaginário religioso. Isso porque, a tradição constitucional teria muito em comum com tradições religiosas, mormente aquelas que têm um texto central organizado que estabelece as crenças centrais da tradição. De igual modo, ante o tempo de existência de tais tradições vários conceitos e concepções foram desenvolvidos para lidarem com problemas da comunidade e de continuidade. Para Jack Balkin, então, termos como *fé*, *esperança*, *compromisso* e *redenção* são preocupações humanas universais e não necessariamente um meio de operar uma convicção religiosa. Assim, elas servem para a resolução de problemas constitucionais.

Desse modo, resgata-se uma promessa não satisfeita, aos moldes em que profetizada no passado, cumprindo-a ou aproximando-a daquilo que ela realmente é de acordo com as alterações que ela possa ter sofrido no decorrer do tempo.

Alçando-se a ideia para a constituição, a *redenção constitucional* implica no retorno aos compromissos constitucionais que não puderam ser cumpridos ao longo do tempo. Assim é, em razão de que todas as constituições representariam compromissos imperfeitos com os agentes políticos do momento. Não importa o quão bom o povo pensa que seja, todas os atos que os constitui existiriam em condição decaída (*fallen condition*). Sendo assim, muitos compromissos firmados não são passíveis de serem cumpridos ao tempo em que elaborados, e que, na prática, podem representar nunca serem efetivamente satisfeitos, que revela a necessidade de resgatá-los. Para tanto, há ter fé na continuidade no tempo do projeto político (BALKIN, 2011a, p. 6).

Um bom planejamento pode se mostrar fundamental para gerar legitimidade ao empreendimento de criação constitucional e impedir desastres políticos, mas ele não pode fazer tudo. Igualmente necessário são a crença (*belief*) e o compromisso contínuo, porque, na prática, são estas as exigências que a constituições e suas instituições sofrerão e somente um salto de fé possibilitará que ela não falhe (BALKIN, 2011a, p. 6).

Exatamente por isso que o desenvolvimento ou progresso da constituição não pode ser garantido, é um salto de fé. Seja pelo seu texto, suas instituições ou mesmo pela bondade do povo o futuro sempre será um imaginário sem garantia. Daí que a constituição não é um prédio acabado, mas uma estrutura que solicita construções adicionais a serem realizadas pelo tempo. Os projetistas compreendem que eles não poderiam controlar completamente o que a geração futura poderia fazer. Isso também é verdadeiro para a atual geração em relação com a próxima, a denotar que a melhor postura em qualquer tipo de planejamento intergeracional é empoderar na medida em que também limita (BALKIN, 2011a, p. 9).

Ante toda a estratégia política necessária e constatada nos processos de elaboração torna-se lógico que o produto também se expresse como mecanismo para canalizar políticas ou interesses diversos. E, independente dos esforços e tentativas de racionalização do procedimento, será imperfeito e falho, características estas que possibilitam que o sistema se retroalimente e se desenvolva. Vai ainda empoderar atores pertencentes de contextos não estatais para avançarem sua própria compreensão de constituição. Deve-se ter fé nestes contínuos processos para que ela possa ser resgatada para a melhor concepção dos próprios ideais, para a melhor narrativa.

O planejamento constitucional se revela como importante procedimento para a resolução e acomodação destas questões apresentadas por Jack Balkin (2011a), sobretudo entre

a tensão passado e futuro para a garantia da legitimidade intergeracional do documento. Com efeito, o documento aprovado deve ser compreendido como a fixação de conquistas e compromissos a serem satisfeitos ao longo do tempo. A constituição é a própria estrutura (*framework*) para aquilo que o autor cunha como política em movimento (BALKIN, 2011a, p. 21). Cuida-se de compreensão que permite a releitura dos documentos constitucionais e, em consequência, das instituições, eis que considerada a falibilidade e vulnerabilidade do ato e do processo de planejamento constitucional de serem consolidadas provisões constitucionais aptas a regulamentarem toda a diversidade das tensões constantes do processo.

Desse modo, duas observações nas construções teóricas adotadas são importantes. A primeira diz respeito a uma expressão também de manto religioso relacionada à chamada *idolatria constitucional*. Segundo Jack Balkin (2011a, p. 11), existe um perigo na fidelidade ao projeto constitucional que pode gerar a confusão entre uma constituição moralmente compromissada com justiça e bom governo. Isso pode distrair quanto àquilo que realmente deve ser digno de contemplação e compreensão.

A idolatria constitucional, portanto, é a consideração do resultado do planejamento constitucional como um produto perfeito e acabado, impassível de ser alterada ou replanejada ao longo do tempo. De igual modo, ela leva o povo a querer lançar compreensões sobre a constituição equiparando-se algo que é justo pelo simples fato de receber reconhecimento por meio de provisão constitucional de algum tipo. A idolatria, então, esquece que tanto o processo de elaboração de uma constituição como a sua aplicação posterior ocorre em cenário de interesses os mais diversos que afeta diretamente o modo de compreender o documento.

A segunda observação, que perpassa toda a construção teórica do autor, diz respeito ao que ele chama de *framework originalism*. Significa compreender a constituição com as vestes próprias de documento cujo propósito central é estabelecer a estrutura institucional básica e inicial da entidade política, e, assim, possibilitar que a política em movimento continue a desenvolver o projeto ao longo do tempo. Ter fé no projeto é ser fiel a esta estrutura (BALKIN, 2011a).

Partindo-se do descrito, tem-se que a presença de silêncios no texto constitucional não implica necessariamente algo ruim ou injusto. Significa que por mais capacitados que sejam os *designers* constitucionais o produto apresentará espaços vazios os quais podem ou não ser preenchidos pelas gerações vindouras. O dito e o não dito; o escrito e o não escrito constituem consequência lógica – e necessária - advinda da realidade que orbita os processos de edição de uma constituição e, assim, podem ser originárias de opções políticas e meio de acomodação dos interesses e questões em tensão.

A esse respeito, servem as conclusões de Peter Bachrach e Morton Baratz (2011, p. 153), sobre a chamada “mobilização de viés” na comunidade, isto é, “[...] dos valores dominantes e dos mitos, rituais e instituições políticos que tendem a favorecer os interesses organizados de um ou de mais grupos, relativamente a outros grupos”, como também a suas consequências para a tomada de decisão política, ou, melhor, da “não-tomada de decisões”.

A problemática enfrentada pelos autores, conquanto com pressuposto teórico diferente, perfilham da questão objeto de descrição e análise na presente seção. Ela se refere à veracidade ou não da afirmação de que toda expressão de poder se reflete em decisões concretas ou em atos volitivos de tomada de decisão. Em outras palavras, o poder sempre se expressaria por um fazer, de modo a não deixar algo sem decisão? Para eles a resposta é negativa.

Segundo argumentam, o poder se expressa não apenas na resolução de interesses em face de quem se toma a decisão. Existem decisões que também são tomadas, mas que não necessariamente visam afetar alguém ou um grupo político e que expressariam também poder. Ou seja, as decisões teriam um viés a favor da exploração de algum tipo de conflito ou interesse e de supressão de outros. Elas seriam expressão de poder por meio da “mobilização de viés”. Assim, é preciso considerar que existem processos de tomada de decisão, como também *processo de não-tomada de decisão*, que seriam guiados por vieses específicos de uma dada organização política, inclusive quanto à fixação de procedimentos políticos que resultem na possibilidade de decidir tão somente sobre questões não controversas (BACHRACH; BARATZ, 2011). Isso implica reconhecer que até a vulnerabilidade é uma escolha concreta daqueles que tomam a decisão, no caso, os elaboradores do texto constitucional.

Deixar as coisas sem decisão, nesse sentido, muitas vezes é uma própria decisão, uma opção política que encaminha uma escolha de inação por ação, não representando necessariamente limitação humana dos *drafters*, mas uma efetiva escolha por não decidir. Dito de outro modo, optar por um tipo de estrutura institucional resulta na exclusão de outras. Ambas as consequências são decisões, isto é, decidiu-se por não adotar um modelo específico. Por isso que o planejamento constitucional pode implicar na inclusão de provisões emprestadas de outros contextos para a busca das melhores práticas e sob os mais diversos ambientes institucionais, mas com pretensão de criar uma estrutura básica para desenvolvimento futuro. *A vulnerabilidade constitucional* seria o ponto mais importante da constituição.

Se a tomada de decisão sobre a constituição é um processo fortemente influenciado por questões políticas concretas – seja no processo de elaboração ou após – processos de não-tomada de decisão importam não apenas no momento de aplicação do texto editado a um caso

concreto. Devem ser adotadas considerações desta ordem sobretudo no curso da fixação da estrutura institucional de uma entidade política.

Assim, pode-se pensar no *uso construtivo do silêncio* como uma decisão no processo de elaboração do texto constitucional e não apenas na aplicação – principalmente pelos tribunais – do texto constitucional, conforme há muito defende Cass Sunstein (1996). Defende-se, então, como uma forma de lidar com incertezas futuras, a adoção de um *minimalismo no planejamento constitucional* sobre questões as quais as opções políticas dos acordos constitucionais não sejam passíveis de resolução ou acomodação constitucional.

Cass Sunstein (1996) defende que na aplicação do texto constitucional por juizes ou tribunais, se o julgador estiver diante de casos de alta complexidade ou cuja tensões de direitos impliquem em questões morais sobre as quais a sociedade ainda não tem um acordo, deve ele silenciar sobre estes temas. Em outras palavras, o tomador da decisão deve abster-se de enfrentar certas questões para que elas possam, no futuro, ganhar considerações do fóruns políticos-deliberativos. O julgador deve decidir um caso por vez, naquilo em que possível e evitando que suas decisões gerem efeitos sistêmicos indesejados por meio de posturas rasas (*shallow*) e especificadas (*narrow*).

Ao realocar tal reflexão ao cenário do planejamento constitucional, o projetista institucional se manifesta somente quanto aquilo que é possível ou sobre questões em que as narrativas, conquanto imaginárias, revelam uma trama comum do povo que poderá ser desenvolvida pelas gerações vindouras⁷⁶.

O projeto constitucional não tem como se destacar do processo de planejamento. Isso porque constituições se expressam em instituições escolhidas para a acomodação de tensões quanto a interesses diversos. O que se propõe, então, é que a partir desta consideração as instituições planejadas possam ser relidas e, igualmente, se desenvolverem. É dizer, se existe uma opção política pela adoção da constituição esta mesma opção não desaparece com aplicação deste documento após a sua edição. Se a constituição se apresenta como instrumento

⁷⁶ Nesse sentido, afirma Jack Balkin (2011a, p. 15 – tradução livre): “O passado, o significado do passado e a memória do passado são o que os membros de uma comunidade política podem usar e ter em comum. Podemos discordar uns dos outros sobre o que o passado significa; podemos nos lembrar de coisas diferentes nele e podemos acusar uns aos outros de amnésia ou de má memória. Mas nossos desacordos sobre o passado, ironicamente, são o que torna o passado nosso recurso comum. Invocamos uns aos outros invocando nosso passado. Usamos o passado para falar uns com os outros no presente sobre nosso futuro comum, nosso projeto constitucional comum.” Confira, no original: “The past, and the meaning of the past, and the memory of the past, are what members of a political community can draw on and hold in common. We may disagree with each other about what the past means; we may remember different things in it, and we may accuse each other of amnesia or misremembering. But our disagreements about the past, ironically, are what make the past our common resource. We call upon each other by calling upon our past. We use the past to talk to each other in the present about our common future, our common constitutional project”.

de coordenação, as instituições também. Se as constituições optam pela redução de riscos, as instituições também. Logo, as falibilidades do planejamento podem ser escolhas importantes dentro de um contexto de condições de possibilidade de tomada de decisão.

Os processos de estruturação institucional da constituição de uma dada entidade política pertencem essencialmente ao reino das experiências, ou seja, não se opera no vácuo. Conforme afirma Ran Hirschl (2013), é adequado que esta questão seja tratada como aberta, principalmente para a possibilidade futura de estabilização de questões políticas – e constitucionais – problemáticas, bem assim para que, na prática, as constituições não falhem. A adoção de constituições e estruturas especiais de controle dela por meio da revisão judicial, nessa toada, representariam importante manifestação de desafios concretos que conformam determinado sistema político e que influenciam todo e qualquer processo de tomada de decisão sobre a constituição.

Ante estas considerações, e tendo em vista que recentemente o direito constitucional tem sido inundado por estudos sobre o chamado “decaimento democrático” ou o processo de “erosão constitucional”⁷⁷⁷⁸, destaca-se o reconhecimento do cenário já descrito no presente trabalho tende a compreender referidos estudos como posturas infieis ou mesmo idólatras da constituição. Para tanto, por coerência pessoal e teórica, desenvolve-se dois significados importantes para a constituição e o direito constitucional: *crises constitucionais* e *erosão constitucional*.

Para tanto, parte-se de importante consideração feita por Gary Jeffrey Jacobsohn (2008), que resume com significativa precisão quanto à possibilidade de os citados estudos caírem na idolatria constitucional. Isso porque, a constituição, afirma, pertence ao contexto da interpretação e das experiências. Assim, a busca pela sua aplicação ou fixação dos contornos do seu significado gera estados necessários de *desarmonia*, que, por essa razão, permitiriam continuidades e o desenvolvimento da identidade constitucional. É dizer, sempre haverá uma

⁷⁷ Confira: LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. São Paulo: Zahar, 2018. RUNCIMAN, David. Como a democracia chega ao fim. São Paulo: Editora Todavia, 2018. STANLEY, Jason. Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018. GRABER, Mark A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark (coord.). Constitutional democracy in crisis? New York: Oxford University Press, 2018. SUNSTEIN, Cass. Can it happen here: Authoritarianism in America. HarperCollins, 2018.

⁷⁸ A esse respeito, registre-se que não se desconsidera a possibilidade de que democracias pelo mundo possam estar em meio a crises democráticas verdadeiras e que hoje elas se apresentam por instrumentos diferentes do que tanques nas ruas. Apenas não pertence a esta pesquisa aferir tais índices democráticos e, aos moldes da teoria defendida, todo projeto constitucional é inacabado e falível, de forma que eventuais crises podem se apresentar como meio para o próprio desenvolvimento e durabilidade das instituições democráticas. Optar por constituições e desenhos específicos é um salto de fé, sobretudo, nas instituições. Por questões metodológicas aborda-se, primordialmente, a instituição da revisão judicial.

tensão entre a constituição e a sua prática que não revelaria um prejuízo, mas seria meio para desenvolvimento dos compromissos quando da sua elaboração.

A *desarmonia constitucional*, a exemplo da vulnerabilidade que foi trabalhada, caminha em direção ao mesmo objetivo, qual seja, de que mais prejuízo se teria para a comunidade política se se compreendesse que o planejamento constitucional constitui uma obra inacabada e perfeita, com a resolução de todas os conflitos constitucionais ou problemas de governo. A desarmonia representa a limitação e falibilidade de qualquer projeto que tente resolver todas as questões sobre comportamentos passados e futuros; ou que impeça que novas formas de compreender ou narrar um fato recebam a adesão pela constituição. Daí, pois, que a constituição é uma estrutura – institucional – para a política em movimento, e, por isso, será sempre uma instituição em disputa.

Conforme visto no início desta seção, a probabilidade de edição de uma nova constituição em termos de normalidade política é menor. Em regra, constituições são escritas a partir da existência de severas discontinuidades políticas a exemplo de guerras e derrubada de governos autoritários, de forma que a crise política em si pertenceria à essência de qualquer projeto de criação ou reforma constitucional, e da própria vivência do texto. Portanto, um primeiro pressuposto é que uma crise constitucional pode comportar conflitos de todo tamanho e momento.

Conforme alertam Sanford Levinson e Jack Balkin (2009), em estudo bem anterior aos recentes de decaimento democrático, usa-se o termo “crise constitucional” para descrever períodos em que instituições de governo estão claramente em conflito. Ou seja, faz parte do funcionamento institucional o desacordo e a oposição, porque as instituições de governo estão sempre em conflito ante a estrutura que elas formam. Em conclusão, conflitos institucionais ou mesmo a desarmonia não pode ser caracterizada como crise constitucional, eis que eles são parte do sistema constitucional.

Impasses políticos, desacordos, reações adversas, dentre outros, constituem a política de uma entidade específica. Estas questões se apresentam desde os primeiros atos e procedimentos de planejamento constitucional, conforme se abordou, e não são excepcionais na sociedade. Ao revés, exatamente por sempre perpassarem a vivência político-democrática, que deverão ser necessariamente considerados, ainda que este ato de inclusão de expresse em processo de não decisão. As constituições ou instituições surgem como resposta política a

conflitos políticos, naquilo é possível o optado por resolver. Muito é resolvido, mas muito também é deixado para as futuras gerações⁷⁹.

Com isso, não se está a defender que qualquer limite seja algo ruim ou tentativa de fugir do enfretamento de questões práticas inevitáveis. Ao revés, apresentam-se concepções mais adequadas e atentas à realidade e que buscam a durabilidade da estrutura do sistema político constituído, bem assim retirar da constituição o fardo que, na prática, ela não carrega. Ela não almeja – e nem é possível – calcular os riscos e melhores respostas aos diversos problemas constitucionais que surgem no momento do planejamento constitucional e para o futuro, sendo demasiado exigi-lo ou descrevê-lo como uma crise constitucional.

A melhor postura, a qual aderimos, é apresentada por Sanford Levinson e Jack Balkin (2009, p. 714 – tradução livre), no sentido de que as *crises constitucionais* implicariam um momento decisivo na saúde e na história de uma ordem constitucional, em que ela falharia em fazer possível a política, isto é, na habilidade em canalizar e neutralizar dificuldades e conflitos. Com efeito:

O segredo [...] é pensar sobre a crise não em termos de *desacordo* constitucional, mas em termos de *desenho* constitucional. A discordância e o conflito são características naturais da política. O objetivo das constituições é administrá-las dentro de limites aceitáveis. Quando o projeto constitucional funciona adequadamente - mesmo que as pessoas discordem fortemente e ameacem umas às outras - não há crise. Por outro lado, quando o sistema de desenho constitucional se desintegra, seja porque as pessoas o abandonam ou porque as está levando para fora do penhasco proverbial, os desacordos e as ameaças assumem uma urgência especial que merece o nome de “crise”⁸⁰. (grifos no original)

⁷⁹ Conforme constatado em recente estudo comparado, o processo de *impeachment* por si só não pode ser considerado como constitutivo de uma séria crise política, mesmo que após ele não haja a realização imediata de eleições e opte por dar posse ao Vice-Presidente – hipótese que provavelmente produziria melhores efeitos na democracia. Assim, o estudo conclui que “[...] não há evidências até o momento de que o *impeachment* ou tentativa de *impeachment* consequências desestabilizadoras imediatas, ou está correlacionado com reduções em qualidade democrática. Aumentando a disponibilidade de *impeachments* para problemas sistêmicos (embora não para maus atores), portanto, mantém a perspectiva de mitigar alguns dos piores aspectos da democracia presidencialista sem gerar novos custos. É uma possibilidade constitucional que, em suma, vale a pena explorar.”. Nesse sentido, vide: GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz. LANDAU, David. The Comparative Constitutional Law of Presidential Impeachment. The University of Chicago Law Review, 88:81, 2021, p. 163 e 164.

⁸⁰ No original: “The secret, we shall argue, is to think about crisis not in terms of constitutional disagreement but in terms of constitutional design. Dis- agreement and conflict are natural features of politics. The goal of constitutions is to manage them within acceptable boundaries. When constitutional design functions properly— even if people strongly disagree with and threaten each other—there is no crisis. On the other hand, when the system of constitutional design breaks down, either because people abandon it or because it is leading them off of the proverbial cliff, disagreements and threats take on a special urgency that deserves the name of “crisis.”

Para tanto, os autores identificam três tipos de tensões que caracterizariam uma crise constitucional. A primeira hipótese se dá quando líderes políticos acreditam que certas demandas exigem a violação pública da constituição. A segunda hipótese é observada quando a fidelidade às formas constitucionais enseja a ruína ou o desastre. Por fim, a terceira hipótese ocorre quando líderes se valem de mecanismo para além do desacordo para se engajarem em protestos públicos, valendo-se de força excessiva ou tropas militares para que o seu ponto de vista/opiniões possa prevalecer (BALKIN; LEVINSON, 2009).

As duas primeiras hipóteses veiculam típicos impasses políticos e a sua resolução pelo líder político exige necessariamente que os compromissos constitucionais sejam desconsiderados e violados; a constituição não é obedecida. Portanto, por coerência, avançar publicamente contra provisões constitucionais específicas não implica em crise constitucional. São disputas ordinárias sobre a melhor interpretação do direito e da constituição (BALKIN; LEVINSON, 2009). Como se verá, considerando a constituição como um conjunto de narrativas, revelar novos imaginários é parte da coletividade da entidade política e meio de fazer a política possível. A história única carrega consigo um perigo cujo planejamento constitucional visa mitigar ou neutralizar e criar oportunidades redentivas.

Seguindo-se o marco teórico da *redenção constitucional*, estas hipóteses representariam um caso real de idolatria constitucional, no sentido de que à obra do planejamento é concedido a condição de questão moralmente compromissada e inalterável pela simples condição de ser consolidada por meio de provisão constitucional. O sistema constitucional é usado contra si próprio. Por fim, a terceira hipótese veicula a forma mais fácil de perceber uma crise constitucional, por meio do uso da força para suprimir liberdades. São formas extraordinárias de protestos para além dos limites legais. Em suma, a crise constitucional se revela enquanto profundo conflito sobre o uso permitido do poder por pessoas ou instituições (BALKIN; LEVINSON, 2009).

Desse modo, constata-se que aquilo utilizado como representativo de uma crise constitucional é, quando muito, uma disputa sobre o que é ou a quem pertence a constituição. Esta disputa pode ocorrer tanto em cenário deliberativo ordinário quanto no âmbito dos Tribunais, mas que, igualmente, não indicam uma crise e sim como a constituição funciona na prática. Crise constitucional é algo extremamente sério e geradora de descontinuidade política fácil de ser evidenciada.

Ordinariamente, o que se observa é que há uma disputa séria sobre a constituição, que as pessoas chamam de crise. Este fenômeno também ganhou consideração pela literatura, cunhado de “jogo duro constitucional”, ou *constitutional hardball*, e ocorre quando os atores

ou as instituições desafiam ou elastece acordos típicos do jogo político, que eram consideradas regras implícitas ou não exigível por nenhuma provisão normativa. Estrategicamente se violam normas no sentido de que novas sejam colocadas em seu lugar e, estas, por sua vez, possibilitem algum tipo de vantagem política. São práticas usadas rotineiramente na política e que frequentemente causariam represálias (TUSHNET, 2004)⁸¹.

Sendo assim, compreendendo-se a constituição dentro de um contexto de desarmonia e disputa acerca da sua aplicação, o que se percebe é o regular funcionamento das instituições, a fim de que a política seja possível. Existe um importante jogo político por trás da constituição que demanda análises preocupadas com a realidade, seja quando do planejamento da estrutura ou no futuro incerto. Em consequência, entende-se que ainda é cedo para que algumas conclusões sobre práticas específicas de líderes políticos possam abrir os caminhos para uma efetiva crise constitucional.

De qualquer modo, ante alguns eventos recentes na política mundial derivados de chefes de poder que intentariam o desmatelo das instituições democráticas, veio à tona discussões sobre uma possível crise constitucional a ser enfrentada por determinadas entidades políticas. A discussão sobre a incerteza do futuro voltou a ser debatida, principalmente quanto a apresentação de possíveis reações – ou contrarreações – para neutralizar os impasses políticos observados.

Conforme afirmam Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018) e David Runciman (2018), conquanto sejam notados alguns sinais ou práticas isoladas que indiquem que alguns países estão em vias de retrocesso ou erosão democrática⁸² o risco atual é bem diferente do comumente imaginado. Tanques não amanhecerão na rua no alvorecer do dia seguinte. Os sinais, no entanto, servem para colocar o mundo dentro de um cenário de realidade para voltar a discutir sobre a democracia e suas instituições, bem assim a adequabilidade das opções adotadas no desenho constitucional.

Por isso, perfilhando do entendimento de Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018), entende-se que o possível colapso nas democracias constitucionais liberais atua para que se pense em como

⁸¹ Confira, também: BALKIN, Jack M. *Constitutional Hardball and Constitutional Crises*. Quinipiac Law Review 26, 2008.

⁸² Embora seja importante o marco das eleições de Donald Trump para estudos e análise acerca da atual qualidade democrática; ou, ainda que o movimento de erosão possa ser de fácil visualização em alguns contextos políticos, a sua análise não é. Ela envolve a imersão em ideologias políticas extremadas, polarizadas e em constante choque, bem como precisa estar atenta às contingências políticas de cada Estado. Em suma, analisar os sinais de retrocesso democrático envolve considerações de ordem institucional e político-ideológica. No presente trabalho não se pretende adentrar nestas últimas questões. Ela perpassará o trabalho apenas na medida em que seja importante para avaliar considerações sobre a incerteza e falibilidade do planejamento constitucional e como a instituições judiciais poderão atuar neste tocante.

o direito e as estruturas políticas podem ou devem pensar em novos desenhos e arranjos que impeçam o total colapso, uma vez que pensar em salvar a democracia depois de seu total declínio pode tornar o empreendimento de mudanças no desenho constitucional tardio e ineficaz⁸³. É dizer, as disputas e impasses políticos atuais são mecanismos de repensar planejamento e, como o objeto do presente trabalho, realocar instituições.

Não sem razão constata-se na literatura o resgate de teorias e concepções de democracia de momentos de grave rompimento político como meios para novas práticas ou condutas, a fim de que o futuro não resgate crises cujo planejamento constitucional vigente resolveu. Uma primeira justificativa para analisar estas questões e encaminhar possíveis soluções preocupadas com ideais democráticos resgata os *standards* defendidos pela chamada “democracia militante” ou “intolerante”.

Defendida na Alemanha, no contexto do fim da II Guerra Mundial, suas construções teóricas e práticas adotam posturas explícitas de descontinuidade política para o fim de evitar que os erros passados sejam esquecidos ou possam ser repetidos pelo novo regime que ainda está frágil e com fraturas sociais sérias (ISSACHAROFF, 2015, p. 35).

A democracia, embora sustentada também por ideais de liberdade não implica total ausência de limites para expressão dessa liberdade. Seja por meio de limitação da competição eleitoral ou da expressão as democracias detêm limites. Exatamente nesse ponto que a *democracia militante* é defendida: a democracia tem que ser tolerante a posturas ou atores antidemocráticos?

Segundo Samuel Issacharoff (2015, p. 35), o objetivo da defesa da *democracia militante* era no sentido de prevenir que as instituições democráticas fossem aparelhadas para alcançar um modelo de *democracia iliberal*⁸⁴. As instituições projetadas para lidar com questões política

⁸³ Como foi abordado na seção 1 deste trabalho, é exatamente nesse tocante que entra a revisão judicial e o desenho que Juízes, Tribunais e sociedade construíram para ela ao longo do tempo ou podem construir. Sabe-se que a opção política decorre do seu papel primordial de redução dos riscos contra mudanças que maculem a tarefa constitucional de possibilitar que os acordos e compromissos políticos continuem a serem desenvolvidos no tempo e resgatados pelas futuras gerações.

⁸⁴ Segundo Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 21-21), *democracia iliberal* constitui um termo que captura um amplo conjunto de casos ambíguos. Atualmente, constata-se uma democracia iliberal quando candidatos ou partidos que perseguem políticas autoritárias vencem a corrida eleitoral e passam a tentar extinguir o espaço político para dissenso e competição. A qualidade ambígua capturada pelo termo se dá em razão daqueles que estão no poder reivindicarem um mandato democrático ao mesmo tempo que se esforçam para dismantlar internamente a democracia. São movimentos em sua maioria captaneados por populistas carismáticos e anti-liberais. Como exemplo, tem-se as experiências da: Venezuela, Hungria, Polônia e Turquia, e algumas tentativas em Israel e Japão.

Os movimentos iliberais de aproximam daquilo que pode ser chamado – mas não sem críticas – de “democracia asiática”. Nesses modelos se constata o desenvolvimento da democracia, mas tanto o constitucionalismo como os direitos liberais foram tirados de ênfase. São modelos que enfatizam a harmonia coletiva e detrimento da autonomia individual, de modo que os deveres seriam o núcleo da sociedade e não os direitos. Podem ter eleições razoavelmente justas e livres e um estado de direito burocrático, mas em alguns exemplos, como em Singapura, o

de determinada entidade política democrática não são desprovidas de poderes de reação contra ameaças, de modo que não é incompatível com ela a adoção de provisões constitucionais que limitem especialmente a liberdade, a exemplo da liberdade de expressão; da liberdade de associação, com a proibição de partidos que assumam posturas antidemocráticas.

Para Samuel Issacharoff (2015, p. 43), a *democracia militante* não pode ser compreendida adequadamente sem referência à falha da República de Weimar e a imediata reação após o fim da II Guerra. Logo, ela se assenta em estudos sobre a sobrevivência democrática após a vulnerabilidade da democracia, demonstrada pelo nazismo. O processo de restauração no qual a Alemanha passou após a ocupação pelos Aliados exigiu a exclusão de qualquer movimento reacionário de resgate do passado, por meio de compromissos incluídos em provisões constitucionais. Houve, assim, um repúdio evidente do passado para que determinadas questões ou direitos pudessem estar blindadas da política legislativa ordinária (ISSACHAROFF, 2015, p. 46).

Para a *democracia militante* as eleições são um fórum para mobilização política. As eleições servem para amplificar todas as forças políticas e disseminar suas visões e, portanto, permitem o surgimento de paixões políticas. Então, a capacidade de defender ideais antidemocráticos se estende para além do período eleitoral, de modo que as defesas contra a vulnerabilidade da democracia devem atingir não apenas a competição eleitoral, mas os compromissos ao tempo da elaboração da Lei Fundamental (ISSACHAROFF, 2015, p. 37).

A defesa da *democracia militante* surgiria como meio para garantir que novas democracias consigam se consolidar no tempo. Não apenas são meios de garantir a defesa contra forças reacionárias, mas caminhos para o futuro da própria democracia, daí a adoção de posturas que possam em alguma medida gerar exclusões ou restrições da manifestação política na arena eleitoral.

Indo além, a Lei Fundamental da Alemanha inseriu provisões que impediam qualquer revisão. Por serem consideradas elementos centrais da constituição a elas foi atribuído o *status* de cláusulas de eternidade, a fim de total repúdio do passado nazista imediato. A desconfiança com possíveis forças reacionárias levou, então, a adoção de medidas constitucionais destinadas a reagir contra o surgimento de possíveis desafios extremistas que pudessem levar à quebra da democracia à época instalada (ISSACHAROFF, 2015, p. 47). Neste contexto, a fragilidade da

partido que domina a política e detêm a chefia de governo persegue opositores políticos e tenta controlar a mobilização política por meio de Lei de Segurança Interna. Para mais, confira: TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. 100 Cornell L. Rev. 391, 2015. Acesso em: 26 out. 2020. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr>>.

sociedade levou a processo de elaboração constitucional permeada pelo medo bem mais do que pela esperança.

Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 169), concordam que a *democracia militante* está correta em se preocupar sobre a habilidade das democracias em protegerem a si mesmas dos efeitos corrosivos de forças antidemocráticas internas. No entanto, entendem que a estrutura dela, ao focar nas restrições legais dos inimigos internos da democracia, se mostra inadequada ou mesmo perigosa na prática.

A esse respeito, a *democracia militante* impediria a formação dos atritos políticos que são necessários dentro da competição política e por meio dos quais a constituição deveria exercer a sua tarefa. Assim, os direitos de associação⁸⁵ se sujeitariam a um risco muito grande ao proibir previamente o embate político discursivo, ao que poderia ser verbalizado ou defendido ideologicamente. Ou seja, melhor seria o reconhecimento da vulnerabilidade e falibilidade do projeto para desenvolvimento futuro do que fixar compromissos prévios e inalteráveis para as futuras gerações, uma vez que, na prática, esta constituição falharia.

Concluem os autores que, apesar da importância e disseminação que as ideias da *democracia militante* ganharam ou ainda ganham, o seu modelo ainda é muito dependente da ocupação do poder pelos Nazistas. Para eles, os cenários atuais não apenas demonstram a insuficiência ou mesmo perigo de se adotar as referidas posturas para proteger a democracia de seus inimigos internos, mas que existiria um âmbito maior de desenhos institucionais que podem mitigar o risco de erosão sem necessariamente trazer à tona a democracia militante (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 171).

Portanto, a importância dos limites para a democracia não implica necessariamente a adoção de posturas exclusivistas ou de tratar todas as matérias e conflitos constitucionais de uma entidade política. Assim, embora as construções sobre a intolerância democrática ganhem espaço nos estudos e seja lembrada de vez em quando, elas são insuficientes para atuar como barreiras para risco de erosão democrática. Ademais, tanto as democracias novas como as estabelecidas se sujeitam aos riscos de degradação de suas instituições democráticas e, assim, a crises constitucionais.

⁸⁵ Os direitos de associação são o núcleo da democracia e sua garantia se dá em não intervenção. Nada obstante, colhendo-se algumas práticas na Europa, estão banindo o direito de associação contra as minorias, especialmente muçulmanos. Além disso, a pretexto de proteger a democracia ela acaba impedindo a inclusão no corpo político. (GINSBURG, HUQ, 2018, p. 171). A pretexto de resolver uma questão futura que não tem controle, opta por excluir grupos da política. O mesmo pode ser dito quanto ao banimento do discurso de ódio que também é defendido pela democracia militante. Para Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 172), o banimento é utilizado de modo errático e imprevisível. De igual modo, a proibição ao discurso de ódio não tem impedido que partidos com ideias extremadas à direita do espectro político ganhem apoio popular significativo em muitos países da Europa.

Então, a apresentação de possíveis barreiras para o retrocesso democrático deve se assentar em nível de sistema e suas instituições centrais, porque os inimigos internos estão empenhados no dismantelamento delas. Em vez de pensar em banimentos e limitações excessivas aos direitos de liberdade, torna-se mais importante entender os caminhos e os riscos que o projetista de uma constituição deve considerar para as escolhas dos desenhos institucionais; ou, o que pode ser feito em meio a um declínio democrático ou na sua eventualidade.

Para Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 172), o caminho deve observar duas prescrições importantes: i) apresentar etapas que devem ser tomadas como melhor desenho institucional para as políticas liberais e democráticas de forma que elas próprias fiquem isoladas da erosão democráticas; e ii) se as fraquezas no sistema constitucional podem ser curadas.

Aqui, há como se resgatar a *lógica política da revisão judicial*, mas não referente apenas ao controle constitucional e sim quanto à opção de adotar uma espécie de modelo constitucional em detrimento de outro, ou seja, *do quê* inserir no texto constitucional. Igualmente importante é reconhecer a falibilidade do planejamento para ser possível o resgate dos acordos e compromissos constitucionais que foram realizados.

Assim, conquanto a preocupação de Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018), estejam centradas nos problemas que a eleição de Donald Trump trouxe para a democracia norte-americana, ou seja, nos perigos que populistas carismáticos revelaram, pode-se afirmar que tanto uma nova escolha de desenho institucional – para as novas democracias – como a releitura das instituições – democracias consolidadas – são dependentes do contexto em que analisadas e, pois, da história constitucional que a precede e que precisa ser resgatada, seja como norma escrita ou por meio das narrativas do povo que a compõe.

Por fim, para as considerações finais da presente seção, importa a reflexão sobre as posturas ante os eventuais perigos que as incertezas dos impasses políticos têm apresentado para as estruturas institucionais. Para tanto, serve a importante reflexão sobre a incerteza do futuro ou mesmo quanto ao destino político do presidente, na medida em que políticos, tribunais e o próprio povo discutem sobre a adequada interpretação da constituição, conforme suscitada por Brian C. Kalt (2012).

Os citados cenários pelos quais o autor desenvolve sua pesquisa se dá em hipóteses cuja probabilidade de ocorrência é mínima ante as expectativas veiculadas pelas práticas existentes. Mas isso não impede que refletir sobre elas seja importante para extrair possíveis posturas a serem exigidas ou exercidas pelas instituições. São seis cenários, que nunca ocorreram e, por

isso, são importantes ao desenvolvimento do estudo pelo autor, tendo em vista que apresentam incerteza à situação.

Nesse sentido, apesar da preocupação ater-se ao contexto norte-americano⁸⁶, mostra-se importante para esta pesquisa, porquanto encaminha reflexões sobre a formação de pontos fracos da constituição, bem como dos mecanismos de prevenção e resolução destes. Dito de outro modo, em conformidade com Brian Kalt (2012), para lidar com as *angústias* causadas pelos abismos no tratamento de certas questões constitucionais – *constitutional cliffhangers*⁸⁷.

Escrever constituições é difícil. Para escrever uma perfeita, os redatores teriam que imaginar todas as contingências que poderiam surgir nos próximos séculos, chegar a um acordo sobre a melhor maneira de lidar com cada uma, redigir uma linguagem jurídica hermética, acabar com um documento que não é muito complexo para ser ratificado e garantir que as gerações futuras entendam exatamente o que diz e o que significa. Cada etapa desse processo oferece uma oportunidade para imperfeição e, portanto, para abismos constitucionais (KALT, 2012, p. 17 – tradução livre)⁸⁸.

Seguindo-se o analisado nesta seção, os abismos constitucionais nada mais são do que a expressão da vulnerabilidade e falibilidade da constituição, ante as narrativas que poderão ser acomodadas no texto constitucional e daquelas que não foram ou não poderiam ser consolidadas por provisões constitucionais, sejam elas autoexplicativas ou ambíguas. Ou, dito de outro modo, elaborada em expressões diretas e precisas ou curtas e vagas.

Segundo Brian C. Kalt (2012), o processo de elaboração e reforma da constituição é um mecanismo que promove um tipo de análise de custo-benefício. As constituições fixam uma

⁸⁶ Os cenários seriam: i) processo-crime contra o Presidente; ii) o Presidente se vale de suas prerrogativas e perdoa a si mesmo de certos atos; iii) os membros do governo – gabinete – tentar destituir o presidente por incapacidade e este, por sua vez, tenta destituir os membros do gabinete; iv) o Ministro da Casa Civil – Secretário de Estado – e o Presidente da Câmara dos Deputados lutam pelo controle da presidência em caso de morte do Presidente e Vice-Presidente; v) um ex-Presidente sofre *impeachment*; e vi) um Presidente reeleito tenta manter-se no poder por mais um termo (KALT, 2012, p. 11).

⁸⁷ A expressão utilizada pelo autor para representar as situações de incerteza é cunhada como *constitutional cliffhangers*. De efeito, traduzindo-se a expressão em coerência literal com a pesquisa, a tradução seria *abismos constitucionais* ou *penhascos constitucionais*. Assim, a noção de *penhascos constitucionais* encaminha a ideia de uma situação complexa e inesperada, de forte perigo e que leva a momento ou situação de aflição, porém, de índole político-social. Tratar-se-ia de um obstáculo praticamente intransponível. Destarte, isoladamente, o termo *cliffhangers* pode ser traduzido como *momento de angústia*, em representação a reações emotivas de uma pessoa ou público. Conquanto a primeira tradução seja mais condizente com o estudo de Brian C. Kalt (2012), entende-se que não se mostra incoerente compreender a ideia de *constitutional cliffhangers* como *momentos de angústia ou aflição constitucional*. Isso porque o objetivo do autor é demonstrar hipóteses que pontos fracos do sistema constitucional – *constitutional gaps* - podem levar a situações de total novidade as quais não possíveis de serem consolidadas no texto ou decididas, por não serem tratadas na constituição. Para manter-se fiel ao estudo, usar-se-á o termo *abismo* ou *penhasco*, reservando-se também a possibilidade de utilização do termo *angústia* ou *aflição* para apresentar as conclusões do autor e a interpretação realizada neste presente trabalho.

⁸⁸ No original: “Writing constitutions is hard. To write a perfect one, drafters would have to imagine every contingency that could arise over the next few centuries, agree on the best way to handle each one, draft airtight legal language, end up with a document that is not too complex to be ratified, and ensure that future generations understand both exactly what it says and exactly what it means. Each step in that process provides an opportunity for imperfection, and thus for constitutional cliffhangers.”

importante estrutura para as instituições políticas e, como tal, é a partir desta estrutura que os obstáculos constitucionais devem ser resolvidos, de forma que seria infrutífero tentar resolver, no processo de escrita, de todas as falhas passíveis de serem concebidas. Isso porque se algo der errado será por meio destas instituições que o problema deverá ser resolvido. Assim, em vez de se tentar resolver todos os problemas, exige-se a fé também no funcionamento da política, eis que não tratar certas questões implica uma escolha fixada anteriormente.

Quando referidas questões ganham assento no âmbito dos tribunais, soergue a discussão descrita no capítulo passado quanto à dificuldade contramajoritária e o Poder Judiciário como um fórum político deliberativo ordinário (FRIEDMAN, 2005). A esse respeito, Brian C. Kalt (2012) defende que em momentos de incerteza quanto ao significado da constituição, os tribunais poderão apresentar resolução mais rápida à situação do que o Parlamento e que nada impede que os *drafters* fixem o espaço de tomada de decisão destas instituições, ou mesmo do Poder Legislativo. Além disso, reservar a questão tão somente ao Parlamento não implica na sua resolução, porque interesses outros podem ser superiores. É dizer, as instituições também são imperfeitas e dividem espaço de busca de legitimidade com outras. Elas estão quase sempre em desacordo e isto não é algo ruim, mas uma característica do sistema democrático, que relega à constituição o papel de manter os aceitáveis limites da disputa.

A esse respeito e com vistas a contextualizar a referida problemática a problemas reais, vejamos a conformação constitucional dada às Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's - no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conforme o artigo 58, §3^o⁸⁹, as CPI's deverão cumprir determinados requisitos formais para sua instauração, sendo o primeiro deles de índole formal, a saber, a necessidade de adesão de, no mínimo, um terço dos deputados ou dos senadores, ou dos deputados e senadores em caso de CPI mista.

Sucedo que, embora o documento preveja os requisitos para instauração, não prevê uma consequência jurídica em caso de negativa de instauração mesmo cumprido com o requisito formal de subscrição por um terço dos parlamentares. Qual a consequência de, mesmo atingido o quórum constitucional, e não for instaurada ou algum ato *interna corporis* exigir nova manifestação formal? Sabe-se das circunstâncias que a política legislativa se assenta, de forma

⁸⁹ Eis o inteiro teor do dispositivo: “§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

não demoraria muito que situação igual a essa ocorresse sem que, no entanto, o texto escrito, decisões passadas ou mesmo posturas do Parlamento pudessem dar algum tipo de resposta.

Havia uma omissão, uma vulnerabilidade no planejamento, seja por um processo de não-tomada de decisão ou uma limitação dos projetistas. Ou seja, nesse caso, tem-se um comportamento com que o *design* constitucional não previu ou não poderia prever algo, sendo quase uma obviedade que a *instituição seguradora* e que atua para reduzir os riscos contra direitos e controle da maioria seria acionada para a resolução da questão. Ela deveria encontrar na estrutura institucional a resposta, como também garantir o exercício da função típica fiscalizadora do Poder Legislativo. E assim fez, criando-se a doutrina de que as CPIs constituem o *exercício do direito das minorias* e, como tal, uma vez alcançados os requisitos – sobretudo o formal – a Casa Legislativa é obrigada a instalar a Comissão e indicar os participantes.

Tal decisão ocorreu nos autos do Mandado de Segurança nº 26.441, de Relatoria do Ministro Celso de Mello. Com efeito, no voto condutor, assentou-se que a norma constitucional que estabelece as Comissões Parlamentares de Inquérito visa a garantir a participação ativa das minorias dentro do processo de investigação legislativa – função típica. Assim, é desnecessária a concordância das agremiações que compõem a maioria para a instauração da comissão fiscalizatória temporária. As CPIs expressariam um *direito de oposição* especialmente reconhecido às minorias e, assim, deve ser aparelhado com instrumentos que viabilizem o seu efetivo exercício sob pena de violação do próprio princípio democrático⁹⁰.

Em vista disso, este caso contextualiza e localiza bem a questão da falibilidade dos desenhos institucionais, mas não no sentido negativo, de uma omissão inconstitucional, de um *gap* que serve aos propósitos do próprio projeto político. Igualmente ele representa a atuação do Poder Judiciário como mecanismo institucional para a continuidade do projeto, mormente porque, atualmente, não se discute mais tais questões. É dizer, a CPI, como direito das minorias, virou uma nova prática institucional; virou uma nova forma de compreender o texto constitucional. Em suma, a constituição recebeu, neste caso, um replanejamento por meio de decisão judicial⁹¹.

⁹⁰ MS 26.441, rel. min. Celso de Mello, j. 25-4-2007, P, DJE de 18-12-2009.

⁹¹ Importante reflexão, e com consequências sistêmicas bem amplas, decorre do dispositivo constitucional que determina, expressamente, que o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas sobre a prestação de contas dos Prefeitos contará com parecer prévio vinculante. Nesse sentido, dispõe o art. 31, §2º, da CRFB/88: “O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal”. A vulnerabilidade de decorre desta obrigação constitucional é a seguinte: e se a Câmara dos Vereadores, por ato de política, entender por bem simplesmente não instalar sessão para analisar o parecer? Poderá o Prefeito exigir por meio de decisão judicial? Trata-se de uma vulnerabilidade que tem consequências, ainda, no plano dos direitos fundamentais eleitorais. Isso porque, com a não análise do parecer o candidato incidirá em causa de inelegibilidade e, pois, não poderá concorrer

Desse modo, o ato de lidar com imperfeições é ato ordinário em entidades políticas democráticas. De igual modo, lidar com disputas e tensões faz parte da própria sobrevivência de progresso político da sociedade. Nesse sentido, conquanto o planejamento constitucional seja importante meio para criar normas constitucionais e estruturas institucionais sensíveis às contingências da localidade, o processo deverá ser permeado pelo reconhecimento de limitação dos elaboradores e, ainda, que estes depositem confiança nas futuras gerações para que a estrutura criada continue a se desenvolver no tempo, cumprindo-se automaticamente, como também corrigindo-se.

Portanto, a constituição não pode ser perfeita e não pode considerar todas as coisas, como forma de providenciar, ao mesmo tempo, perfeição, flexibilidade e popularidade. Citada postura, como bem alerta Roberto Gargarella (2018), tende a colocar a constituição em situações de perigo não apenas quanto a disputa sobre o seu significado, mas de própria morte do empreendimento institucional. É preciso, assim, que se reconheça a necessária falibilidade do planejamento constitucional para que não se exija dele o que não pode ser exigido de um empreendimento feito por seres humanos e para regular comportamentos humanos. É preciso ter fé no empreendimento e que isso é o meio para a busca e realização da legitimidade da constituição no tempo.

3.2. Legitimidade, fé no planejamento constitucional e o constitucionalismo redentivo

A legitimidade constitui conceito que implica uma série de concepções. A depender de como a abordagem é realizada, os pressupostos teóricos e práticos utilizados como instrumental diversas poderão ser as formas de analisar e atribuir legitimidade a algo. Alçando-se a discussão para o âmbito de atuação de uma instituição específica, como a revisão judicial ou as instituições judiciais de controle de constitucionalidade, duas são as formas de enfrentar, de plano, a questão da legitimidade delas. A primeira, e mais simples, decorre de uma escolha dos elaboradores do texto da constituição de provisionar explicitamente a instituição e suas competências⁹². São os exemplos das entidades políticas que adotaram citadas instituições no período da chamada *segunda onda* e da *terceira onda* democrática, conforme visto.

a cargo público eletivo. Não há dúvidas de que um *replanejamento* será necessário, principalmente ante a repercussão em direitos fundamentais.

⁹² Trata-se, dentre outros, do modelo brasileiro, que conta com previsão expressa sobre o controle judicial de constitucionalidade, como também as competências, efeitos e força das decisões, a teor do artigo 102, da Constituição de 1988. De igual modo, como no caso do controle difuso, a Constituição de 1988 prevê normas de procedimento, a exemplo da *cláusula de reserva de plenário*, nos termos do artigo 97.

A segunda forma de atribuir a legitimidade decorre do reconhecimento da legitimidade pelo seu conteúdo normativo mais amplo, isto é, a partir de um conjunto de práticas passadas que formariam uma convenção de aceitação daquela instituição e suas decisões como legítimas, não havendo qualquer previsão normativa sobre atuação da instituição ou sua competência.

Esta última é o caso do sistema constitucional dos Estados Unidos. De efeito, o estabelecimento do controle judicial de constitucional adveio da decisão do caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803, ocasião em que, como visto, fixou-se a tese da *supremacia da constituição* e, assim, conferiu aos juízes e tribunais a competência para a revisão judicial dos atos dos Poderes Públicos. As funções exercidas decorreriam, implicitamente, da exigência de observância da constituição.

Em todo caso, Marshall decidiu que os tribunais em geral, e a Suprema Corte em última instância, têm o poder de decidir pelo governo como um todo o que a Constituição pretende dizer, e de declarar inválidos os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Constituição, corretamente entendida. Sua decisão foi aceita, pelo menos nessa forma abstrata, e a prática constitucional subsequente consolidou-se firmemente em torno dela. Nenhuma interpretação se ajustaria a essa prática se ela negasse os poderes que Marshall lhe atribuiu. Mesmo os que acham que ele cometeu um erro admitem que quase dois séculos de prática colocaram sua posição para além de qualquer contestação enquanto proposição jurídica, e agora as batalhas constitucionais são travadas no terreno por ela definido (DWORKIN, 2014b, p. 425).

Partindo-se disto, as considerações expendidas por Ronald Dworkin (2014b) são importantes para reforçar a segunda forma de atribuir a uma prática a sua legitimidade: aceitação com a posterior consolidação da prática. É dizer, assim, que, nos Estados Unidos, a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade teria sido extraída de um conjunto de práticas e desenvolvimento pelo tempo e, conquanto alguns tentem rechaçar esta legitimidade⁹³ ou a sua aceitação atual, a prática constitucional indica o contrário.

Segundo argumenta Charles L. Black, Jr. (1960), apesar de a história demonstrar dúvidas quanto alguns aspectos da revisão judicial, existe um trabalho legitimador da revisão judicial por meio da história. Com efeito, a poderosa mudança na mentalidade da sociedade relacionado a ela mais se aproxima de um desenvolvimento da própria instituição do que uma revolução dentro das estruturas institucionais. Narrativas demonstraram que um meio institucional é necessário para assegurar ao próprio povo que os passos dados ocorreram em direção da manter a legitimidade intacta e, também, que a Corte Suprema do Estados Unidos

⁹³ Confira, por todos: TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the courts. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

trabalhou visando tal fim, seja de modo consciente ou não. Este trabalho foi realizado à vista de todos e quando ninguém mais o fazia e implicou em significativo aumento na tensão da vida política local⁹⁴ e revelou um caráter cada vez mais afirmativo da legitimidade da instituição.

Mesmo que escrito expressamente, uma instituição só poderá ir longe se tiver aceitação – principalmente do povo (BLACK JR, 1960) – e acomodar-se em contexto de outras práticas institucionais. Ademais, a partir do momento que a legitimidade é pressuposta, a discussão se transforma e ganha outros contornos. A instituição passa a ser um dos mecanismos para determinadas práticas sejam compreendidas como legítimas.

Segundo Charles L. Black, Jr. (1960), é o caso dos tribunais quando provocado com certas questões políticas ou quando em tensão com o povo. Para o autor, principalmente a Suprema Corte dos Estados Unidos, é vista como meio para aferir a legitimidade e, eventualmente, cassar decisões ilegítimas – uma espécie de controle ou postura negativo -, bem como para conceder legitimidade a uma prática nova – uma postura positiva/afirmativa. A legitimidade decorre de uma cadeia lógica de práticas, começando-se com a aceitação das posturas e decisões da Corte, passando-se pela pressuposição da legitimidade e, posteriormente, ganhando o *status* de legítimo em razão da autoridade. Trata-se de um entendimento que pode ser extraído dos estudos de Ronald Dworkin (2014b, p. 427), mormente quando ele chama atenção que a “[...] questão crucial agora não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido o seu vasto poder”.

Semelhantemente a estas constatações, Larry Kramer (2004) defende que aceitação da revisão decorreria, em primeiro lugar, da tese da *supremacia judicial*, elaborada pelo *Justice* John Marshall, quando do julgamento do caso *Marbury*. Desse modo, a legitimidade da revisão judicial ocorreria de modo passivo pela sociedade, uma vez que a sociedade norte-americana sempre foi permeada por um tipo de *constitucionalismo popular*, na medida que o Poder Judiciário atua como agente do povo. E, a legitimidade não decorreria do simples fato que o trabalho histórico de legitimação ocorreu à vista de todos e quando ninguém mais fazia, mas, sobretudo, ante o medo que a população tem de tomar decisões sobre seus próprios direitos, que geraria, inevitavelmente a utilização de outros mecanismos ou instituições – alegadas como pretensamente não democráticas.

⁹⁴ Perfilhando de entedimento semelhante, Barry Friedman (2009), em análise preponderantemente histórica afirma a lição mais importante que a história ensina sobre o controle judicial de constitucionalidade não é apenas o papel da Suprema Corte em si, mas como a opinião pública reage às decisões que são exaradas por ela e esse processo dialógico de decisão judicial – reação popular – nova decisão. Portanto, a reação da opinião pública às decisões oferece pressupostos mais adequados de análise sobre a legitimidade da revisão judicial, uma vez que é nessa interação – um processo inacabado e permanente - que a constituição toma o significado que ela tem.

O Poder Judiciário, portanto, atuaria como mero representante da vontade popular. É dizer, os tribunais seriam servos do povo e cuja finalidade única visa produzir as bases para o julgamento pelo povo, verdadeiro legitimado. Nesse sentido, enquanto para Charles Black, Jr. (1960) a história revelou que a legitimidade ocorria por meio institucional ou a partir dele, para Larry Kramer (2004), o meio institucional era apenas mecanismo para a participação popular.

Discussões sobre a legitimidade constitucional, sendo assim, resgatam em conjunto considerações sobre práticas das instituições, sobretudo, da revisão judicial. Portanto, elas resgatariam a antiga obsessão com o caráter *contramajoritário* ou *antidemocrático* da revisão judicial, que, como visto, constitui uma forma míope de olhar toda a complexidade de questões que orbitam os fundamentos políticos e sociais das constituições e/ou instituições, mormente do controle judicial de constitucionalidade. Trata-se de concepções idealistas de constituição e que desconsideram que o processo de planejamento constitucional pode se revestir em um conjunto de escolhas mundanas e estratégicas.

Em outras palavras, e aos moldes dos processos de escolhas na elaboração da constituição, deve-se partir para análise da legitimidade de uma instituição também como expressão de comportamentos estratégicos dos elaboradores do texto do que acreditar, genuinamente, que determinada ideia é melhor, porque mais correta, justa e apropriada, ou que ela veicularia uma servidão da instituição ao povo. Conforme afirma Ran Hirschl (2013), a legitimidade ou a explicação do processo de constitucionalização como refletidora da mobilização popular genuína é uma visão romântica, ideacional. Ela também é ficcional – um imaginário narrado -, porquanto as barganhas ocorridas no processo de planejamento constitucional refletem interesses daqueles que a elaboram, a saber, as elites dominantes, que não necessariamente encaminhariam a vontade popular.

Dentro do contexto da prática constitucional dos Estados Unidos é quase unânime que estas questões vieram à tona com maior evidência durante os anos que seguiram a crise econômica, política e social de 1930, principalmente após as reações populares observadas em face de decisões da Suprema Corte que derrubaram legislações que criaram um pacote de medidas para superação da crise, qual seja, o *New Deal* (BLACK JR, 1960; FRIEDMAN, 2009).

Após a eleição do Presidente Franklin D. Roosevelt, em 1932, por ampla margem um pacote medidas compostas por legislações progressistas foram apresentadas, a fim de resgatar a sociedade de volta ao equilíbrio econômico. No entanto, a Suprema Corte derrubou várias delas com base em questões formais, de repartição de competências federativas, o que levou o então Presidente a defender medidas contra o Tribunal – *Court Packing Plan*, que incluía,

dentre outras, a redução das competências e a retirada de juízes. Tal reação foi fortemente apoiado pela opinião popular do momento e influenciou na mudança de postura do Tribunal (FRIEDMAN, 2009).

Com tempo, constatou-se que as tentativas de “empacotar” o Tribunal não serviriam para além de mera retórica política, mormente porque a sociedade também acreditava que para a defesa dos direitos e interesses da minoria o judiciário deveria ser independente e livre de pressões políticas, ou seja, a obsessão contramajoritária não tornava a prática em antidemocrática. Isso porque, no contexto da política democrática, os interesses diversos são componentes básicos essenciais à formação dos acordos e compromissos, de modo que a política se faz por meio de tensão e relação permanentes entre grupos e interesses conflitantes, competindo à estrutura do sistema constitucional garantir isso (GINSBURG, 2003; FRIEDMAN, 2009).

Estas considerações sobre a legitimidade servem aos propósitos do presente trabalho uma vez que, como visto, a opção pela instituição de revisão judicial por provisão consolidada expressamente na constituição não implica apenas na limitação do que ela pode fazer, mas, sobretudo, que ela também é empoderada e se desenvolve concomitante com as próprias estruturas democráticas. Existe uma fundação política sob as constituições e instituições que são caracterizadas por processos de barganhas e relações entre interesses os mais diversos dos políticos e mundanos.

Com efeito, qualquer discussão sobre a legitimidade da constituição deve trazer e considerar estas questões. Igualmente, qualquer concepção de legitimidade que esteja fechada a estas problemáticas decorrentes do planejamento e funcionamento das estruturas institucionais tende a ser superficial e insuficiente para a durabilidade – e desenvolvimento – da constituição. Portanto, a opção pelo escrito ou não escrito quanto a uma instituição ou os seus poderes não necessariamente levam a conclusões excludentes entre si. Dito de outro modo, não apenas a prática concederá legitimidade; e nem tão somente a previsão é o bastante para aferir a legitimidade. Há que se pensar de modo mais coordenado com a sociedade (HARDIN, 2013), partindo-se de fatores políticos estratégicos concretos (HIRSCHL, 2013) e reconhecendo-se a falibilidade de qualquer desenho constitucional, como a forma mais adequada de lidar com incertezas (BALKIN, 2011).

A concepção de legitimidade que se mostre mais adequada deve ser sensível a estas questões citadas e, pois, deve ser entendida como uma característica de “[...] um sistema político e jurídico completo considerado como um todo, em vez de uma norma ou ação específica dentro do sistema”. É dizer, a “[...] Legitimidade é mais do que a mera validade legal de um regime

em contexto positivista, mas é algo menor que a completa democracia, imparcialidade, fidelidade à lei ou justiça” (BALKIN, 2011, p. 33 – tradução livre)⁹⁵.

A legitimidade, então, carrega consigo toda a complexidade que a resolução de problemas constitucionais ou das questões de governo suscita. Reveste-se em conceito complexo, igualmente disputado por atores políticos e precisa ser fiel às contingências políticas em que analisada.

Além disso, conforme alerta Jack Balkin (2011a, p. 33 – tradução livre), conquanto a legitimidade seja um conceito complicado, por trás residiria um problema básico, e que também foi enfrentado por Tom Ginburg (2003), ao defender o *modelo do seguro* e a ideia de redução dos riscos do jogo político pelos projetistas constitucionais. E seria: “Sob quais condições devemos aceitar como justificado o poder coercitivo de um governo para fazer cumprir suas normas contra nós e contra os outros em nossa comunidade política, mesmo que muitas leis do governo - ou a forma como essas leis são aplicadas - sejam injustas?”⁹⁶. A resposta perfilha as compreensões teóricas já descritas e retiradas dos estudos do autor.

Com efeito, segundo Jack Balkin (2011a, p. 33-35), duas ideias precisam ser combinadas para que o povo aceite determinadas práticas estatais como legítimas. Elas seriam i) a eficácia do governo em manter a paz e segurança social; e ii) que os atos do governo sejam suficientemente justos; que sejam “dignos de respeito”, isto é, que mereçam consideração pelo povo e, assim, consigam atingir a finalidade de cooperação.

A legitimidade, então, é uma característica do sistema político e jurídico que recebe aceitação, pelo povo, de certos atos praticados e do uso da força estatal para fazer as determinações serem cumpridas – dentro de procedimentos regulares e sob o controle popular -, mesmo que não se concorde inteiramente com elas. O povo continua a aceitar e considerar os atos estatais e, assim, entende a estrutura institucional como legítima. Segundo o autor, constituições e a própria revisão judicial são instituições que ajudam a garantir que um sistema seja digno de respeito, uma vez que conforma o poder do governo e protege os direitos, embora não sem discordâncias e desconfianças. Dito de outro modo, a legitimidade é também um conceito em disputa e, pois, sujeita a vulnerabilidades (BALKIN, 2011a, p. 35).

⁹⁵ No original: “As I will use the term in this chapter, legitimacy is a property of an entire political and legal system judged as a whole, rather than of a specific law or action within the system. Legitimacy is more than the mere legal validity of a regime in a positivist sense, but it is something less than complete democracy, fairness, fidelity to law, or justice.”

⁹⁶ No original: “Under what conditions should we accept as justified a government’s coercive power to enforce its laws against us and against others in our political community even if many of the government’s laws—or the way those laws are applied—are unjust?”.

Partindo-se desta compreensão da legitimidade como uma combinação de várias questões teóricas, mas, sobretudo, práticas, que as considerações de Jack Balkin para caracterizar uma situação política como *crise constitucional* exige mais aprofundamento para além da simples disputa sobre o significado das normas constitucionais ou impasses políticos. Isso porque, o fato de existirem interpretações contrárias ou que não possam mais, naquele momento, representar o entendimento daquela geração, o sistema ainda é digno de respeito, porque o povo aceita o poder que advém dele para cumprir com as determinações. Desse modo, a verdadeira crise constitucional seria uma crise em relação à legitimidade do próprio sistema e não mera discordância, como o que quase sempre se observa no reino da interpretação e aplicação do texto constitucional.

A questão aberta da legitimidade, a seu turno, não implica a desconsideração, por Jack Balkin (2011a), de apresentar soluções que possam preencher eventuais lacunas teóricas para o melhor entendimento para o seu conceito. Isso porque, como visto um dos pontos importantes da teoria desenvolvida pelo autor – e que aderimos – se dá quanto ao reconhecimento da falibilidade e vulnerabilidade das estruturas institucionais criadas ou provisionadas na constituição. Desse modo, em coerência, para entender a ideia de legitimidade do sistema *mesmo em meio a incertezas e vulnerabilidades*, deve-se compreendê-la também como um projeto contínuo e permanente; sempre em desenvolvimento e que não pode ser colocado em pontos opostos parados, mas sempre em movimento de um lado para o outro. É dizer, a legitimidade não é simplesmente um botão de desligar e ligar.

Existem graus de legitimidade em cada sistema e revelados por suas peculiaridades, ou formas diferentes de demonstrar a aceitação pública, a regularidade de respeito a cadeias de procedimentos, justiça, prestação de contas à população e sensibilidade aos seus interesses. Para tanto, independente de como se entenda ou se expressem tais práticas, ela é sempre algo em movimento, porque a constituição é uma típica instituição que serve para garantia da *política-em-movimento*, que, como tal, não dá conta de tudo, não é estagnada e deve reagir às conjunturas novas que possam se apresentar durante o movimento.

A constituição não é perfeita, bem assim a sua legitimidade. Pensar em legitimidade é pensar em possibilidades e não em perfeição e popularidade, ou considerar todas as coisas ao mesmo tempo, uma vez que impossível diante da limitação dos projetistas e da própria diversidade das formas de vida de cada entidade. Ademais, assim como no planejamento constitucional, é preciso ter fé na legitimidade em sua contínua e futura realização, ou, conforme defende Jack Balkin (2011a), na possibilidade de *novas construções constitucionais* e, pois, da própria legitimidade.

As definições de *construções constitucionais* são importantes tanto para o estudo de Jack Balkin (2011a) quanto para este presente trabalho, eis que se trata de uma abordagem da legitimidade a partir do texto escrito. A legitimidade estaria no texto constitucional e, independente do que esteja nele, seria legítimo. No entanto, ela parte de pressuposição diferente, qual seja, que o texto não diz tudo e nem providencia informações o suficiente para extrair a aceitação de um governo *digno de respeito*, que é observada a partir da criação de instituições constitucionais de governo por meio da criação de precedentes, práticas e instituições.

Para Jack Balkin (2011a, p. 39), a concepção de legitimidade a partir das construções constitucionais coloca a constituição no contexto eminentemente da realidade prática. Como tal, alerta, quanto maior se especificar o tema discutido, maior é a possibilidade de discordâncias ou disputas sobre a legitimidade da constituição e de fixar a legitimidade a partir daquilo que pessoas razoáveis pensam sobre a questão⁹⁷. Garantir um sistema legítimo na prática é considerar a possibilidade constante de disputas sobre a constituição, porquanto ela inclui o texto e um conjunto de posturas institucionais de construções constitucionais. Em efeito, as construções serão um “alvo-em-movimento”, assim como a própria noção de legitimidade, de forma que a constituição não poderá ser pré-concebida como uma única forma de tratar o assunto, sobretudo, de casos novos. Em outras palavras, “[...] Só descobrimos o que a Constituição-na-prática significa mais tarde, quando já estivermos no jogo” (BALKIN, 2011a, p. 40 – tradução livre)⁹⁸.

Como visto, a constituição visa conceder uma estrutura para a política em movimento e, como tal, se expressa num conjunto de práticas institucionais. A constituição é condição de possibilidade para a própria ação governamental. Nesse sentido, deve-se reconhecer a falibilidade e vulnerabilidade de toda e qualquer conceitualização que se faça sobre as provisões

⁹⁷ A esse respeito, Jack Balkin (2011a) oferece uma crítica direta ao modelo de legitimidade fundada em noções contratualistas hipotéticas, nos termos do defendido por John Rawls. Para Jack Balkin (2011a) a chance de existir um acordo sobre determinado conteúdo é algo difícil, uma vez que variável e sujeito a contingências específicas. Logo, ele enfocaria num consenso hipotético de pessoas racionais. Nesse sentido, afirma: “Rawls argumenta que, apesar da divergência generalizada sobre valores, um sistema constitucional pode ser legítimo desde que todas as pessoas razoáveis possam endossar os ‘fundamentos’ de uma constituição e o poder do estado seja exercido de acordo com essa constituição. Claro, muito depende do que é uma pessoa ‘razoável’, um ponto ao qual retornarei repetidamente neste capítulo. Em todo caso, sob essa abordagem básica, o que torna a ordem constitucional americana digna de respeito é seu conteúdo substantivo: os procedimentos que oferece para a tomada de decisões políticas, os direitos que reconhece, os limites que impõe à ação governamental e assim por diante. Uma ordem constitucional é digna de respeito porque tem o conteúdo certo e pessoas razoáveis podem concordar em obedecê-la por causa desse conteúdo [...] O modelo de Rawls é um contrato hipotético; não se concentra no consentimento real de pessoas reais, mas no consentimento de pessoas razoáveis hipotetizadas” (BALKIN, 2011a, p. 36).

⁹⁸ No original: “We find out what the Constitution- in-practice means only later on after we are already in the game”.

constitucionais ou o seu significado. Lidar com incertezas e mutabilidades é da essência da própria constituição ou da sua estrutura institucional. Exatamente por isso que os estudos sobre concepções de legitimidade se assentam sobre as chamadas *construções constitucionais*, nos termos em que defendidas por Keith Whittington (2001). Como se verá ainda nesta seção, ela servirá de base para o objeto da presente pesquisa quanto à realização de planejamento constitucional por meio de decisões judiciais.

Conforme afirma Keith Whittington (2001), conquanto juízes detenham, em certa medida, maior espaço nos processos de conformação constitucional, na prática, tais atos são realizados pelos vários ramos do governo, isto é, existem outros importantes atores que também atuam nas construções do significado constitucional. Isso porque, a constituição é um típico instrumento de governo, que guia como a política se opera. No entanto, o processo no qual isso se realiza não é inteiramente evidente, o que levaria, de início, a certa primazia do Poder Judiciário ante a história da instituição.

A construção constitucional é o método de elaboração do sentido constitucional neste âmbito político. O significado constitucional pode ser parcialmente determinado por instrumentos interpretativos relativamente técnicos e tradicionais, como o texto e estrutura, intenção dos autores e precedentes. Mas tais “modalidades” elucidam apenas uma parte do significado da Constituição. Significado adicional não pode ser descoberto no texto por meio de uma aplicação mais hábil de ferramentas jurídicas; deve ser construído a partir da fusão política do documento com interesses e princípios externos. Essa tarefa essencialmente criativa não expõe um esmaecimento no desenho constitucional; representa um sistema constitucional em funcionamento (WHITTINGTON, 2001, p. 24)⁹⁹.

Assim, todas as instituições governamentais são importantes para realização e continuidade das promessas do projeto constitucional. De igual modo, elas guiarão comportamentos dentro da própria entidade política e servirão de guia para decisões políticas futuras. A construção constitucional “[...] complementa outros métodos de determinação do significado constitucional e fornece um instrumento de governança mais completo e viável”¹⁰⁰ (WHITTINGTON, 2001, p. 28 – tradução livre).

A construção constitucional estabelece um espaço de criatividade na elaboração do significado da constituição de acordo com as suas especificidades e guiando suas próprias

⁹⁹ No original: “Constitutional construction is the method of elaborating constitutional meaning in this political realm. Constitutional meaning can be partially determined by relatively technical and traditional interpretive instruments, such as text and structure, framers' intent, and precedent. But such "modalities" elucidate only a portion of the Constitution's meaning.' Additional meaning cannot be discovered in the text through more skillful application of legal tools; it must be constructed from the political melding of the document with external interests and principles. This essentially creative task does not expose a fading in the constitutional design; it represents a working constitutional system.”

¹⁰⁰ No original: “It supplements other methods of determining constitutional meaning and provides a more complete and workable governing instrument”.

práticas. A interpretação judicial, embora uma atividade técnica, caminhará e se influenciaria das construções dos demais agentes, apresentando-se, com relação ao texto constitucional, as diversidades advindas da prática real, como também demonstra que a constituição pode ensejar vários caminhos e produzir compreensões distintas, sem prejuízo do funcionamento do governo (WHITTINGTON, 2001, p. 32-33).

A esse respeito, a construção constitucional fornece um elemento de criatividade e funcionamento das estruturas institucionais na elaboração do significado da constituição com maior possibilidade de apreensão real dos processos de conformação constitucional. O mesmo pode ser observado por meio dos processos de interpretação – sobretudo no contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos -, de forma que ambas as formas de aplicar o texto constitucional implicam na expansão do campo de conformação constitucional, diferenciando-se quanto à instituição que operacionaliza e os resultados pretendidos.

A noção de *construções constitucionais* amplia o espectro de aplicação e compreensão da constituição para argumentos e atividades constitucionais que não são considerados nos processos de constitucionalização e abre caminhos para explorar que o significado da constituição também é realizado para além de instituições judiciais. Como meio para a *política-em-movimento* a constituição se sujeita às influências da política e de toda a sua estrutura institucional. Logo, a importância dos estudos de Keith Whittington (2001) se dá quanto ao reconhecimento já tratado neste trabalho de que há uma lógica política por trás do planejamento constitucional que influencia e guia o desenvolvimento dele.

Em outras palavras, existe um conjunto de escolhas políticas que atuam de modo perene desde a elaboração do texto até a sua aplicação pelas gerações futuras. A legitimidade deste ato ou documento, portanto, é aferido pela capacidade de contínuo *replanejamento*. Daí a utilização da mesma ideia por Jack Balkin (2011a), porque as construções constitucionais criam instituições constitucionais de governo por meio de práticas próprias e consegue articular a ideia que é importante para o autor na sua teoria constitucional referente às questões que *constituição-na-prática* suscitam.

Conforme defende Jack Balkin (2011a, p. 37-38), quanto menor o espectro de aplicação e compreensão verdadeira da constituição, maior será possibilidade de as pessoas não concordarem e aceitarem tal prática, tornando-a ilegítima. Dito de outro modo, ao compreender que a constituição deve ser entendida para além da interpretação dada pelos tribunais, de forma a incluir posturas e interpretações das várias instituições e práticas decorrentes de construções constitucionais, a constituição será sempre um “alvo-em-movimento”. Desse modo, em caso de surgimento de novas formas de compreender a problemática a constituição permitirá nova

construção em direção destas novas posturas. É dizer, as construções constitucionais permitem processos de *resgate de narrativas* até então não exaradas ou cujas circunstâncias concediam a primazia de outras. O reconhecimento desta dinâmica é o verdadeiro modelo de legitimidade da constituição e que leva o autor a defender a ideia da *redenção constitucional*.

Quanto a este aspecto, recente questão perpassou o cenário político brasileiro como consequência dos efeitos na sociedade da pandemia decorrente da COVID-19. No entanto, o cenário de discussão ganhou assento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de que a referida instituição reconhecesse determinado estado de vulnerabilidade constitucional que revelava uma desconformidade circunstancial com a Constituição.

A discussão ganhou espaço por meio de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI 6.359; ADI 6371 e ADI 6379, ajuizadas com a finalidade de buscar a declaração da chamada *inconstitucionalidade circunstancial e progressiva*¹⁰¹ de determinadas normas ou conjunto normativo em decorrência dos efeitos potenciais causados pelo estado de calamidade decorrente da pandemia que estava em curso.

Colhe-se das referidas ações que a constitucionalidade questionada decorria das circunstâncias atuais vividas pela sociedade de excepcionalidade, mas que em situação de normalidade não haveria que se falar em qualquer vício de validade. Em outros termos, conforme analisam Alonso Freire, Rodrigo Mudrovitsch, Carlos Eduardo Frazão e Victor Rufino (2020), as circunstâncias pandêmicas ensejaram um aumento nas exigências constitucionais referentes aos direitos individuais e sociais.

Assim, as circunstâncias atuais trouxeram à tona a vulnerabilidade e falibilidade que todo e qualquer desenho constitucional se sujeita. Reconhecer isso é importante passo para durabilidade e legitimidade do projeto político e, em caso de não atuação das outras instituições democráticas, os Tribunais são o fórum por excelência. Perfilhando do entendimento aqui esposado, como também com o marco teórico de Jack Balkin (2011a), concluem:

Pandemias, portanto, podem trazer tempos de dor, mas também de importantes mudanças, tanto em comportamentos pessoais, sociais, sistemas de saúde, em governos e em posturas de órgãos judiciais, especialmente dos Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes, que não podem nem devem ficar alheios ao fenômeno que acabamos de descrever. Em situações de excepcionalidades, tribunais

¹⁰¹ Referidos fenômenos dentro da prática constitucional também são cunhados com outras expressões, a exemplo de *sentenças apelativas*, *declaração de constitucionalidade de lei “ainda” constitucional* ou *declaração de constitucionalidade provisória*. Por meio delas, a decisão restringe-se ao reconhecimento da constitucionalidade, advertindo-se o Poder Público de que mudanças normativas são necessárias no futuro para que não dê ensejo a uma inconstitucionalidade pura. O tomador de decisão faria uma espécie de *apelo ao legislador*. Para tanto, confira: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 2.182; MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9).

como esses não podem ficar sentados na sala de espera da História. É em situações de pressão e em circunstâncias não familiares que essas Cortes têm a chance de aprimorar suas práticas e aptidões, capacitando-as a desafios futuros (FREIRE; MUDROVITSCH; FRAZÃO; RUFINO, 2020).

Note-se, a partir do caso descrito, que a circunstância das gerações atuais terem que lidar com uma pandemia exige do cidadão ou de qualquer estudioso do direito constitucional a compreensão de que um instrumento feito para durar necessita ser sensível às condições atuais em que se encontra. De igual modo, ela reforça a compreensão de que qualquer projeto político ou planejamento constitucional não tem condições de provisionar todas as condições futuras passíveis de ocorrerem, exigindo-se um projeto sempre aberto a novas construções constitucionais.

Registre-se que a noção de construção constitucional traz outra importante reflexão para a constituição e o direito constitucional – e para o objetivo do presente trabalho. Ao ampliar o espectro interpretativo e de desenvolvimento do projeto político-constitucional, as construções rechaçam qualquer modelo estanque de compreensão das finalidades constitucionais. A importância significativa da teoria desenvolvida por Keith Whittington (2001), e apropriada por Jack Balkin (2011a), se dá para demonstrar que a constituição não fica presa e dependente de que uma única instituição estatal diz. A partir dos estudos já descritos, isso se deve sobremaneira às estratégias políticas dos processos de planejamento constitucional que devem ser transferidas e resgatadas pela constituição mesmo após a sua elaboração. E esta seria o modo mais adequado de aferir a legitimidade do sistema institucional.

Além disso, Jack Balkin (2011a, p. 41), afirma que a noção de construções constitucionais permite que toda e qualquer pessoa da comunidade regida pelo documento constitucional estaria também autorizada em decidir o que a constituição significa para si próprio, na ideia do chamado *protestantismo constitucional*. Para tanto, o autor entende que interpreta a constituição aquele que tem fé, e disso que se extrai a legitimidade de tal ato interpretativo. Pessoas diferentes têm compreensões diferentes sobre questões constitucionais. Com efeito, e contrariamente ao que ele afirma ser *catolicismo constitucional*, a constituição não fica confinada ao entendimento de uma única instituição ou pessoa, ela é fruto de processos de disputas dentro da própria comunidade política¹⁰².

¹⁰² Conquanto possa parecer um ideário difícil de concretizar, Jack Balkin (2011a, p. 61), por sua vez se vale de determinadas estruturas políticas – institucionais estatais e não estatais – para que a interpretação de cada pessoa não revele um mero estado mental de discordância. A isso ele dá o nome de *mecanismo de feedback*, a exemplos dos movimentos sociais e dos movimentos e articulações realizadas por meio de partidos políticos. Aos moldes do defendido por Barry Friedman (2009), o autor também entende que a opinião pública tem forte atuação na persuasão dos demais agentes e instituições e constitui adequado veículo de narrativas constitucionais redentivas.

A esse respeito, a concepção de legitimidade por Jack Balkin (2011a, p. 44 – tradução nossa) se assenta sobre o papel da fé e das narrativas no sistema político. Isso porque, as pessoas necessitam da fé e das narrativas que formam a história coletiva de um povo para que possam realizar os seus julgamentos. Portanto, a legitimidade não se relaciona com um julgamento estanque, temporalmente fixado, mas sobre a dinâmica do sistema constitucional que se volta ao passado e em direção ao futuro, de forma que a legitimidade “[...] repousa em parte na fé no futuro e em uma história sobre o passado que o conecta ao presente”¹⁰³.

Desse modo, exige-se uma atitude de anexação ao sistema constitucional e uma demanda da comunidade política de sentirem-se parte do projeto político, narrando suas histórias para persuadir os demais membros. Sobretudo, exige-se a crença na possibilidade de progresso e redenção pelo tempo, uma vez que o sistema está continuamente mudando e os membros da comunidade política necessitam de mecanismos de crítica ao entendimento dominante, que poderá ocorrer tanto em cenários informais quanto no contexto do controle judicial de constitucionalidade (BALKIN, 2011a, p. 45).

Em face das construções teóricas e práticas desenvolvidas por Jack Balkin (2011a), tem-se que a legitimidade do sistema constitucional e das estruturas por ele criadas se dá como um *continuum* no qual passado e futuro se relacionam para apresentar uma conexão com o presente. Este contínuo movimento se dá não apenas pela falibilidade e vulnerabilidade do planejamento constitucional, mas do fato que a constituição é legítima porque veicula um conjunto de narrativas de um povo, que os liga enquanto sujeito coletivo, e faz se anexarem ao desenvolvimento do empreendimento político ante as promessas que projeto lhes dá – *narrativas constitucionais*.

A legitimidade é extraída pela fé no planejamento constitucional, este compreendido tanto no ato de elaboração quanto na própria prática do documento elaborado, que, como quer que se entenda, é um documento falho, imperfeito e vulnerável, seja pelas circunstâncias de sua origem ou em razão dos compromissos que foram necessários para sua elaboração. A legitimidade seria um constante e pendular processo de resgate e esperança de progresso a ser construído, no qual nos colocamos ao lado da constituição e a defendemos contra a utilização indevida.

A constituição-na-prática é pressuposto essencial para garantia da legitimidade do sistema e para a adequada compreensão das formas de lidar com incertezas. Esta consideração faz surgir a importância da falibilidade do planejamento constitucional, mas, essencialmente,

¹⁰³ No original: “Legitimacy rests in part on faith in the future and a story about the past that connects it to the present”.

como meio para que os compromissos e as narrativas constitucionais sejam resgatados pela história e no próprio desenvolvimento do projeto constitucional.

Com efeito, como visto, não se defende que o futuro substitua em integralidade o passado, mas que o futuro realize a promessa de um passado imperfeito e limitado. Guia-se as narrativas passadas para que o curso atual seja aperfeiçoado ou guiado para perto daquilo que representaria a anexação das atuais gerações a estas promessas.

A legitimidade é a possibilidade de mover a constituição para perto daquilo que se acredita, ou ter fé que ela mudará no futuro. Legitimidade, fé e, principalmente, a redenção, são importantes para a adequada compreensão do desenvolvimento de Jack Balkin (2011a). Pode-se afirmar que seriam concepções irmãs, mas é inegável que a ideia de redenção constitucional ganha destacada importância nos estudos do autor sobre a constituição e a constituição-na-prática. A constituição é um projeto inacabado e, ao mesmo tempo, intergeracional; é um trabalho em construção, imperfeito e ameaçado, porém, direcionado para a sua melhora constante, que, assim, como o documento em si, também é um ato imperfeito e sujeito a falhas e erros, mas que, por sua vez não desvia e nem pode desviar do ponto principal do projeto. Em outras palavras, a falibilidade da continuação do planejamento não geraria a liberdade do povo de se abster de participar e anexarem ao projeto (BALKIN, 2011b).

Exatamente neste tocante que incide a ideia de *redenção constitucional* ou de *constitucionalismo redentivo*. É uma reivindicação para realizar construções e resgatar compromissos e promessas passadas ainda não cumpridas dentro deste empreendimento constitucional. A ideia de redenção, chama atenção Jack Balkin (2011b, p. 75) vai além da simples questão de adaptação da constituição às atuais gerações ou às mudanças: “O constitucionalismo redentivo significa enfrentar os desafios das mudanças nas condições, de maneira que busquem cumprir as promessas e compromissos do plano, em vez de abandoná-los diante de dificuldades e tentações”¹⁰⁴.

É dizer, as incertezas, as omissões suscitadas pela falibilidade do planejamento constitucional são uma convocação para uma narrativa redentiva, de progresso; um salto de fé na redenção do projeto constitucional pela história. Não implica tão somente em reconhecer que partes do projeto merecem ser descartadas em prol de outras. Há como se adaptar a mudanças das gerações atuais sem que se renuncie ao planejamento constitucional. Ao revés,

¹⁰⁴ No original: “Redemptive constitutionalism means meeting the challenges of changing conditions in ways that seek to further the promises and commitments of the plan rather than abandon them in the face of difficulties and temptations.”

deve-se pensar em formas de enfrentar e *replanejar*, resgatando as promessas passadas ainda não cumpridas.

O ideal da redenção constitucional reconhece a falibilidade e vulnerabilidade do que o futuro pode trazer, sobretudo quanto à possibilidade de que os valores e expectativas colocadas no projeto político possam ser objeto de reformulações constantes. A postura redentiva é, portanto, libertadora¹⁰⁵, pois cada geração saberá o que é melhor para si própria e lutará por isso, de modo que as próprias tradições e expectativas se desenvolverão de forma não previstas (BALKIN, 2011b, p. 76).

A esse respeito, segundo Jack Balkin (2011b, p. 60), a adequada compreensão de constituição que considere posturas redentivas é aquela que entende a constituição como “nossa lei”. Isto é, o povo deve se identificar e se conectar ao projeto constitucional, sentindo-se parte dele no sentido de lutar para que as promessas e os compromissos sejam cumpridos no tempo. Com isso, forma-se um processo de identidade coletiva – fruto de um conjunto de narrativas constitucionais – entre as gerações passadas e as vindouras.

Registre-se o alerta de que não se trata de um processo uniforme e livre de tumultos, ou, até mesmo, retrocessos. Isso porque, ao considerar a formação da cultura constitucional por várias tramas narrativas a constituição vive em estado de desarmonia e vulnerabilidade, e em permanente contexto de disputa sobre a narrativa mais adequada. Cada narrativa cria uma forma específica de identificação que, como tal, gera a possibilidade de discordância de debates sobre qual imaginário deve ser objeto de redenção.

Ocorre que, citadas discordâncias são da essência do ideário democrático que, em nível de sistema, pugna pela defesa dos direitos de liberdade e da autodeterminação política da entidade e, em consequência, do cidadão. O que a postura redentiva defende é que, conquanto existam pontos de vistas muitos diferentes, existe algo que possa ou que valha a pena de ser resgatado – ou digno de respeito –, porque nos liga enquanto um povo. A redenção constitucional não é algo automático ou que ocorre de pleno de direito quando alguém ou um grupo se identifica com a constituição. A redenção é um salto de fé e, pois, algo pelo qual deve ser lutado. Trata-se de uma postura afirmativa em prol das promessas passadas e da esperança no futuro que o povo e as instituições devem empenhar para conseguir, em que pese muitas vezes falhe. A redenção começaria quando as coisas falham, de modo que o ponto inicial para

¹⁰⁵ Nesse sentido, afirma Jack Balkin (2011b, p. 76 – tradução livre): “Em um constitucionalismo redentivo, a Constituição - ou mais corretamente, nossa ideia dela - é tanto um estímulo quanto um guia”. No original: “In a redemptive constitutionalism, the Constitution—or more correctly, our idea of it—is both a goad and a guide.”

ela é considerar que a realidade no qual vive a constituição é constantemente ameaçada ou comprometida.

Em vista do exposto, embora os elaboradores do texto constitucional sejam notáveis conhecedores das questões políticas que complexificam a sociedade a ser gerida por um documento constitucional escrito, sempre haverá espaços que permanecerão sem o devido tratamento expreso ou direto. Compreendendo-se, então, que a principal dificuldade do empreendimento de elaboração constitucional está nas opções para articular ou coordenar a sociedade, tem-se que a constituição nada mais é que um conjunto de narrativas de uma entidade política específica.

A história ou um narrador quando narra algo expressa uma reunião ordenada/articulada de múltiplas situações. E, a constituição, como documento que explicita a história constitucional intergeracional de um povo, nada mais é que um conjunto de narrativas díspares reais ou imaginadas do passado da entidade política reunidas em um único documento escrito. Nenhuma história consegue reunir todas as narrativas. Com efeito, a constituição não consegue tratar de todos os problemas; ela é um empreendimento falho, em cuja vulnerabilidade é o meio para novos imaginários, novas formas de vida ou a narrativa do mesmo evento com “outra realidade”, redentivas.

3.3. Conclusão: Constitucionalismo da libertação

O presente capítulo, visou apresentar uma concepção de constituição que considerasse as perspectivas reais que perpassam a presente pesquisa. Para tanto, e com fundamento da ideia de redenção constitucional de Jack Balkin (2011a), fixou-se que a constituição é uma estrutura para a política-em-movimento e, assim, para desenvolvimento do projeto político de um povo. Nada obstante, ante o momento que, em regra, constituições são elaboradas, o povo consente com elas segundo uma predestinação a um novo começo, que os liberta do passado.

Ademais, por se revelar enquanto um conjunto de narrativas de um povo, impossível que a constituição consiga acomodar e articular todas as histórias. Seguindo-se, então, o capítulo passado, o referencial teórico aqui adotado concorda com o pressuposto inevitável de que o ato de elaboração constitucional/institucional é um empreendimento que deve lidar com incertezas, reduzir os riscos, mas, principalmente, reconhecer que não representa a única história daquele povo, isto é, que é falho. E, igualmente, se isso perpassa o processo de elaboração do texto, por óbvio continuará no tempo, no momento de aplicação do texto constitucional ou da coordenação concreta entre governo e cidadãos.

Tem-se, que a incerteza do futuro é fonte para a própria durabilidade da constituição e legitimidade ao longo do tempo, uma vez que permite que construções constitucionais sejam realizadas pelas gerações futuras em decorrência de circunstâncias específicas. Estas construções nada mais são que processo de planejamento e *replanejamento* constitucional/institucional, cuja confiança na sua realização decorre da fé no projeto constitucional.

Em assim sendo, por mais que instituições sejam escolhidas para reduzir os riscos da incerteza do futuro, a durabilidade do sistema constitucional e a sua contínua legitimidade vai depender da forma como se lida com as vulnerabilidades. E, seguindo-se as conclusões descritas, as vulnerabilidades constitucionais são expressão da sua natureza de lidar com a política-em-movimento, de forma que as eventuais lacunas existentes no projeto são uma possibilidade de construções constitucionais e, assim, desenvolvimento constitucional.

Em consequência, a adequada compreensão de constituição é aquela que permite o seu contínuo desenvolvimento, com novas práticas, posturas decisórias e com a constante *releitura* do papel e da atuação das instituições que formam a tessitura constitucional. Portanto, a estrutura institucional deve ser reconfigurada para que as questões de governo e os problemas constitucionais, planejados sobre determinada estrutura, consigam se legitimar perante as circunstâncias atuais, libertando-se ou não de práticas passadas que desconsideram as conquistas e os compromissos passados.

A constituição deve ser concebida sob uma perspectiva redentiva, isto é, de resgate de compromissos passados não satisfeitos, a fim de cumpri-lo dentro das conjunturas atuais ou próximo delas. A constituição como uma forma de política por outros meios expressa um tipo de estratégia que é necessária à realização do empreendimento, mas que, em realidade, são compromissos imperfeitos realizados com agentes políticos do momento; ou, mesmo, processos de não-tomada de decisão sobre uma dada questão, para ser tratada no futuro.

A vulnerabilidade constitucional seria algo essencial para adequada compreensão da constituição e entendimento de que o documento sempre está em disputa ou se apresenta diferentemente a outras pessoas, com narrativas e histórias diferentes. Sobretudo, ela é importante para as construções constitucionais a serem realizadas por diversas instituições, principalmente, mas não exclusivamente, pelo Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, pela sociedade.

A redenção pela constituição, portanto, explicita-se em *processo de libertação* contínuo que a história constitucional concede ao povo, como meio de ele pode se anexar ao projeto e desenvolvê-lo, com outras narrativas. As gerações atuais não são escravas das passadas e muito

menos escravas do medo da incerteza. Pela possibilidade de resgate das promessas passadas o presente pode se libertar das amarras do passado e seguir-se dentro de um novo planejamento que, embora desenvolvimento sobre a estrutura do projeto original conclama a novas construções constitucionais por meio de suas instituições, sejam elas estatais ou não. Pelo reconhecimento da falibilidade e vulnerabilidade deste projeto, ele sempre será possível de ser desenvolvido por todos.

4. REDENÇÃO, PLANEJAMENTO CONSTITUCIONAL E O PODER JUDICIÁRIO: O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Em vista do já analisado no presente trabalho nas seções passadas duas conclusões parciais podem ser realizadas. A primeira diz respeito à importância do Poder Judiciário, sobretudo, das instituições de controle ou revisão constitucional dos atos do poder público, como importante instituição democrática. Como uma típica instituição de resolução de problemas ou questões constitucionais, a revisão judicial figura como personagem essencial ao planejamento constitucional. É dizer, por meio dos estudos descritos, não há como se falar em constituições ou instituições sem que o controle judicial de constitucionalidade represente ponto central da estrutura institucional. Tampouco pode-se negar que os desenhos institucionais escolhidos envolvem a sensibilidade a diversas questões decorrentes da realidade de cada entidade política e, assim, representam uma reconfiguração do tratamento de questões constitucionais.

A segunda conclusão, a seu turno, decorre do reconhecimento de importante questão dos atos de planejamento ou elaboração da constituição: a sua falibilidade ou vulnerabilidade. Isso porque, conquanto exista toda uma estrutura institucional constituidora da entidade, muitas questões são deixadas de lado, seja por incapacidade do imaginário dos elaboradores ou porque os próprios *designers* entenderam por não decidir sobre aquela questão, reservando-se a confiança nas gerações vindouras de que o projeto constitucional seria mais bem desenvolvido sob as circunstâncias deles. Assim, embora exista todo um conjunto de práticas e instituições legítimas ou legitimadas a acomodar a política-em-movimento, sempre haverá um espaço de planejamento futuro, ou mesmo de replanejamento. Logo, a incerteza perpassa a vivência constitucional, de modo que nem toda omissão ou ausência de provisionamento normativo implica algo contra a constituição, eis que, como visto, existem omissões constitucionais, fruto de escolhas ou não dos elaboradores.

Para os limites do presente trabalho, observa-se que funcionou como instituição central de conformadora da política-em-movimento o Poder Judiciário, especificamente, a instituição da revisão judicial ou do controle judicial de constitucionalidade. As seções antecedentes serviram de base prática e teórica não apenas para explicitar a relação – muitas vezes negada ou lida com perspectivas ideais – entre a importância do Poder Judiciário, na conformação constitucional aqui desenvolvida de um dos pilares do sistema democrático, e o próprio desenvolvimento da constituição.

No entanto, a presente seção maneja a discussão para a prática constitucional no âmbito do Brasil, que, por questões metodológicas, foram recortadas para a análise da omissão inconstitucional. Não se desconhece, todavia, que a estrutura constitucional brasileira embora pródiga na quantidade de disposições normativas, também tenha optado por processos de não-tomada de decisão, de modo que eventuais silêncios normativos também devem ser considerados como meio para desenvolvimento do projeto constitucional no futuro.

Resgata-se, portanto, a questão da *legitimidade intergeracional* ou a legitimidade das mudanças futuras. Isso porque, nos termos do projeto redentivo que fundamenta as bases desta pesquisa, há sempre espaço para que as expectativas ou mesmo os valores apostos ao projeto constitucional inicial possam – e devam ser – objeto de reformulações constantes. Aqui, citadas reformulações são tratadas como planejamento, uma vez que o processo de desenho constitucional envolve a opção por instituições que, ao mesmo tempo em que exercem seu poder constitucional ampliam as próprias estruturas e o próprio campo de desenvolvimento do sistema democrático. Portanto, o objetivo da presente seção é compreender o planejamento constitucional após o ato inaugural. Dito de outro modo, objetiva-se analisar a legitimidade intergeracional por meio de decisões judiciais específicas que enfrentam a vulnerabilidade constitucional.

Estas questões não ficam de fora dos estudos de Jack Balkin (2011b), ao analisar a legitimidade das mudanças constitucionais e o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos em tal fim. Para tanto, são desenvolvidas construções teóricas relacionadas não apenas quanto às narrativas que formam a história constitucional, mas sobre a própria interpretação e construção constitucional, ou, nas palavras do autor, da constituição-na-prática. No cenário da teoria da interpretação constitucional norte-americano o fenômeno é cunhado como “constitucionalismo vivo” – *living constitutionalism*.

Segundo Jack Balkin (2011b), em que pese muitas vezes as interpretações constitucionais se expressarem como uma forma de atualização do texto constitucional e sensibilidade às mudanças na sociedade, referidas mudança ocorrem sobre a estrutura do significado original. Em outras palavras, a preocupação básica do constitucionalismo vivo é a construção constitucional, qual seja, implementar e aplicar a constituição na prática e construir instituições e doutrinas para concretizar princípios, decidir casos e fazer com que o sistema constitucional funcione na prática. Desse modo, embora ela se apresente como uma teoria da interpretação constitucional não implica dizer que ela é uma concepção sobre como os juízes devem decidir, mas sobre o desenvolvimento do projeto político como um todo.

O processo de mudança constitucional seria o principal objeto das construções constitucionais e, pois, da “constituição viva” – *living constitution*. Elas ocorrem por conta na mudança das e nas narrativas constitucionais – cultura constitucional –, na medida em que a estrutura política como um todo acredita que a constituição deve ter outro significado e fazem reivindicações para a referida compreensão. Mudanças também podem ocorrer por questões estatais em si, como a mudança do governo nacional, na composição das instituições oficiais, principalmente, do Poder Judiciário (BALKIN, 2011b, p. 320)

A expressão – *living constitution* – compara a Constituição a um organismo vivo, crescendo e mudando em reação ao ambiente, constituindo, assim, processo de mudança que envolve amplas forças sociais, políticas e econômicas. Isto é, constitui um processo que deve ser analisado no contexto em que a *constituição-na-prática* está e, pois, o envolvimento de todos os vários atores do sistema constitucional e suas reações/respostas às mudanças sociopolíticas (BALKIN, 2011b, p. 278).

A constituição viva envolve mudança institucional e no próprio planejamento constitucional. Trata-se, então, de uma teoria endereçada para todos os cidadãos que desejam saber como a constituição-na-prática se altera por meio das construções constitucionais e porque esses processos de mudança constitucional são democraticamente legítimos.

Segundo Jack Balkin (2011b), quando os juízes atuam eles estão apenas respondendo/reagindo às mudanças, por isso que não se deve focar nos juízes, mas na constituição e a estrutura política que ela cria. Seria inútil focar nos juízes e suas eventuais reações às mudanças, porque isso ocorre de modo diverso e em específico para cada pessoa e em cada momento.

Muito embora as pessoas associem em termos gerais o constitucionalismo vivo com decisões judicial, os outros Poderes e atores políticos, na verdade, são os que mais produzem ele. Muito do que juízes e tribunais fazem no desenvolvimento constitucional apenas reage ou responde a essas construções constitucionais políticas (FRIEDMAN, 2009). Tais instituições judiciais criam novas doutrinas nesse caminho de desenvolvimento, racionalizando, suplementando e legitimando o que as instituições oficiais políticas fazem.

Para que o estudo de tal concepção seja útil, deve-se focar em: i) interpretação constitucional como construção (construções constitucionais); ii) precisa explicar como construções constitucionais ocorrem em reação às políticas constitucionais; iii) não deve ser uma teoria de como juízes específicos devem decidir casos específicos, mas uma explicação da atuação do papel dos juízes e da revisão judicial no contexto dos processos de construções constitucionais; iv) não deve ser uma teoria sobre como decisões individuais são consistentes

ou não com o papel do Judiciário, mas como todo o sistema de construções constitucionais é consistente com a legitimidade democrática (BALKIN, 2011b, p. 282). A noção de construções constitucionais constitui ponto importante para a compreensão da legitimidade das alterações e para a possibilidade de planejamento constitucional por meio de decisão judicial.

Com efeito, mesmo que em constituições escritas, com provisionamento explícito de normas, a referência a princípios ou ao próprio texto constitucional constitui apenas uma forma de colocar as bases interpretativas sobre a estrutura do projeto político; sobre a estrutura institucional elaborada pela entidade política, que está em contínuo desenvolvimento. A ideia ou o projeto inicial da constituição é apenas a estrutura ou grade por meio da qual se assenta e se desenvolve todo o sistema institucional¹⁰⁶.

O reconhecimento por Jack Balkin (2011b) de que a interpretação deve ser um processo precipuamente como uma construção se deve à constatação pelo autor de que a *constituição-na-prática* é obra de vários atores políticos que se interagem mutuamente, ou seja, o processo de construção do significado da constituição se opera por meio da política em sentido amplo. Assim, ao se falar em interpretação da constituição, embora se afirme ser um processo de apresentar o seu significado para as atuais gerações em relação a uma questão específica, ela é, na verdade um ato de construção contemporâneo e continuidade do projeto político das gerações passadas. São, assim, *construções constitucionais*.

Ademais, extrai-se das análises de Jack Balkin (2011b), duas situações que as construções constitucionais são necessárias: i) quando os termos da Constituição são vagos ou silentes sobre uma dada questão, de modo que doutrinas precisam ser desenvolvidas ou leis precisam ser criadas para fazer as palavras concretas ou preencher lacunas, e; ii) quando precisamos criar normas ou instituições para cumprir/satisfazer propósitos constitucionais. Ambas as práticas são o trabalho do *living constitutionalism*, que, por sua vez, não são incompatíveis com o projeto original. Planejar ou replanejar faz parte da constituição-na-prática, e, como tal, é uma questão aberta ao futuro e decorrente da opção política no planejamento (HIRSCHL, 2013).

¹⁰⁶ Jack Balkin (2011a) cunha o termo de *framework originalism*. A concepção original da constituição é fixar a estrutura institucional básica e inicial para a entidade que fornece a fundação para as construções constitucionais e, assim, o desenvolvimento do projeto ao longo do tempo. Fé no projeto é a confiança de que as gerações futuras desenvolverão este projeto. A fidelidade ao texto se expressaria dessa forma e não um olhar ideal – idólatra – do documento. Nesse sentido, a melhor concepção interpretativa é aquela que entende o empreendimento interpretativo também como um projeto em construção e, assim, permeado de falhas e vulnerabilidades. O *framework originalism*, então, se operaria por meio de uma interpretação-como-construção, de modo a permitir e empoderar os atores políticos contemporâneos a interpretarem a Constituição, porque ela é a “nossa Lei”.

Vale asseverar, nesse tocante, importante observação de Jack Balkin (2011b, p. 318-319) sobre as construções constitucionais e o seu local de atuação. Para o autor, considerando o amplo espaço de realização de construções constitucionais, muitas vezes elas ocupam o mesmo espaço e tempo político de uma emenda constitucional, o que pode levar, às vezes, a substituição de um processo pelo outro. No entanto, no sistema constitucional, considerando a quantidade de caminhos para mudanças, emendas constitucionais e construções não são a mesma coisa e o que cada um pode alcançar na prática nem sempre gera a sobreposição ao outro. É que muitas vezes determinadas questões não conseguem ser alcançadas facilmente por meio de construções - mormente diante da possibilidade de elas serem menos duráveis que as emendas -, necessitando de emendas constitucionais.

Nesse sentido, os juízes e Tribunais – sobretudo a Suprema Corte dos Estados Unidos – é um legítimo ator político – *player* – e não simplesmente uma instituição que tão somente espelha ou reflete a opinião popular ou a coalização política do momento (BALKIN, 2011b, p. 321). As construções constitucionais realizadas pelo Poder Judiciário são legítimas e democráticas, sendo coerente com os estudos de Tom Ginsburg (2003) da importância do controle constitucional feito por instituições judiciais.

Juízes e tribunais conseguem manter-se distantes das tendências políticas de curto prazo, de modo que não há como se fazer uma relação direta que as influências que os atingem e atingem a população em geral farão com que suas decisões sejam reflexos dos desejos do público, do Presidente da República ou do Congresso. O mesmo, no entanto, não se pode dizer das tendências políticas de longo prazo – relacionadas com o sistema político como um todo e, pois, com mais força para a manutenção da legitimidade democráticas -, porquanto as práticas das diversas instituições e a interação mútua em longo prazo acaba influenciando com mais força não apenas o Poder Judiciários e demais instituições oficiais, mas outros atores, que também são protagonistas políticos. Os Tribunais, então, influenciam nos desafios políticos futuros. Eles podem mudar o direito também, que, por seu turno, minam certas estratégias políticas, ao mesmo tempo em que abre novas possibilidades para outras. Eles afetam o entendimento do povo do que é politicamente possível e legítimo (BALKIN, 2011b, p. 327).

Desse modo, a ideia de construções constitucionais para assentar a legitimidade dos planejamentos constitucionais feito por instituições judiciais se assemelha ao desenvolvido por Charles L. Black Jr. (1960) quanto à postura afirmativa da Suprema Corte. Conforme visto, a instituição da revisão judicial tem sua legitimidade concedida e aferida por meio do longo desenvolvimento na história. De efeito, além dos atos de controle, certos casos atribuíram ao Tribunal o próprio caminho para concessão da legitimidade. Em outras palavras, o ato seria

legítimo porque a Corte assim se manifestou. Ao lado da *revisão* judicial há também a *visão* judicial, que, aos moldes das construções desenvolvidas neste trabalho significam a possibilidade de *replanejamento* e planejamento constitucional por meio de decisão judicial.

As construções constitucionais realizadas por juízes e tribunais são essenciais para lidar com as incertezas e vulnerabilidades da constituição. Segundo Jack Balkin (2011b, p. 300-301), o planejamento constitucional originário já atribui ao Poder Judiciário toda uma estrutura administrativa e de competências, que, por si só, já representam uma importante construção constitucional. A construção mais importante desta instituição, no entanto, seria a legitimação e racionalização do trabalho das construções derivadas, de modo amplo, do processo político nacional.

Embora quase sempre se dê maior ênfase à atuação negativa do Poder Judiciário em relação aos atos do Poder Público – dimensão contramajoritária ou de *revisão* -, as construções constitucionais dos juízes e tribunais seriam quase sempre mais cooperativas do que competitivas. Elas representariam a *visão judicial* sobre a temática que, além de controlar também cria novas doutrinas e posturas, que, por sua vez, guiam as futuras decisões. Segundo determinadas decisões analisadas por Jack Balkin (2011b, p. 304), a postura poderá no sentido de derrubar normas que refletem valores antigos – inclusive no intuito de cooperar com a coalização contemporânea -, como também assumir a responsabilidade por decidir em questões que os outros cenários políticos silenciaram ou não conseguem decidir.

As construções constitucionais são formas de planejamento constitucional. São, pois, atos que fomentam e abrem espaço para desenvolvimento do empreendimento constitucional, revestindo-se, também, em práticas que criam instituições, doutrinas e normas visando a implementação dos compromissos constitucionais. Nesse sentido, os processos de *replanejamento* constitucional após o ato original de elaboração dele implicam uma adesão a narrativas redentivas. Igualmente, reveste-se em reivindicação para realizar construções para enfrentar os desafios das mudanças nas condições.

A esse respeito, Jack Balkin (2011b, p. 305), insere e reconhece em seus estudos a possibilidade de “revoluções constitucionais”, que nada mais são do que revoluções em construções constitucionais. As revoluções seriam mudanças nas expectativas sobre o que significam as provisões constitucionais e como elas provavelmente devem ser aplicadas. Elas mudam o tipo do pensamento constitucional, aquilo que é razoável ou irrazoável – *off-the-wall* e *on-the-wall* – e são mudanças induzidas pelo trabalho contemporâneo dos poderes políticos e das mobilizações sociais.

Em contextos de revolução constitucional, tribunais também se envolvem e cooperam com os Poderes nacionais, mas, em sua maioria, apenas reagem às mudanças na coalizão política e nos valores políticos dominantes. Nesse contexto, juízes e tribunais – principalmente a Suprema Corte – tendem a ressignificar precedentes e decisões passadas, voltando-se para a dimensão mais geral dos princípios que formam a estrutura do projeto político para legitimar as mudanças atuais com base nos compromissos passados, continuando com ele, mesmo que as construções novas mudem consideravelmente (BALKIN, 2011b, p. 306-307). Quando os cidadãos discutem sobre a autoridade dos juízes para decidir, qual o sentido do texto, entre outros assuntos, está tentando influenciar os demais cidadãos, bem como os juízes

A constituição nunca estará perfeita ou será perfeita para todos. Ao menos para parte da população a constituição pode não lhes garantir aquilo que promete. Haveria uma dimensão contramajoritária também decorrente da própria constituição, ou, conforma defende Jack Balkin (2011a, p. 48), um “acordo com o inferno”. Daí, pois, resgatarmos sempre a ideia de salto fé como meio para aferição e manutenção da legitimidade constitucional.

Ao ser elaborada e estruturada sobre instituições a constituição ganha vida própria e se desenvolve conforme a estrutura lhe empodera ou liberta. Estes atos de desenvolvimento, as construções constitucionais, podem encaminhar posturas consideradas injustas por parte da população da entidade política. Além disso, no processo de planejamento existem outras forças políticas que pesam nas escolhas constitucionais as quais o povo não entende, ou trata ainda sob um ponto de vista romântico ou idealizado de algo desprendido da realidade política. Mas, a narrativa redentiva desamarra a constituição de tais âncoras, conclamando a lutar pela constituição de modo otimista, porque a narrativa – majoritária – é uma dentro de várias e, como tal, não tem condições de apresentar uma história única. É dizer, as coisas ficarão melhores no futuro.

Com efeito, segundo Jack Balkin (2011a; 2011b) as construções constitucionais ocorrem permanentemente e geram mudanças constitucionais observadas ao mesmo tempo nos tribunais, nas esferas públicas e nos ramos políticos. Tribunais são sensíveis e, como tal, atuam como mecanismo para construções constitucionais e, pois, para *replanejamento* constitucional. Logo, reforça-se a ideia de que é insuficiente para uma adequada reflexão sobre o controle judicial de constitucionalidade de que haveria contra ela uma dificuldade contramajoritária. Isso porque, enquanto a reivindicação das minorias não ganharem força e consideração no espaço público a partir de movimentos sociais e políticos, não receberá a devida atenção ou sensibilidade por parte dele.

A participação popular efetiva e as posturas partidárias impulsionam o desenvolvimento de novas doutrinas ou práticas política – sejam judiciais ou não. Estas, a seu turno, moldam e guiam a direção dos movimentos sociais e do ativismo político, mediante a modelagem da consciência popular e alocando esforços em agendas sociais possíveis de terem consideração no debate público. Abre-se caminhos para novas oportunidades de anexação e reivindicação constitucional, gerando-se reações e contrarreações que tentam disciplinar os tribunais, como também mudar a sua própria direção. A Política constitucional - as narrativas constitucionais – influenciam os tribunais e estes influenciam a política constitucional, tanto pelo que eles fazem quanto pelo que eles não fazem (BALKIN, 2011b).

Em vista do exposto, conquanto a presente pesquisa se centre sobre o papel do poder judiciário nas construções constitucionais e, assim, no planejamento constitucional, nem toda ação que ocorre nos tribunais afeta a formação da cultura constitucional (BALKIN, 2011b). A bem da verdade, atualmente, os tribunais têm importante influência sobre a opinião pública, mas ela não reage sem do modo esperado. Assim, entende-se da importância do planejamento constitucional por decisão judicial em razão de que são decisões que reformulam o terreno da estrutura institucional política como um todo. O significado política ganha e desenvolve outras concepções, que, por sua vez criam oportunidades para empreendedores públicos resgatarem suas próprias narrativas, sejam aqueles que aderem ou se opõem.

Para Jack Balkin (2011b), ainda que o processo de construção constitucional possa ser realizado por todas as instituições – estatais e não estatais – a importância dos tribunais em tais empreendimentos se dá em razão da responsividade democrática que eles apresentam. Juízes tenderiam a refletir uma postura conservadora das elites ou da coalização política dominante e isso fomentaria a criação de novas majorias para influenciarem a indicação de outros juízes. Além disso, cria-se mais uma possibilidade de veto realizado por pessoas com formação e pensamento diferentes. Este modelo produziria um sistema de interpretação judicial que é responsivo à democracia política a longo prazo, mas não diretamente controlado a curto prazo. Preserva a autonomia relativa do direito constitucional da política cotidiana, ao mesmo tempo que reage a ela.

Juízes, assim como os advogados, traduziriam a política em direito constitucional, isto é, respondem à cultura política e constitucional de seu tempo. Isso porque decisões carregam ideias, valores e compromissos do domínio da política para o reino do direito (BALKIN, 2011b). Os operadores do direito, sobretudo, advogados e juízes são grandes tradutores da vida política, coletando histórias. Processo no qual, semelhante às narrativas subjacentes ao desenho constitucional, constituem um imaginário ou a criação de uma ficção pela narrativa realizada

pelo arguente ou pelo decisor para justificar a sua decisão, conforme defende Lewis H. LaRue (1995).

Os processos redentivos aqui defendidos exercem uma função primordial neste processo de narração ou decisão sobre a constituição. O passado também implica uma narrativa em disputa, uma vez que narrada enquanto imaginário (BALKIN, 2011a; SCHEPPELE, 2008) ou ficção (LARUE, 1995). De efeito, em uma democracia o desacordo político é um fato da vida da entidade política, de forma que o passado fornece um estoque comum de recursos intelectuais, valores e compromissos que as pessoas, com diferentes cosmovisões de mundo, podem recorrer para poderem decidir como avançar e desenvolver o projeto político. O passado importa ao preservar a comunidade e a própria legitimidade, como um conjunto de práticas ou narrativas comuns assumidas pela entidade.

Haverá desacordo de como realizar essa tradução, constatando-se mais um reflexo da vulnerabilidade constitucional. Mas isso não afeta a legitimidade dessa dinâmica. A construção constitucional assegura a legitimidade democrática. Por meio do direito - e não da política -, trabalhando em conjunto e oposição uns com os outros, sucessivas gerações de advogados e juízes inevitavelmente traduzem mudanças na política constitucional em direito constitucional. Isso ocorre por conta das mudanças de juízes – e, assim, novas leituras -, como também em decorrência das influências e moldes determinados pela cultura constitucional (BALKIN, 2011b).

Logo, o processo de tradução oferecido pelos juízes nada mais é do que um processo de replanejamento ou, mesmo, de planejamento constitucional, por meio das construções constitucionais. Da mesma forma que as construções – e o planejamento – são essenciais à legitimidade da mudança em si, ela permite que os próprios juízes sejam legitimados por ela. O contínuo ato de planejamento-replanejamento serve para a legitimidade da instituição e para que a prática seja legitimada porque uma instituição legítima a está realizando, o que Charles L. Black Jr. (1960), chama de caráter *afirmativo* da revisão judicial.

Em entendimento semelhante a partir das análises extraídas da atuação judicial sobre direitos econômicos e sociais no contexto da África do Sul, Katharine C. Young (2010), desenvolve importante construção acerca das posturas transformativas que podem ocorrer por meio das constituições. São posturas que tocam ao mesmo tempo em que reforçam a concepção redentiva de constituição e o papel dos documentos constitucionais de realizar a política por outros meios. Tendo-se referencial teórico o experimentalismo ou a governança experimentalista, Katharine Young (2010) desenvolve uma reflexão sobre o escrutínio judicial de direito econômicos e sociais e as consequências deste para os arranjos públicos existentes.

Com efeito, por meio do referencial experimentalista adotado, tem-se a compreensão de novos recursos na sociedade e de que atores particulares também são partes interessadas e merecem consideração no discurso público. Nesse sentido, juízes e tribunais – sobretudo, Tribunais ou Cortes Constitucionais – seriam supervisores das formas de resolução destes problemas de coordenação, de forma que o papel deles deriva de uma concepção específica decorrente de uma série de questões contextuais institucionais decorrentes da capacidade de resposta da instituição ao problema. Na medida que os direitos variam em grau de efetivação e há uma variedade institucional para a sua articulação e coordenação, a aplicação dos direitos econômicos e sociais também têm variações concretas (YOUNG, 2010).¹⁰⁷

A primeira problemática enfrentada por Young (2010), diz respeito à legitimidade da instituição da revisão judicial como meio de sindicabilidade de direitos sociais e econômicos. Considerando o cenário da África do Sul, afirma a autora que, conquanto oponíveis à revisão judicial a tradicionais obsessões normativas, o desenho constitucional da referida entidade expressa uma cultura constitucional que atribui ao Poder Judiciário, explicitamente, a aplicação dos referidos direitos e controle da razoabilidade dos atos governamentais a partir da previsão expressa da atribuição de “guardião da Constituição”¹⁰⁸.

Perfilhando do entendimento adotada neste trabalho, Katharine Young (2010) considera que o processo de escrutínio judicial em matéria de direitos constitucionais envolve a atuação e influência mútua de várias relações que orbitam os processos de aplicação, de forma que para avaliar a aplicação ou execução forçada por decisões judiciais há que superar a concepção ambivalente de escrutínio judicial. Ou seja, embora o sistema possa centralizar o protagonismo de certas medidas no Poder Judiciário o papel não pode ser reduzido unicamente a considerações ambivalentes de controle judicial. Isso porque o contexto decisório revela contingências específicas que influenciam o processo de decisão, levando-se a autora a identificar várias outras tipologias de revisão judicial, segundo a *performance* do Tribunal da aplicação dos direitos econômicos e sociais.

¹⁰⁷ Os estudos de Young (2010) são divididos em duas principais partes, reservando-se a primeira delas para a constituição ou criação de direito por execução forçada derivadas de decisões judiciais. A segunda parte dos estudos se assentam na criação de direitos a partir da contestação sociais e adesão dela pelo discurso pública. No presente tópico, fixar-se-á na primeira parte, sem prejuízo de interlocuções com a segunda parte.

¹⁰⁸ Frise-se que igual provisão existe na Constituição do Brasil de 1988, a teor do artigo 102, *caput*, competindo “[...] ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Decorre ainda do mesmo dispositivo que as decisões no desenvolvimento desta atribuição são a última palavra, uma vez que, na forma do § 2º, “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Representando um tipo de atuação ambivalente do tribunal, Young (2010) identifica duas tipologias em polos extremos: i) revisão/controle deferente – *deferential review*; e ii) controle/revisão peremptória – *peremptory review*. A primeira se assenta sobre a autocontenção judicial concedendo superioridade decisória às instituições representativas, de forma que somente em casos extremos que será possível a sindicabilidade judicial.

A revisão peremptória, a seu turno, gera o efeito contrário. Juízes e Tribunais desconsideram as competências dos demais poderes representativos e controlam todo e qualquer ato, independentemente da matéria ou discussão. A atuação da Corte é menos deferente e coloca sobre os juízes a competência sobre a execução dos direitos econômicos e sociais. A última palavra é dos Tribunais (YOUNG, 2010).

Ademais, de modo intermediário a estas concepções ambivalentes, três outras tipologias decorrem da *performance dos tribunais*: i) revisão/controle conversacional; ii) revisão/controle experimentalista; e iii) revisão/controle gerencial.

A concepção *conversacional* ocorre em meio a uma dependência de um diálogo ou interação interinstitucional, de forma a existir um escrutínio conjunto das instituições. Os Tribunais atuam para a evolução jurisprudencial, nesse sentido (YOUNG, 2010). É o caso do modelo de controle de constitucionalidade da *Commonwealth*, conforme descrito por Stephen Gardbaum (2013), em que o Poder Judiciário participa, decide, mas a última palavra fica com o Poder Legislativo. Igualmente, pode ser o caso da chamada *cláusula do não obstante* prevista na Constituição do Canadá que, uma vez acionada, impede a sindicabilidade judicial de determinada matéria legislativa por tempo específico.

No que tange à *revisão experimentalista*, os Tribunais fariam parte de um experimentalismo democrático, no sentido de que sua atuação envolve outros relevantes atores institucionais. o Poder Judiciário tem relevância, mas não é central, atuando de modo a criar um diálogo entre as diversas instituições, com vistas a performar de modo mais forte visando a resolução do problema de modo sistemático¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Katharine Young (2010) utiliza o modelo das decisões estruturais ocorridas no âmbito da Suprema Corte da Colômbia. A esse respeito, as decisões estruturais não são desconhecidas da prática constitucional brasileira e nem da teoria dos direitos fundamentais preocupados com a fixação dos contornos de conceitualização da dignidade humana e o mínimo existencial. Com efeito, compreender a existência de violação massiva e continuada de direitos humanos, em conjunto com falhas nas políticas públicas em matéria criminal, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o chamado *Estado de Coisas Inconstitucional*. Reconheceu, o Tribunal que a violação massiva de direitos fundamentais e a crise do sistema penitenciário no Brasil decorria de falhas estruturais ou sistêmicas. Como tais, qualquer resolução deveria ser realizada também de modo estrutural (abrangente) de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Em assim sendo, determinou, cautelarmente, o diálogo entre todos os estados-membros da federação, a fim de mitigar a situação de violação de direitos humanos vivida pela população carcenária. Nesse sentido, cf.: SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. Revista Direito da Cidade.

Por fim, tem-se a *revisão gerencial*, por meio da qual os próprios juízes e tribunais realizam as políticas públicas no contexto do julgamento. Os tribunais assumem a responsabilidade direta no significado dos direitos.

Todas estas cinco tipologias encontradas por Katharine Young (2010) são extremamente importantes para o presente trabalho. Ela reforça a mudança na mentalidade dos juristas e demais estudiosos do direito constitucional quanto a necessárias releituras do papel de instituições, principalmente do Poder Judiciário, tendo em vista contingências e questões contextuais decorrentes de cada cenário decisório.

Isso importa não apenas para reforçar os pressupostos adotados de que a revisão judicial deriva de uma escolha política decorrente de contextos específicos e, assim, após a sua escolha, planejamento e arranjo, estas questões continuam a influenciar, desta feita, não os *designers* iniciais, mas os juízes. É dizer, a política continua em movimento e deve ser equalizada com o funcionamento das instituições, de modo que as tipologias nada mais são do que espécies de desenhos constitucionais elaborados pelo Poder Judiciário para aplicar o texto constitucional e constituir, por decisão, direitos econômicos e sociais.

Estas conclusões são observadas nos estudos de Young (2010) na medida em que ela passa a defender uma sexta tipologia de *performance* dos Tribunais, cunhado por “Tribunal Catalítico” – *Catalytic Court* – e por meio do qual a atuação congrega duas ou mais das tipologias citadas, a depender do contexto político-constitucional e institucional, principalmente, da autoconcepção dos tribunais sobre o seu papel e do seu capital político.

O *tribunal catalítico* consiste em reação eclética na adjudicação dos direitos econômicos e sociais com a combinação das tipologias citadas, visando uma interação institucional produtiva para o processo de constituição de direito por decisão judicial. Para Katharine Young (2010), aos moldes do defendido por Jack Balkin (2011a), esta atuação exige um cotejo com a cultura constitucional e como ela apresenta narrativas sobre a compreensão dos tribunais pela sociedade e a própria autoconcepção.

Nesse sentido, que desde o início deste trabalho tem-se defendido a ideia de constituição em instituições, principalmente da revisão judicial. Sendo assim, a legitimidade da instituição ou da prática se apresentaria melhor como: *planejamento-decisão-(re)planejamento-decisão-(re)planejamento*, sobretudo no contexto de entidades políticas com documentos escritos que preveem expressamente o controle judicial de constitucionalidade em conjunto com as demais estruturas institucionais.

Assim, para ser fiel e coerente com as construções teóricas e práticas até então desenvolvidas aqui neste trabalho, a falibilidade do projeto constitucional não é um mal em si mesmo, mas um mecanismo de aperfeiçoamento do sistema constitucional e, até mesmo, de libertação de narrativas passadas que não encontram mais anexação ou adesão no projeto ante as mudanças na sociedade. Juízes ou qualquer tomador de decisão não estão descolados deste cenário. É dizer, “[...] Não devemos esperar dos juízes - ou do sistema constitucional, nesse caso - práticas de tomada de decisão constitucional que eles simplesmente não podem oferecer. E não podemos adotar uma teoria de interpretação constitucional à qual o próprio sistema de direito constitucional jamais poderia ser fiel” (BALKIN, 2011b, p. 93 – tradução livre)¹¹⁰.

Isso porque, aos moldes do já descrito, a doutrina e o próprio direito constitucional sofrem mudança com o decorrer do tempo. De igual modo, práticas constitucionais novas são realizadas por mobilizações sociais e políticas, bem assim pela própria opinião pública e grupos de interesse. Nada obstante, o processo de planejamento constitucional envolve a consideração de questões de diversidade política que não se encerram no momento de elaboração do documento; envolve também questões que não são decididas e que tem potencialidade de resultar em maior durabilidade e permissibilidade de desenvolvimento do projeto político no tempo, por meio de novos planejamentos ou construções constitucionais. Desconsiderar tais elementos em qualquer estudo é aderir a posturas ideacionais de cuja similitude com a realidade vivida é quase mínima de evidente idolatria constitucional.

4.1. As omissões inconstitucionais e os seus mecanismos de controle no Supremo Tribunal Federal

Traçados os principais aspectos teóricos e práticos que sustentam possibilidade de planejamento constitucional por meio de decisão judicial, passa-se, agora, à análise, na prática, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 respectivamente quanto às omissões inconstitucionais. A escolha da abordagem quanto às omissões inconstitucionais se dá pelo conjunto de práticas e decisões do Supremo Tribunal Federal que apresentam importante desenvolvimento do tratamento da matéria, sobretudo, ante a recentíssima decisão tomada nos autos do Mandado de Injunção nº 4733/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que enquadraram como crime de racismo as práticas de homofobia e transfobia.

¹¹⁰ Confira, no original: “We should not expect from judges—or from the constitutional system, for that matter—practices of constitutional decisionmaking that they simply cannot provide. And we cannot adopt a theory of constitutional interpretation that the actual system of constitutional law could never be faithful to.”

Trata-se de decisões que sinalizam o desenvolvimento jurisprudencial tanto em relação aos mecanismos de controle quanto aos próprios direitos fundamentais. Assim, elas revelam concepções do documento constitucional pela linguagem de direitos, bem como pelo conjunto de estruturas institucionais. De igual modo, representam o atual topo de desenvolvimento da supressão de vulnerabilidades constitucionais expressas, cujo início ocorrera há quase 30 anos. Portanto, o conjunto de dados primários disponíveis permitem o cotejo analítico com o já abordado no presente tudo ao mesmo tempo em que reforça o papel das instituições no desenvolvimento do projeto constitucional, a falibilidade deste projeto e as narrativas redentivas oferecidas por meio da construção de histórias constitucionais pelas decisões que serão analisadas.

Nesse sentido, a análise ocorrerá precipuamente sobre as omissões inconstitucionais, sem prejuízo de, como na seção passada, apresentarmos casos de omissões constitucionais. Os julgados selecionados pela pesquisa serão analisados por ordem cronológica e se fixarão essencialmente sobre o tratamento de dois temas, a saber: o direito de greve no serviço público e a criminalização da homofobia e da transfobia. Antes, todavia, são consignados o tratamento da literatura instrumental brasileira sobre as omissões inconstitucionais e seus instrumentos, para, posteriormente, dividir a análise a partir de cada mecanismo, uma vez que detêm particularidades e tratamento legislativo diversos, em que pese se relacionarem em certos momentos do processo de decisão.

Com efeito, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2021, p. 1977-1978), a conduta negativa dos Poderes Públicos que inviabilizem o exercício de determinado direito previsto na Constituição de 1988 constitui prática omissiva que revela uma desconformidade constitucional, chamada de *inconstitucionalidade por omissão*. Manifesta-se diante de uma conduta consistente de não fazer por parte dos Poderes Públicos, sobretudo a expedição de atos legislativos ou executivos necessários a viabilizarem a prática de determinados direitos previstos na constituição.

Em consequência, expressa-se como um *vício* que deve ser corrigido, uma vez que decorre de desrespeito de uma providência constitucional que determina a edição de norma regulamentadora. Ademais, o vício poderá ser total ou parcial. No primeiro caso, inexistente qualquer tipo de norma ou inviabiliza o exercício do direito constitucional. O segundo caso, a seu turno, existe o ato ou a conduta pública, porém, ela é insuficiente ou insatisfatória para a viabilização do direito.

Portanto, a omissão inconstitucional recairia sobre um tipo específico de normas constitucionais, de cuja classificação, conquanto não isenta de críticas¹¹¹, ainda compõe o substrato teórico da literatura constitucional positiva. Estas são as *normas constitucionais de eficácia limitada*, isto é, são normas que, embora possam ter efeitos revogatórios em face de normas contrárias e impedem tratamento legislativo contrário a elas, dependem de interposição legislativa ou ato executivo para que ter eficácia social ou efetividade¹¹².

De mais a mais, dois são os principais instrumentos de controle das omissões inconstitucionais. O primeiro é o Mandado de Injunção, uma ação constitucional de natureza civil, cujo controle das omissões ocorre por meio de um processo em concreto, na resolução de um litígio entre partes específicas. Sua previsão constitucional decorre do rol de direitos e garantias individuais constantes no artigo 5º, LXXI, segundo a qual estabelece a concessão da injunção “[...] sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Logo, ação constitucional visa viabilizar direitos previstos na Constituição de 1988 e atacar a inércia do legislador em não regulamentar as normas constitucionais adequadamente.

Apesar de constar com previsão constitucional desde 1988, somente em 2016 que o Mandado de Injunção recebeu regulamentação legislativa por meio da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Citada lei ao disciplinar o processo e julgamento das ações de mandado de injunção normatizou uma série temas e questões que já eram desenvolvidas pela doutrina, bem assim pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que será objeto da presente seção.

O segundo instrumento é uma ação que ocorre em meio a processo que objetiva a harmonização do sistema constitucional e não a resolução de um caso concreto. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO. Semelhantemente ao Mandado de Injunção, a ADO recebeu regulamentação normativa relativamente recente, por meio da Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que acrescentou à lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999,

¹¹¹ Para tanto, confira: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 117-119.

¹¹² Cuida-se de clássica concepção das normas constitucionais, conforme defendidas, no Brasil, pelo Professor José Afonso da Silva, que envolve a aplicabilidade das normas constitucionais, em que determinadas normas deteriam alto grau de aplicabilidade e eficácia jurídica, enquanto outras teriam grau mais reduzido, com pouca eficácia social, em consequência. Quanto às chamadas *normas constitucionais de eficácia limitada*, seriam aquelas que não reuniriam todos os elementos necessários para a produção de todos os efeitos jurídicos. Sua aplicabilidade é indireta ou mediata, isto é, vão precisar de regulamentação pelo Poder Legislativo ou Executivo para obterem todos os efeitos jurídicos. Sem a regulamentação, tais normas não terão aplicabilidade direta e imediata, de modo a inviabilizarem o exercício de direitos ou o cumprimento de obrigações ou deveres constitucionais previsto no texto (FERNANDES, 2021, p. 115-116).

o Capítulo II-A, e estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A previsão constitucional da ADO decore do artigo 102, I, *a*, da Constituição de 1988, que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal. A esse respeito, até a regulamentação expressa em 2009, as Ações Diretas que tinham como objeto o controle da omissão inconstitucional não recebia um nome jurídico específico, sendo aferida somente a partir do pedido da ação.

No entanto, de 1988 o sistema constitucional positivo contava com previsão expressa sobre os efeitos do reconhecimento da omissão inconstitucional. Nos termos do artigo 103, §2º, da Constituição de 1988: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Partindo-se do referido dispositivo, algumas conclusões podem ser extraídas do próprio sistema e que são importantes para o desenvolvimento desta seção e, em termos gerais, da releitura do Poder Judiciário defendida neste trabalho no sentido de sua competência para a *recriação* de desenhos constitucionais ou mesmo criação. É que, pela norma constitucional expressa o reconhecimento da omissão inconstitucional permitiria ao STF tão somente declarar a mora, sem, no entanto, resolver ou sanar o *gap* constitucional. Pela normatividade constitucional, no contexto do controle judicial concentrado de constitucionalidade cujo objeto seja a omissão inconstitucional, o Tribunal não poderia fazer nada, eis que o desenho institucional escolhidos pelo *drafters* foi no sentido de adotar a *tese não concretista* para resolução da questão.

A esse respeito, registre-se importante observação decorrente da natureza da omissão inconstitucional discutida e de decisão do Supremo Tribunal Federal. Como visto, o vício da inconstitucionalidade por omissão se expressa em duas formas: *total* ou *parcial*. No primeiro caso, inexistente qualquer norma, enquanto no segundo a norma é insuficiente. Na inconstitucionalidade por omissão parcial, pois, há um ato normativo que expressa uma regulamentação insatisfatória¹¹³.

¹¹³ Estas espécies de inconstitucionalidade por omissão constam também da lei regulamentadora, a teor do art. 2º e o seu parágrafo único, que dispõem: Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Na eventualidade de existir um ato, a lógica do sistema de nulidade¹¹⁴ pela declaração de inconstitucionalidade manda que o Tribunal declare a invalidade do ato, seja ele ensejador ou não de uma omissão inconstitucional, de forma que a *tese não concretista* prevista no texto constitucional para as ações de controle concentrado se aplicariam, em regra, apenas às ações cujo objeto são omissões inconstitucionais totais.

Ocorre que, a mesma incerteza que acompanha todo processo de elaboração da constituição também acompanha os atos decisórios do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, conquanto a provisão constitucional em conjunto com o sistema de revisão judicial indique um caminho a ser tomado, situações novas e futuras provocam a mudança de comportamento decisório na Corte, bem como valer-se de modelos decisórios que não agravem a eventual situação de injustiça ou não identificação com o texto constitucional. Dito de outra forma, as mudanças constantes na sociedade revelam diversidades que não apenas exigem releituras sobre a constituição e suas instituições ao tempo de sua edição e uma postura mais realista do estudioso. Além disso, estas diversidades não se encerram quando elaborado texto, elas continuam dentro do sistema político da entidade e, como tal, merecem consideração quando da aplicação futura do texto constitucional.

Foi o caso constante da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240/BA, em que se discutia a validade da Lei Estadual nº 7.619/2000, que criou o Município Luís Eduardo Magalhães em desconformidade com as regras constitucionais exigidas desde o ano de 1996, com a Emenda Constitucional nº 15/1996. A matéria do caso se assentava sobre os chamadas municípios putativos, eis que criados em desconformidade com o artigo 18, §4º, da Constituição Federal de 1988¹¹⁵.

A questão subjacente à invalidade da lei se dava ao fato de que dentre os requisitos exigidos para a criação de novos municípios um deles depende exclusivamente do ato legislativo referente à edição de uma lei complementar que estabelecerá o período em que os

¹¹⁴ Seguindo-se o modelo norte-americano de que uma lei inconstitucional está em desconformidade originária com a Constituição e, assim, deve ser reconhecida a sua nulidade desde a sua edição, o Brasil adotou, como regra, a *teoria da nulidade*. Desse modo, o Tribunal uma vez silente quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, presume-se que a decisão é retroativa, *ex tunc*, sendo a decisão tão somente o ato formal de declaração de algo que já existia inerentemente ao ato, a saber: a inconstitucionalidade, que tem como sanção – decorrente da supremacia e força normativa da constituição – a nulidade. Nesse sentido, confira: MEYER, Emilio Peluso Neder. A decisão no controle de constitucionalidade. São Paulo: Método, 2008, (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9).

¹¹⁵ Eis o teor do dispositivo: Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

municípios poderiam ser criados. Havia, pois, uma omissão legislativa, porque o Poder Legislativo não editara um ato que, em consequência, impedia que uma competência constitucional exclusiva dos estados-membros fosse exercida.

Sabendo-se que a declaração pura de inconstitucionalidade geraria consequências que agravariam o estado de inconstitucionalidade, uma vez que o município já estava instalado e em pleno funcionamento de suas instituições, o Tribunal resolveu reconhecer a inconstitucionalidade, porém, não pronunciou a nulidade. Reconheceu a mera incompatibilidade da lei baiana, sem, no entanto, aplicar nenhuma sanção¹¹⁶.

Assim, diferentemente das *omissões constitucionais*, as omissões inconstitucionais revelam uma prática violadora da constituição, uma vez que é desrespeitado um dever de regulamentar. Elas são um vício de desconformidade com a constituição e, como tal, devem ser corrigidos. As omissões constitucionais revelam, estão relacionadas ao processo de desenhos institucionais ou constitucionais no qual processo de não-tomada de decisão são realizados, ou que certas matérias ou questões não ganham provisionamento constitucional em decorrência da limitação do empreendimento de planejamento constitucional.

Nesse sentido, por meio das *omissões constitucionais* e da falibilidade do projeto constitucional nasce a possibilidade de desenvolvimento do próprio projeto político no tempo e que as atuais gerações, em vista dos problemas que lhes são próprios, possam se anexar a este projeto e, ao mesmo tempo ou não, desanexar práticas ou concepções de direitos que não ganha mais identificação no texto constitucional, ou seja, são questões *off-the-wall* diante das circunstâncias atuais. A questão que fica, no entanto, é se no caso das omissões inconstitucionais, de um vício, o projeto constitucional poderá ser desenvolvido ou *replanejado*. As próximas seções servirão a este propósito, o que reforça o recorte metodológico sobre a análise do controle do vício de inconstitucionalidade por omissão.

4.1.1. Ausência de tratamento legislativo do direito de greve no serviço público

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu de modo expresso o direito à greve no âmbito do serviço público, na forma do artigo 37, VII. Nesse sentido, segundo provisão constitucional originária, restou assegurado certo direito aos servidores públicos que “[...] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, que nunca foi editada,

¹¹⁶ Conforme descreve Bernardo Gonçalves Fernandes (2021, p. 2.181), tal técnica também é utilizada em casos que envolvam exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, ou seja, em casos em que há um ato normativo do legislativo concedendo benefícios apenas a uma categoria em detrimento de outras.

de modo a frustrar, nos termos da normatividade constitucional expressa, um direito garantido, o que demonstra uma evidente omissão inconstitucional e possibilidade de controle por meio dos instrumentos descritos.

Um importante caso que levou esta questão ocorreu por meio do Mandado de Injunção nº 20, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 1994. Na oportunidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente que o dispositivo constitucional não era autoaplicável, uma vez que instrumentalizava uma norma de eficácia meramente limitada. Desse modo, para que o direito fosse assegurado era necessário a edição de lei específica. O Tribunal consignou também, à época, que a mera outorga constitucional do direito de greve não bastaria para justificar o seu imediato exercício. Somente após a edição legislativa exigida pela Constituição de 1988 que o direito de greve se revelaria como direito público subjetivo aos servidores.

Em razão disso, o Mandado de Injunção nº 20 foi deferido, todavia, tão somente para o reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em elaborar a referida lei exigida pela Constituição. Em outras palavras, o STF apenas reconheceu um estado de coisas, mas não resolveu a questão, notificando o Poder Legislativo para que tome as providências necessárias. Adotou-se, portanto, a previsão já citada do artigo 103, §2º, da Constituição de 1988, de tão somente cientificar o Poder competente.

Nesta assentada, o Tribunal veio a fixar de plano o magistério jurisprudencial que perpassaria por longo tempo o entendimento da Corte quanto ao tratamento das omissões inconstitucionais, respectivamente, da adoção da chamada *tese não concretista*. Tradicionalmente, a referida tese ganhou maior adesão pelos Ministros do STF por meio do julgamento do Mandado de Injunção nº 107, de relatoria do Ministro Moreira Alves, seguindo-se e entendimento de que a decisão importaria em mera recomendação para os Poderes competentes na edição do ato¹¹⁷. Isso porque os direitos constitucionalmente garantidos por meio do Mandado de Injunção se apresentam como direitos à expedição de ato normativo, a denotar a impossibilidade de isto ser realizado por decisão do STF.

¹¹⁷ Registre-se que o referido entendimento também é observado no Mandado de Injunção nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002 e no Mandado de Injunção nº 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. Assim, por muito tempo a corrente tradicional foi reiterada pelo Tribunal, ganhando-se consideração diferente apenas em parte do voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do Mandado de Injunção nº 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002, em que o referido julgador aventou a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis as normas referentes ao movimento grevista do setor privado, que não contou com a adesão do Tribunal, de forma que a decisão manteve a *tese não concretista* e apenas cientificou o Poder Legislativo.

A *tese não concretista*, embora tenha se consolidado no âmbito da jurisprudência do STF não era indene de críticas. Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2021, p. 857 e 858), as fortes críticas sobre ela se fundamentavam no fato de que a decisão do MI 107 conflitava com a máxima efetividade da Constituição, sobretudo, tendo em vista que a finalidade do instrumento é viabilizar o exercício de direitos previstos na Constituição, porém, inviabilizados por um ato omissão estatal. Assim, o Tribunal ao se portar de modo passivo manteve a impossibilidade de exercício do direito de greve constitucionalmente previsto.

Sucedo que, como já afirmado, algumas normas constitucionais definidoras de direitos continuam até os dias atuais sem regulamentação legislativa. Desse modo, a manter-se o entendimento de mera ciência quanto à omissão, o Poder Judiciário passou a ser parceiro da própria omissão estatal e, assim, a contribuir para a inviabilidade de direitos. Felizmente, este cenário não passou despercebido pelo STF que, posteriormente, passou a relativizar a própria postura, conforme os entendimentos dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que fez retornar à Corte as discussões sobre o direito de greve pelos servidores público, julgados no ano de 2007¹¹⁸.

Seguindo-se o principal voto condutor que reviu a jurisprudência dominante sobre os efeitos da decisão em controle da omissão inconstitucional por meio do Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal deferiu o a ordem de injunção determinando a supressão da omissão. Assim, diferentemente dos demais casos, nestes três MI's o Tribunal entendeu pela necessidade de evolução jurisprudencial, uma vez que já constatada na jurisprudência da Corte soluções normativas para a decisão judicial como meio legítimo para viabilizar o direito¹¹⁹. Desse modo, o STF regulamentou o direito de greve dos servidores públicos aos moldes da greve no setor privado, regido pela Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988 e pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, enquanto a matéria não for legislada. Na mesma assentada, foi fixado o prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria.

Isso porque caso o Poder Judiciário não se mostrasse disposto à resolução concreta da questão, restringindo-se à mera declaração de mora, haveria riscos para consolidação não

¹¹⁸ Representativo desta mudança é o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 670, cujas razões receberam adesão do Tribunal implementaram nova compreensão da decisão e dos efeitos no âmbito da resolução das omissões inconstitucionais por meio do Mandado de Injunção que, até o momento, restava igualado à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º, da CRFB/88), de tão somente declarar a mora e nada fazer. Em razão disso, abordar-se-ão os fundamentos determinantes para o Ministro Gilmar Mendes como o caminho para a resolução do MI 670, do MI 708 e do MI 712, sem prejuízo de resgatar as razões de outros Ministros que se mostrarem pertinentes aos propósitos da presente seção do trabalho. De igual modo, a análise decisória se pautará em seus aspectos institucionais, de construções constitucionais, não fixando-se na análise do discurso ou da autoridade pelo argumento.

¹¹⁹ Cf.: Mandado de Injunção nº 679/DF, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ 24/05/2002; e Mandado de Injunção nº 562/DF, Relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJ 20/06/2003.

apenas de situação de inviabilização de direitos, mas de típica omissão judicial. Em vista disso, caberia a adoção de meios normativos alternativos e institucionais de superação da situação da omissão. Exatamente neste último ponto – mecanismos institucionais – que o julgamento importa para o presente trabalho.

Em efeito, o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes afirmou que passados muitos anos sem a regulamentação legal do direito de greve, não poderia o STF abster-se de resolver a questão, uma vez que a não-regulação estava propiciando, à época, seríssimas consequências para o Estado de Direito. Ou seja, conquanto o legislador constituinte tenha, em 1988, exigido lei para a regulação de tal direito, em 2007, a concepção desta exigência legislativa tomava outros rumos que o provisionado originariamente no texto.

A questão tratada não é apenas de que se cuidava de uma obrigação constitucional reservada tão somente ao Poder Legislativo, mas se diante das conjunturas atuais, o Poder Judiciário poderia atuar com soluções normativas em caso de inatividade ou omissão do Legislativo.

Naquele momento, portanto, veio à tona o caráter afirmativo da revisão judicial e não mais o caráter negativo, conforme defende Charles L. Black Jr. (1960). Ganhou maior importância o alargamento dos poderes da instituição da revisão judicial, tendo em vista a inter-relação entre ela e o próprio desenvolvimento do sistema político democrático da entidade, nos termos em que observou Tom Ginsburg (2003). Logo, a questão não é até onde o Tribunal poderia ir, mas, verificando um conjunto de práticas já presente e decorrente da própria estrutura institucional, o que deve ser construído para a continuidade de desenvolvimento do próprio sistema (BALKIN, 2011a).

No contexto da greve no serviço público o espaço de conformação legislativa atribuído ao Legislador reside tão somente quanto à adequada configuração da sua disciplina e não quanto à concessão do próprio direito, decorrente da estrutura constitucional. Desse modo, conforme consigna o Ministro Gilmar Mendes, no MI 670, a questão central está no papel institucional a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007, p. 20) de superar os modelos clássicos de revisão judicial baseadas da ideia de *legislador negativo*.

O Tribunal, então, seguindo-se as construções realizadas pelo Ministro Gilmar Mendes, nos autos do Mandado de Injunção nº 670, entendeu, por maioria, pela concessão da ordem de injunção para regulamentar o direito de greve no serviço público, tendo-se como parâmetro as práticas e as normas já existentes e aplicáveis ao âmbito privado. Acolheu-se a pretensão no sentido de aplicar a Lei nº 7.783/1989 até que sobreviesse tratamento legislativo pelo Congresso Nacional.

Em termos técnicos, a decisão constituiu uma *norma geral sobre o direito de greve no serviço público*. Além da reconhecida omissão estatal, o Tribunal adotou a postura de que as questões mais específicas sobre a greve ficariam delegadas à apreciação dentro das competências jurisdicionais da justiça comum, com respeito às especificidades de cada caso. Os parâmetros normativos sobre a greve no serviço público estão em decisão judicial. Logo, os contornos constitucionais, ou, mesmo, os desenhos constitucionais sobre a greve derivaram de decisão judicial.

Resta claro, portanto, que o processo decisório sobre o direito de greve no serviço público culminou no desenvolvimento do projeto constitucional inaugurado em 1988 e permitiu a rediscussão do papel de instituições pertencentes à estrutura política do Brasil, seja quanto à garantia fundamental do mandado de injunção ou da *performance* do STF na supressão de uma omissão inconstitucional. Inegável que novo planejamento constitucional foi realizado a partir destes julgamentos, o que poderá ser concluído com a continuidade da prática lá criada em processos posteriores, desta feita, relacionados com o importante e sensível tema da criminalização da homofobia e da transfobia, como se verá a seguir.

4.1.2. A criminalização da homofobia e da transfobia

Importante caso de omissão inconstitucional derivou da ausência de regulamentação penal específica tipificando como crime os atos de preconceitos exaradas contra a comunidade LGBTQI+, doravante cunhados de homofobia e transfobia. O referido tema foi julgado conjuntamente por meio de duas ações, uma de controle subjetivo e em concreto – MI 4733, de Relatoria do Ministro Edson Fachin – e outra de controle concentrado e em abstrato – ADO 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Em ambas as ações o pedia-se o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadravam como crime de racismo. Isso porque o Congresso Nacional estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e transfobia¹²⁰.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria julgou procedentes os pedidos formulados, reconhecendo-se a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia, como também determinou a aplicação da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, às condutas

¹²⁰ A ADO 26 também tinha pedido de responsabilidade civil do Estado brasileiro em face da omissão legislativa. Entendeu, o Tribunal, não ser possível a formulação de pedido indenizatório em ação constitucional de perfil objetivo, que não se discutem questões subjetivas ou individuais, pelo que rejeitou preliminarmente o pedido.

de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos à decisão e por meio de subsunção. Reconheceu-se que a mora legislativa atenta contra a Constituição da República, que imporia o dever fundamental de tipificar¹²¹ atos que impliquem em práticas homofóbicas e transfóbicas.

As referidas ações e decisões são importantes na medida em que impõem a releitura do papel institucional do Supremo Tribunal Federal não apenas diante de uma omissão inconstitucional, mas quando a própria Constituição de 1988 exige que certos atos somente sejam considerados crimes se previstos anteriormente em legislação editada pelo Congresso Nacional. Assim, do ponto de vista institucional, a criminalização da homofobia e da transfobia reforça a releitura do papel do Poder Judiciário, principalmente do STF, como típico desenhista ou planejador constitucional, mormente ao adotar a *tese concretista*, em termos semelhantes do direito de greve no serviço público¹²².

No MI 4733 e na ADO 26, a seu turno as razões de decidir caminharam em sentido um pouco diferente ante o *princípio da reserva absoluta de lei formal*. Segundo consta, a definição de tipos penais e a cominação eventual de sanção penal derivam diretamente do âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência pela *reserva de parlamento*. Em outras palavras, a questão apresentava um óbice importante quanto à possibilidade de tipificação criminal por meio de decisão judicial. A mesma constituição que serve à demonstração de omissão é a que vedaria a sua colmatação por meio de decisão judicial, mormente em sede de controle abstrato.

A solução proposta em ambas as ações, então, limitou-se a reconhecer a subsunção das condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos legislativos incriminadores já existentes, especificamente à Lei nº 7.716/1989, que tipifica condutas racistas. Isso porque, segundo o Tribunal, com fundamento em julgamentos anteriores, o conceito de racismo não é aferido a partir de dimensões antropológicas ou biológicas, mas em sua dimensão social, no sentido marginalização de um grupo ou tratamento de diferente em relação a outros¹²³. Em

¹²¹ Segundo a corrente majoritária que se formou no STF, a Constituição impõe inquestionáveis mandados de incriminação, a teor do artigo 5º, XLI e XLII, que determina: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”.

¹²² O julgado a que faz referência como *leading case* ocorreu por ocasião do julgamento do HC 82.424, conhecido como Caso Ellwanger. Na oportunidade, o STF fixou que a divisão dos seres humanos decorre de processo de conteúdo meramente político-social. Nesse sentido, o conceito de racismo segundo a prática jurisprudencial do Tribunal é extraído dentro de uma dimensão abertamente cultural e sociológica, de subjugação de grupos vulneráveis. Portanto, o racismo é uma construção histórico-social para justificar a desigualdade, de forma que

consequência, os atos homofóbicos e transfóbicos seriam formas contemporâneas de racismo e, como tal, deve receber tratamento incriminador pelo Estado¹²⁴.

Apesar de fixar-se sobre a decisão do ponto de vista institucional para aferir o desenvolvimento da obra originária de 1988, vale asseverar que o julgamento da criminalização da homofobia e transfobia contou com ampla participação por meio dos canais de abertura de participação da sociedade civil nos processos julgados no Supremo Tribunal Federal, especificamente, *amicus curiae*.

Contando com a intervenção e contribuição com várias narrativas, o julgamento obteve a participação de onze entidades da sociedade civil organizada e defensoras de interesses/narrativas as mais diversas. Assim, resta evidenciado não apenas a complexidade da questão, mas, sobretudo, e cotejando com o marco teórico defendido, de que a Constituição de 1988 não é uma única história, mas uma estrutura para o desenvolvimento e articulação de várias narrativas no tempo, a fim de que os compromissos imperfeitos ou não completamente realizados pudessem ser resgatados através de várias lentes e imaginários, bem como que posturas contrárias a estes compromissos devem ser descartadas.

Esta ampla participação de entidades da sociedade civil serve também para reforçar a ideia de que muitas vezes a atuação de juízes e tribunais tão somente atesta uma prática já

abrangeria situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero.

¹²⁴ Confira-se a tese fixada na ADO 26, o qual contou com a adesão também pelo Mandado de Injunção nº 4733: “1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”

existente¹²⁵. É dizer, bastava o Poder Judiciário atuar de modo *afirmativo* para reconhecer algo que em outras instituições ou locais já eram compreendidos como uma nova prática. Assim, nesse ponto, o processo de replanejamento institucional já havia começado na sociedade e o STF tão somente reconheceu por meio da legitimidade institucional que lhe é própria e, principalmente neste caso, pelo apoio da sociedade¹²⁶. A sua condição de *designer* se extrai da disposição em decidir e continuar o projeto político constitucional de 1988.

Partindo-se do descrito nos julgados, observa-se, aos moldes da decisão quanto ao direito de greve no serviço público, que a questão está sobre o papel a ser desempenhado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, diante de falibilidade do projeto político constitucional. Permitiu também a rediscussão sobre a estrutura institucional brasileira no que se pode extrair que a partir da criminalização da homofobia novo desenho institucional pode ser observado. Neste caso, todavia, ele compreende tanto instituições sociais, quanto instituições estatais a exemplo das polícias e dos órgãos de persecução criminal. Inegável que a decisão implicou em *redesenho* constitucional.

4.2. Texto *versus* circunstâncias atuais: a legitimidade do planejamento/desenho constitucional pelo Poder Judiciário

Como visto, o porquê da adoção de instituições de controle judicial de constitucionalidade por meio de diplomas constitucionais escritos não deriva, em realidade, de

¹²⁵ Katharine Young (2010), com base nas construções de experimentalismo e governança democrática segundo o cenário da África do Sul, descreve o referido fenômeno como a “constituição de direitos por meio de contestação”. Para a autora, o experimentalismo democrático prescreve novos recursos, com os quais coordenam a sociedade civil, para “desestabilizar arranjos públicos obstrutivos”. Para tanto, deve-se reinventar as coordenações entre partes interessadas, os quais se incluem atores privados e movimentos sociais. Nesse sentido, os Tribunais atuam como supervisores das formas de resolução de problemas, mormente quanto ao encaminhamento de serviços econômicos e sociais, e como catalizadores das ações de outros atores. Logo, Young (2010) demonstra como as práticas judiciais decisórias – principalmente as experimentais, que fogem do binarismo – são dependentes, em grande medida, da atuação dos movimentos sociais e atores privados. Isso porque os movimentos sociais, com a sua participação continuada de informar, educar, conduzir e induzir, apresentariam significados culturais e análise do campo político – narrativas constitucionais (BALKIN, 2011a) - disruptivos da tradição constitucional e, assim, tem o poder de constituir novos direitos, uma vez que apresentam políticas transformativas que contestam questões sociais dominantes (*disturbance of orthodoxies*) e enquadram práticas injustas por meio da consideração de subjetividades que formam uma memória coletiva. Os Tribunais ao supervisionarem estes elementos e acelerarem o processo de transformação política atuam como instituições desestabilizadoras de tradições que não recebem mais adesão antes as circunstâncias atuais.

¹²⁶ Indicativo desta afirmação decorre da mobilização observada nas redes sociais, por meio da *hashtag* #CriminalizaSTF, que mobilizou a sociedade em favor da criminalização da LGBTIfobia, por ocasião do julgamento das ações no Supremo Tribunal Federal. A campanha foi criada pelo “Grupo Dignidade”, em parceria com a Aliança Nacional LGBTI+. A *hashtag* ficou em primeiro lugar dos *trending topics* mundiais por quatro horas. Nesse sentido, Cf.: Campanha #CriminalizaSTF do Grupo Dignidade engaja celebridades do Brasil e do mundo. Disponível em: < <http://www.grupodignidade.org.br/criminalizastf/> >. Acesso em 20 de set. 2021.

posturas ideacionais pela adoção de valores moralmente mais legítimos do que outros. Esta explicação não é adequada o suficiente para compreender as complexidades do direito constitucional e do próprio desenho constitucional. Em assim sendo, se a estrutura criada não deriva de posturas morais, mas, mais que isso, de um processo político de acomodação de interesses mundanos contextuais que, além de criar uma estrutura de direitos visa a reduzir os riscos de exclusão do processo democrático, não se pode desconsiderar a possibilidade de *redesenho*¹²⁷ constitucional no tempo. Muito menos, não se pode negar a participação do Poder Judiciário, sobretudo, por meio de Cortes e Tribunais Constitucionais neste processo de construções constitucionais e novos desenhos.

Cada sistema constitucional tende a receber características decorrentes da sua própria atuação. Embora constituído com um objetivo e roupagem, o seu desenvolvimento recebe autonomia própria e permite a inserção de novas competências e poderes, como também a adoção de técnicas e a construção de procedimento decisórios para tal fim. Referida *performance* decorre também da relação com diversas outras fontes de poder, a exemplo das demais instituições estatais e a opinião pública (FRIEDMAN, 2005), de forma a interpretação da constituição envolve sempre um ato de construção, ou seja, é uma “interpretação-como-construção” (BALKIN, 2011b).

Sendo assim, a ausência de regulamentação legislativa expressa deve ser compreendida dentro do aspecto da falibilidade do desenho constitucional, isto é, como possibilidade de as futuras gerações avançarem em certas questões que, ao tempo da elaboração do texto, não era possível. Denota-se, em coerência com a ideia de redenção constitucional adotada neste trabalho, que o trabalho institucional inicialmente desenvolvido na decisão dos MI's 670, 708, 712, 4733 e pela ADO 26 expressou-se como identificação do que é consistente com o projeto constitucional e a exclusão daquilo que não é. A conclusão foi que a *tese não concretista* conquanto pudesse ter feito sentido no passado, hoje deve ser relida. A inércia contumaz do Poder Legislativo predestinou o instituto do Mandado de Injunção, o controle da omissão inconstitucional e o próprio Poder Judiciário a avançar no desenvolvimento institucional, que

¹²⁷ No âmbito do Mandado de Injunção nº 670, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu expressamente a possibilidade de redesenho da ação e, pois, do próprio sistema em razão dos efeitos da decisão de supressão da omissão. Com efeito, embora decidindo pela não aplicação da Lei Geral de Greve e pela autolimitação do Judiciário, consta do pedido vista: “Estamos redesenhando esse importantíssimo instituto, o mandado de injunção. Em boa hora esse Tribunal dará um passo à frente no sentido de permitir maior concreção, maior eficácia a esse instituto [...]” (BRASIL, 2007, p. 68).

necessitou de novas criar construções constitucionais por meio do preenchimento de uma omissão (BALKIN, 2011b)¹²⁸.

Ademais, a falibilidade constitucional e o trabalho diário de lidar com incertezas no âmbito do direito constitucional reforça a ideia de que a constituição é um documento vivo. Em efeito, não há que se falar em incompatibilidade entre texto e as circunstâncias atuais, porque a aplicação do documento deve ser entendida como uma construção constitucional, para que as atuais gerações se anexem e continuem o projeto constitucional. O ato de aplicar a constituição é sempre um ato de realizar construções constitucionais, porque o momento em que realizado não mais existe.

No entanto, alerta Jack Balkin (2011b, p. 4), muito do que as pessoas entendem como interpretação da constituição é a mera constatação de significado ou do sentido que palavras, frases e demais expressões que constam da norma ou do dispositivo a ser interpretado. Mas, considerando a constituição como um algo em movimento, na realidade, o que os juízes realizam é uma *interpretação-como-construção* – que, por óbvio, prescinde de uma constatação de significados para fixar a estrutura política na qual se assenta projeto político. Isto é, juízes ou aplicadores do direito implementam e aplicam a Constituição segundo uma variedade de modalidades de interpretação decorrentes de argumentos históricos, da estrutura política, das práticas normativas passadas e das consequências futuras de suas decisões.

A interpretação constitucional se apresenta como uma narrativa específica utilizada para responder a questões que as gerações passadas não quiseram ou não puderam apresentar. É um imaginário reconstruído sobre determinadas bases estruturais de governo, de cuja história constitucional é uma dentro de várias outras. Isso porque não apenas necessitam resolver o caso posto sob análise, mas ante os limites que sujeitam os seres humanos, seus comportamentos e, por via de consequência, as instituições.

Como visto, a legitimidade da interpretação constitucional e das mudanças decorrem da fidelidade ao projeto constitucional, seus compromissos, e sobretudo, da possibilidade de continuidade e anexação pelas futuras gerações. A constituição-na-prática revela uma permanente tensão entre fatos históricos passados, as circunstâncias atuais e as expectativas

¹²⁸ Bernardo Gonçalves Fernandes (2021, p. 862 e 863) também perfilha deste entendimento. Conforme defende, as decisões referidas evidenciam uma ruptura com a *tese não concretista*, revelando uma postura decisória do STF em favor da efetivação plena do mandado de injunção. O estudioso do direito constitucional afirma que o Tribunal teria adotado uma decisão *aditiva*, não usual no sistema brasileiro. As referidas decisões ou *sentenças aditivas* constituem em decisões intermediárias em que o julgador constata uma inconstitucionalidade e, então, adiciona elementos normativas por meio da decisão que tornam o ato constitucional. “[...] **as sentenças aditivas** entendem que a norma inconstitucional por ser insuficiente, e posteriormente alargam a incidência de uma disposição legislativa, indo além do que originalmente estava previsto” (FERNANDES, 2021, p. 2.174 – grifos nos original).

futuras para a própria entidade política. No contexto de um documento escrito, como a Constituição de 1988, o passado é plasmado em provisões escritas. O imaginário histórico é o texto – o desenho inicial -, de modo que não é descabido pensar em qual a forma mais adequada de compreender a relação texto *versus* circunstâncias atuais.

Segundo Jack Balkin (2011b) a construção constitucional ofertada pelo processo de interpretação constitucional parte da sua compreensão como uma entidade viva. Nesse sentido, anteriormente à construção de um empreendimento ou ao replanejamento deste empreendimento é necessário a constatação de elementos específicos que demonstram sobre quais bases a entidade política está assentada. O texto é o meio para a consecução deste processo de identificação das narrativas adotadas pelo *drafters* quando da edição do texto. O texto é o ponto de partida para o desenvolvimento e, principalmente, para identificação com as gerações passadas e poder sentir ou não parte deste sujeito coletivo transtemporal. O texto, pois, representaria as conquistas passadas que se entrelaçam com ele (BALKIN, 2011a).

Nesse sentido, a concepção de texto defendida por Jack Balkin (2011a, p. 236) se relaciona também com concepções de estudos teológicos, de forma que a expressão “texto” veicula a noção de uma tessitura, um entrelaçamento que forma a estrutura institucional da sociedade e representam as conquistas sobre as quais a entidade está constituída. Nesta perspectiva, a qual a adotamos neste trabalho, reportar-se ao texto escrito para apontar ou resolver omissões não implica algum tipo de desobediência ao direito legislado ou a desconsideração do espaço de conformação constitucional de cada instituição, mormente do Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário. O texto é a estrutura na qual as construções constitucionais são realizadas.

Se o texto estabelece algo que não está sendo cumprido e isso coloca a sociedade ou parte dela em estado de injustiça, a escritura servirá de base para compreensão dos compromissos passados que influenciaram nas escolhas das provisões constitucionais e não de apresentação de um limite de desenvolvimento da política para sempre. A fidelidade ao texto é, pois, ser fiel aos compromissos passados que estão consolidados no texto constitucional e sobre os quais as construções constitucionais serão elaboradas.

Os julgados de controle da omissão inconstitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal servem para demonstrar a adequação da teoria da redenção constitucional no âmbito do Brasil. Como visto, a *tese não concretista* além de derivar de previsão constitucional expressa era adotada como doutrina jurisprudencial no âmbito da resolução de omissões inconstitucionais totais.

No início do desenvolvimento do projeto político de 1988 até o ano de 2007, o STF adotava uma postura pretensamente de autocontenção com vistas a privilegiar o esquema constitucional inicial que exigia do legislador uma manifestação expressa sobre a greve no serviço público. O fundamento, para tanto, era a previsão textual na Constituição de que tanto para o Mandado de Injunção quanto para Ação Direta de Inconstitucionalidade, cabia ao Poder Judiciário tão somente reconhecer a mora legislativa e cientificar o poder legislativo competente.

Enquanto o MI 107 adotou uma perspectiva de que a Constituição é infalível e não merece correções por outras instituições que não a parlamentar, o MI 670, o MI 4377 e a ADO 26, compreenderam que a Constituição de 1988 fornece uma estrutura para o seu próprio desenvolvimento e, assim, efetivação dos direitos previstos por meio da estrutura de governo constituída. Em outras palavras, os julgados que mudaram de postura institucional e adotaram a *tese concretista* na resolução das omissões compreenderam que o processo político, bem assim o direito constitucional, é suscetível a falhas e vulnerabilidade que, longe de instabilizar o sistema, empoderam as instituições estatais e não estatais a continuarem o projeto político presente na tessitura constitucional. As instituições e(m) instituições são capazes de se adaptarem a diversas circunstâncias, cuja legitimidade da mudança é a fidelidade à tessitura constitucional – e à estrutura política criada - e o processo redentivo em que se expressa.

A aplicação do texto constitucional assim como a constituição em si não limita aos desejos e expectativas de quem as realiza. E, compreendendo-se texto como a expressão do entrelaçamento das normas com os valores e questões históricas, cria-se um imaginário que possui diversas linguagens, concepções, formas de vida, regras e princípios. Buscar este imaginário na forma em que idealizado desconsidera a realidade e a diversidade da própria sociedade que o documento constitucional criou.

Não se quer afirmar, nesse sentido, que as instituições de revisão judicial são isentas de limites. Conforme afirma Jack Balkin (2011b) a atuação de juízes e tribunais, na prática, é limitada. Todavia, esta limitação não decorre do próprio texto constitucional, dos processos interpretativos ou da fidelidade constitucional. Fundamentando-se em perspectivas reais, se a constituição é o meio para a política-em-movimento, a limitação deriva da mesma fonte, isto é, juízes estão limitados por questões políticas provenientes tanto a própria instituição que representa quanto das demais instituições que compõem a estrutura institucional da entidade política.

Essas limitações, por sua vez, não implicam em ilegitimidade de toda e qualquer postura que implique uma mudança não compreendida pela estrutura, uma vez que a estrutura é o

próprio meio de desenvolvimento e legitimidade das mudanças. É dizer, a concepção de limitação se dá sob a perspectiva da constituição como uma entidade viva, que provoca o reconhecimento das circunstâncias atuais, porém, como meio de resgate dos compromissos passados. Dito de outro modo, o passado liberta as gerações atuais a desenvolverem o projeto político (BALKIN, 2011a), eis que um produto inacabado em que diversas construções constitucionais podem ocorrer (BALKIN, 2011b).

Nesse sentido, ao cotejar os elaboradores da constituição com os cidadãos que os sucedem, Jack Balkin (2011b), a preocupação com a linguagem decorre não de uma perspectiva de valor moral, ou ideacional, mas de uma escolha deliberada, ou, conforme defende Ran Hirschl (2013), de uma forma de política por outros meios; um conjunto de considerações, interesses e escolhas mundanas e estratégicas.

Logo, a função da constituição para Jack Balkin (2011b) é de assegurar direitos e estabelecer estruturas institucionais que possam sustentar diversas políticas, incluindo-se o próprio desenvolvimento e reconhecimento de outros direitos ou narrativas de direitos, bem como não decidir sobre várias questões. A Constituição, nesse sentido é o produto de um planejamento ou *design*, como também o meio para novos desenhos ou *redesenhos*, figurando-se o Poder Judiciário e as instituições de controle judicial de constitucionalidade como mecanismos de planejamento constitucional também.

Embora não se desconsidere o protagonismo político do Poder Judiciário, para Jack Balkin (2011a), ele não é o único a realizar tais atos de redesenho constitucional ou de construções constitucionais. Como visto, as construções são processos que ocorrem ao mesmo tempo na sociedade – por meio de instituições não oficiais, a exemplo dos movimentos sociais – e nos tribunais. Muitas vezes, os tribunais são catalizadores destas construções sociais, conforme defende Barry Friedman (2003), ou, mesmo, legitimadores delas, como expressão do caráter afirmativo da revisão judicial defendido por Charles L. Black Jr (1960).

A maioria dos elementos do regime surgem a partir de práticas estatais que foram ratificadas ou apoiadas pelo Judiciário. Doutrinas constitucionais estão amplamente de acordo com esses pressupostos básicos do regime, e, principalmente com as práticas legítimas deste regime; na verdade, estas doutrinas são parte e parcela do próprio regime” (BALKIN, 2011b, p. 109 – tradução livre)¹²⁹.

¹²⁹ No original: “Most elements of this regime arose from state-building constructions that were ratified or supported by the judiciary. Constitutional doctrines largely conform to the basic assumptions of the regime and mostly legitimate existing practices; in fact, these doctrines are part and parcel of the regime itself.”

Apesar destas considerações de índole teórico e prática, no âmbito do Estado Democrático dificilmente haverá como atender às demandas de todos os cidadãos ou que os processos – estatais ou não – de construções ou planejamento constitucional receberão adesão irrestrita. Sempre haverá insatisfação, porque toda decisão sobre a constituição constitui uma narrativa específica que, de alguma maneira, forma a história constitucional de um povo, mas que não é – e nem poderia – ser a única história, a denotar que a fidelidade pressupõe o rechaço a qualquer tipo de idolatria.

A constituição e sua tessitura representariam a fé no futuro. Embora cidadãos e instituições não se comportem na forma que todos a esperam, acredita-se que a suas narrativas ganharão consideração e se transformarão em construções constitucionais, funcionando, a constituição, como possibilidade de redenção ou resgate de outras perspectivas e narrativas, ou, seguindo-se o objeto do presente trabalho, de *replanejamento* constitucional. A constituição limita, mas, mais que isso, ela liberta cidadãos e instituições da busca perfeição e posiciona como vulneráveis e falhos.

4.3. Nota final: Juízes, Tribunais e(m) tempos de impasses políticos e sociais: quando a fé é pouca

A presente seção enfatizou com mais relevância a descrição de casos e posturas do Supremo Tribunal Federal, a fim de extrair uma releitura do seu papel na condição de legítimo desenhista ou planejador constitucional. Adotou-se uma perspectiva precipuamente descritiva com vistas a jogar luz sobre as questões reais da prática constitucional, e que tem permeado todo este trabalho. No entanto, não se pode desconsiderar o fardo que em alguns momentos foi ou que é atribuído ao Poder Judiciário.

Conforme alhures, não se pretende centralizar ou entrincheirar a discussão tão somente nesta instituição. Tampouco pretende-se criar expectativas sobre o processo de decisão da constituição que os juízes simplesmente não podem realizar. Ao revés, parte-se das práticas da revisão judicial como meio para assentar condições e contextos específicos que indicam a construção de novas concepções institucionais ou novas histórias constitucionais. Ou, conforme defende Tom Ginsburg (2003), que se desenvolva por meio das instituições democráticas e garanta que elas próprias se desenvolvam.

Muitas vezes, juízes e tribunais são os únicos agentes dispostos ou disponíveis para a resolução de alguma problemática e possibilitar o desenvolvimento da política. É dizer, conforme defende Rodrigo Mudrovitsch (2014, pos. 1.246 – grifos no original), “[...] ainda que

não se possa depositar nas Cortes Constitucionais as rédeas de condução de qualquer processo democrático e seja necessário que a análise jurídica não pense apenas na jurisdição constitucional, pode haver utilidade em termos de *diminuição de crueldade ou de desbloqueio de canais de aceleração política* a utilização politicamente criativa do controle de constitucionalidade de normas pelo Poder Judiciário”.¹³⁰

O planejamento constitucional não reage tão somente a decisões de instituições oficiais. Conforme Jack Balkin (2011a), existem instrumentos de retroalimentação do sistema que encaminham práticas redentivas, a exemplo das mobilizações sociais e políticas e a sua influência sobre a opinião pública. Igualmente, elas encaminham práticas ou concepções de vida de uma força política dominante naquele momento. A legitimidade democrática destas questões práticas – a constituição-na-prática – dependeriam do fato de que, embora em estado de injustiça, o povo pode reivindicar e procurar persuadir os outros de que eles estão corretos.

Ademais, conquanto tenha-se utilizado de casos que representaram uma melhora de direitos ou na proteção de certos grupos, a prática constitucional não é sempre assim, isto é, as coisas podem ficar pior e estabelecer estados de injustiça maior que o vivido pela geração. Nesse sentido, o que a perspectiva redentiva defende, é que isso é um fator da vivência das instituições democráticas, cabendo à constituição manter os caminhos de crítica e reação social abertos e suscetíveis a novos arranjos¹³¹. Em suma, para alguém, a constituição ou uma prática constitucional pode sempre representar uma injustiça ou uma postura que ela não concorda, uma falha.

A Constituição-na-prática nem sempre respeitará nossos valores mais caros. Nem sempre protegerá nossos direitos. Frequentemente viveremos em tempos sombrios. Em vez disso, a Constituição é nossa se pudermos ter fé que, com o tempo, ela respeitará nossos direitos e nossos valores. A Constituição é nossa se pudermos confiar em seu futuro e no que as gerações futuras farão para cumprir suas promessas.

¹³⁰ Com fundamento no experimentalismo institucional, dois parâmetros são apresentados para a tomada de decisões expansivas no âmbito da jurisdição constitucional, sem prejuízo de que outros sejam imaginados: “(a) a ocupação de espaços políticos vazios com vistas à diminuição episódica de crueldade, a qual não deve ser lida em termos metafísicos, mas em sentido de respeito à acumulação de experiência; (b) o desbloqueio episódico de canais de comunicação que permitam a aceleração democrática” (MUDROVITSCH, 2014, pos. 1.272).

¹³¹ Valendo-se mais uma vez de metáforas teológicas ou advindas da religião, Jack Balkin (2011b, p. 97 – tradução livre), resume da seguinte maneira: “Em uma tradição de credo organizada em torno de um documento central (ou sagrado), cada geração - situada como está e enfrentando os problemas que enfrenta - coloca glosas no documento, e essas glosas são legadas ao futuro como o que o documento significa. Gerações posteriores, achando essas interpretações inadequadas para sua época, tentam remover algumas dessas glosas e retornar ao original, resgatando sua promessa, mas o que elas realmente fazem é preservar algumas das leituras mais antigas enquanto adicionam glosas mais recentes sobre elas. A história dos textos de credo é a história de glosa contínua e remoção de glosas - e reivindicações contínuas de retorno, restauração e redenção que são, da perspectiva das gerações posteriores, ainda mais leituras e releituras que um dia devem ser criticadas, julgadas, e possivelmente desfeito”.

A Constituição é nossa se pudermos acreditar em sua redenção (BALKIN, 2011b, p. 99 – tradução livre)¹³².

Nesse sentido, o sistema constitucional sempre viverá em meio a disputas e impasses políticos e sociais. Muitas vezes estas disputas se agravam e ganham um tom de ataques e desconsideração das instituições e de todo o projeto político. Assim, embora devamos confiar no futuro e no que as gerações futuras farão para cumprir suas promessas, não é descabido refletir sobre como o planejamento constitucional deve lidar com estas questões. Isso porque a constituição é libertadora, como defendido aqui, mas ao tratar as questões de governo são realizadas escolhas políticas limitadoras também; ou criadas que visando reduzir certos riscos futuros e não sabidos – a exemplo da revisão judicial.

A criação de normas - sejam constitucionais ou não - para a limitação é um poder amplamente usado pelas democracias. Da mesma forma, o desenho constitucional das escolhas políticas institucionais também é, eis que a democracia implica inexoravelmente a adoção de mecanismos institucionais para sua proteção e consolidação – uma burocracia imparcial (GINSBURG; HUQ, 2018). Em outras palavras, a problemática é: e quando a fé é pouca?

Tais questões são enfrentadas por Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018), e servem para a reflexão de importantes questões deste trabalho. A preocupação deles é refletir sobre como as instituições básicas provisionadas na constituição ou decorrentes de tradições associadas irão reagir quando a constituição-na-prática não respeitar nossos valores mais caros e sinalizar a existência de uma crise constitucional ou de erosão na própria democracia.

Para os autores, as democracias liberais hoje estão sob um certo risco de práticas contrárias a certos valores adotados como importantes para a entidade política. Estas práticas não encontram mais o *modus operandi* tradicional de tanques nas ruas. Se apresentariam como posturas. Internas e infiéis à constituição. Para tanto, o caminho encontrado por eles é o próprio desenho constitucional para responder a estas questões. Se as ameaças são internas, o mais adequado é pensar como as estruturas institucionais podem atuar para contê-las.

Conforme afirmam Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 186), juízes e Tribunais importam para esta análise. Para além do fato de que a expansão da revisão judicial e a ampliação dos seus poderes tem uma relação de fundamentação mútua com democratização, as Cortes conseguem impedir tentativas autocráticas contra os direitos liberais. Elas podem

¹³² No original: “The Constitution-in-practice will not always respect our most cherished values. It will not always protect our rights. We will often live in dark times. Rather, the Constitution is ours if we are able to have faith that over time it will come to respect our rights and our values. The Constitution is ours if we can trust in its future and in what future generations will do to realize its promises. The Constitution is ours if we can believe in its redemption”.

prevenir o desmantelamento das instituições democráticas. Com efeito, constatam que as instituições judiciais são muitas vezes as primeiras a sofrerem ataques em sinais de crises.

Em que pese hoje em dia com *constitucionalização da política* e a compreensão de que a revisão judicial ocorre em meio a um fórum político-deliberativo próprio dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário pode ser um importante ator dentro da estrutura institucional para resgate dos valores constitucionais. Mesmo que não seja uma instituição isolada da política, a função paradigmática é pensada para a proteção da democracia, em especial a proteção das minorias (GINSBURG, 2003).

O Poder Judiciário ganha especial contornos hoje em dia, porque ao mesmo tempo que ele faz parte e participa ativamente da estrutura política do governo, deve manter-se independente dela. Daí a importância de pensar na releitura do seu papel, todavia, relacionado com os processos de planejamento constitucional. É dizer, um *replanejamento* pode representar a proteção que a entidade política necessitava para clamar ao povo a resgatar as promessas passadas.

Diante disso, uma observação se mostra importante: em regimes democráticos a manutenção e defesa da independência judicial não deve ensejar defesas de insularidade ou neutralidade política, sob pena de ensejar um *equilíbrio reduzido*, que, como visto é prejudicial para o desenvolvimento da própria democracia. Considerando que a atividade judicial amplia e intensifica a participação na arena política, manter-se isolado dela gera não apenas a proteção contra possíveis investidas por outros ramos governamentais, mas da própria vontade popular. Ao passo em que se tenta blindar – quase sempre sem êxito – da influência e interação com outros Poderes, acaba se afastando do povo e, por consequência, fecha as portas para um fórum alternativo de manifestação (GINSBURG, 2003)¹³³.

A função da revisão constitucional é pensada para ser a proteção da democracia ou dos compromissos encartados na gramática constitucional. Como organismo vivo que é a constituição, exige-se que os processos de revisão constitucional acompanhem o desenvolvimento político do projeto constitucional e garanta o cumprimento dos acordos políticos no tempo.

Mesmo em situações de injustiça trazidas pelo amanhã, a revisão judicial se apresenta como um caminho de resgate das narrativas que complementam a opção política para os

¹³³ Conforme defende Owen Fiss (1993), a independência judicial deve ser considerada como um ideal a ser otimizado. Em caso de crises constitucionais, no entanto, Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 186), defendem que ela deve ser repensada para elaborar correções ao sistema e, assim, a proteger de serem vítimas principais de um sistema político despreocupado com instituições democráticas.

desenhos institucionais que estabelecem o poder judicial ou a estrutura institucional adotada. Exatamente em razão desse ato de proteção e redenção que os poderes aumentaram, e, se a democracia é atacada, a independência judicial também é. Por isso que em alguns contextos políticos o alvo imediato dos líderes antidemocráticos foi atacar juízes e a Corte Constitucional ou Suprema¹³⁴. A esse respeito, deve-se pensar nas salvaguardas judiciais como mecanismo para ganhar tempo, a fim de que forças imbuídas por valores democráticos consigam se reagrupar para um renovado desafio eleitoral (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 189)¹³⁵.

As instituições da revisão judicial se revelam como importantes mecanismos do projeto político para garantir o funcionamento do próprio sistema. Quando a fé na tessitura constitucional for pouca diante das práticas em curso que desconsideram valores e promessas caras à entidade política, juízes e tribunais podem figurar como importantes atores neste processo redentivo. Todavia, aos moldes em que defendido por Jack Balkin (2011b, p. 93), não se pretende colocar um fardo sobre juízes e sobre o sistema constitucional maior do que eles podem carregar.

Em outras palavras, e perfilhando das conclusões de Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 189), quando as normas constitucionais e liberais estão sendo atacadas não se tornaria razoável relegar exclusivamente aos juízes e tribunais a tarefa de salvaguarda. Embora o poder judicial seja importante para proteção da democracia, em alguns contextos, os amplos poderes das Cortes Constitucionais fazem delas alvos atrativos para as forças de antidemocráticas. Embora exista uma Corte com forte capital político, um líder empenhado pode se valer de outros caminhos para alcançar os mesmos objetivos, mesmo que a Corte seja cumpridora da lei.

Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 189) não apresentam construções sobre como os tribunais podem se blindar da captura pelas forças políticas que objetivam encaminhar posturas antidemocráticas. Trata-se de uma análise que ainda não ganhou espaço na literatura comparada. Tanto o poder formal como o real da revisão constitucional tendem a se expandir

¹³⁴ Cf.: KOVÁCS, Kriszta. SCHEPPELE, Kim Lane. **The Fragility of an Independent Judiciary: Lessons from Hungary and Poland and the European Union.** *Communist and Post-Communist Studies*, v. 51, n. 3, 2018, p. 189-200.

¹³⁵ Conforme afirma Tom Ginsburg (2008, p. 86-87), países com ambientes políticos mais instáveis ou com resquícios de autoritarismo deram ensejo à adoção por Cortes por meio da “estratégia da deserção” contra as elites políticas. Tal estratégia é motivada pelo desejo dos atores judiciais de manterem o seu capital político institucional quando eles entendem que a mudança do regime está na iminência de ocorrer, mormente quando para retornar à democracia. Eles deixam de lado, pois, o desejo de demandas e imposições de curto prazo para pensar na legitimidade em meio prazo. Isso ensinaria, ainda, segundo o autor, na sinalização pelo Poder Judiciário de que o fim do regime se aproxima e de acelerar a chegada da democracia, bem como providenciaria apoio institucional para os oponentes do regime por meio decisões específicas.

na medida que a incerteza política aumenta. Como resultado, a criação e fortalecimento da independência judicial consiste, *a priori*, na função da competitividade democrática e a expectativa de garantia da alternância do poder¹³⁶ (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 189).

Como visto, a constituição-na-prática nem sempre respeitará os valores mais caros da sociedade, relegando-se a um salto de fé que as futuras gerações resgatarão estes valores e implementarão novas construções constitucionais. É dizer, pois, que a instituição da revisão judicial pode contribuir para a injustiça ou agravamento do desrespeito à constituição. Para Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018), o primeiro passo para evitar este fenômeno é prezar pelo funcionamento equilibrado dos três predicados que atuam como pilares para uma concepção de democracia em nível de sistema: eleições periódicas, garantia aos direitos de liberdade e uma burocracia imparcial por meio de documento constitucional que fixa a estrutura institucional.

Mesmo quando a política faz uma transição para uma autocracia completa a observância na diminuição da independência judicial não é quase automática, eis que ainda há como observar uma medida residual de autonomia por parte dos juízes, que podem atuar na garantia de segurança para os líderes. Desse modo, asseguram o seu espaço de atuação constitucional, bem como a higidez do capital político ou reputacional já conquistado (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 190).

Portanto, a atuação estratégica juízes e tribunais constitui uma figura de imensa importância na prática democrática. Aqui, ela se apresenta como uma forma interagir com os outros poderes políticos de forma a não ser desmanteladas ou capturadas pelas forças políticas contrárias aos valores da entidade – engajar em processos de construções constitucionais, conforme defende Jack Balkin (2011a). Assim, o desenvolvimento do poder judicial não se encerra, mantendo-se contínuo, para que a independência judicial não sofra ataques.

Experiências comparadas utilizadas por Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 190) indicam que o controle político da independência judicial requer uma combinação de dispositivos de blindagem das Cortes. E que, em que pese a importância da independência judicial ela não pode desviar seu foco acerca da facilidade relativa que as salvaguardas judiciais contra a defesa de posturas antidemocráticas possam ser desabilitadas. Em consequência, é preciso que exista um caminho para que o povo possa fundamentar suas reivindicações sobre a constituição fora desta arena ou instituição e dê suporte a ela contra investidas antidemocráticas.

¹³⁶ Conforme constatado por Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 189), quando os concorrentes políticos preveem que podem estar um dia fora do poder, tendem a preferirem um tipo de *design* constitucional com papel amplo para os tribunais, como protetores das minorias. De outro modo, quando um partido acha que pode dominar a vida política por um futuro imprevisível, ele tende a preferir um tribunal mais fraco.

Que “[...] as pessoas jurem fé na Constituição, mesmo que a Constituição-na-prática fique aquém do que elas acreditam que a Constituição é e deveria se tornar” (BALKIN, 2011b, p. 95 – tradução livre)¹³⁷.

Para que o povo apoie algo ele precisa sentir parte daquele projeto ou instituição. Assim, para complementar a opção política pela constituição e por determinada estrutura institucional a *lógica política* estudada somente fará sentido se aquilo que constitui determinada comunidade ou sociedade veicular e proteger as narrativas e as histórias compartilhadas por esse povo que ela diz representar. A constituição e(m) as instituições não podem ir longe se o povo não pode ir também. Ela somente pode ir até onde o povo também consegue chegar. Esse é o caminho para que ele acredite no futuro esperançoso e deposite fé na constituição.

4.4. Conclusão: desenhos constitucionais por decisão judicial

O presente capítulo visou a contextualizar no Brasil as principais questões extraídas das análises até então realizada neste trabalho. Fixando-se no controle da omissão inconstitucional segundo a *performance* do Supremo Tribunal Federal na resolução normativa da greve no serviço público e da criminalização da homofobia e transfobia, tem-se que o documento constitucional é vivo e que as suas disposições textuais constituem uma tessitura sobre a qual o projeto político brasileiro pode ser desenvolvido.

Assim, as discussões tinham como ponto central analisar o desenvolvimento do planejamento constitucional inicial – e sua desarmonia com as circunstâncias atuais - a partir de decisões judiciais. Buscou-se reforçar a legitimidade da prática constitucional realizada por juízes e tribunais, e extrair de sua atuação a condição de legítimo desenhista ou planejador constitucional; de legítimo articulador de narrativas constitucionais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio de construções constitucionais.

A constituição como entidade viva reconhece que o seu desenvolvimento ocorre no tempo; é uma questão aberta ao futuro, todavia, com suas bases na estrutura originária, plasmadas pelo texto escrito, pela tessitura constitucional. Além disso, reconhece que a constituição na realidade é obra de vários atores políticos, os quais se incluem movimentos sociais, políticos, opinião pública e as próprias instituições oficiais elaboradas pela estrutura inicial.

¹³⁷ No original: “Interpretive theories—and the protestant constitutional claims they underwrite—make it possible for people to pledge faith in the Constitution even though the Constitution-in-practice falls short of what they believe the Constitution is and should become.”

O protagonismo do Poder Judiciário, no entanto, decorre da maior disponibilidade da instituição para atuação, principalmente, quando a instituição tem e é consciente do seu capital político. Daí a importância e legitimidade das construções realizadas por meio de decisões judiciais, sem prejuízo de que a própria estrutura que a constituição escolheu concedeu tais atribuições.

A resolução da omissão quanto à regulamentação da greve no serviço público – decorrente de provisão constitucional expressa – e do enquadramento das práticas de homofobia e transfobia como racismo, demonstram, no Brasil, que a obra originária é incompatível com as circunstâncias atuais, reclamando um replanejamento. De igual modo, as decisões atribuem ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião, bem assim o de planejador institucional/constitucional, compatibilizando-se a sua atuação com as práticas e considerações extraídas dos capítulos passados.

O enfoque na importância de juízes e tribunais como *designers* não é um dado irrefutável. Na medida que constituições são falíveis, suas instituições também são, mormente diante do contexto e influência política no âmbito dos processos de tomada de decisão, de forma que as construções constitucionais podem ser realizadas em contrariedade a valores caros à sociedade; a redenção não se opera e a fé no projeto constitucional enfraquece. Trata-se, no entanto, de um dado da própria vivência democrática, não ensejando necessariamente algum tipo de crise constitucional, mas uma postura fé diante do momento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Escute só, isto é muito sério.
Anda, escuta que isso é sério!
O mundo está tremendamente esquisito. Há dez anos atrás o
Leon me disse que existe uma rachadura em tudo e que é assim
que a luz entra, não sei se entendi. Você percebe alguma coisa
da mistura entre falhas e iluminação?”

(Trecho do poema “Fevereiro” de Matilde Campilho)

O objetivo geral do presente trabalho é de apresentar uma releitura das instituições da revisão judicial ou do controle judicial de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Defendeu-se uma proposta normativa de concepção de jurisdição constitucional no qual o Poder Judiciário figura como legítimo planejador ou *design* constitucional, de modo que tal função não ficaria relegada aos processos constituintes que guiarão indefinidamente as futuras gerações.

A proposta que se defendeu, portanto, compreende a legitimidade das mudanças constitucionais levadas à efeito por meio de decisões judiciais, principalmente a partir da resolução das omissões inconstitucionais no caso do direito de greve no serviço público e do enquadramento como crime de racismo das práticas homofóbicas e transfóbicas.

Nesse sentido, para operacionalizar este produto de pesquisa, e com base no primeiro objetivo específico, fixou-se que a revisão judicial ou o controle judicial de constitucionalidade, ou, ainda, expansão mundial pela adoção de Cortes e Tribunais Constitucionais e novas democracias, constitui uma instituição protagonista no desenvolvimento político da entidade política. Com isso, embora a defesa de posturas ideacionais de que a expansão se derivou sobremaneira em decorrência da linguagem de direitos adotadas por documentos escritos, como forma de romper com passados de autoritários e ampla violação de direitos fundamentais, a fundamentação ainda se apresentava insuficiente para a adequada compreensão deste protagonismo.

Esta insuficiência decorria, em essência, da explicação um pouco superficial de que não existiam motivos evidentes que o grupo político que está no poder e quer romper com práticas passadas adotasse modelos institucionais que limitassem o próprio poder. É dizer, faltava um ingrediente adicional para explicitar a defesa por estruturas institucionais ao tempo da

elaboração do texto constitucional que atribuísse a uma instituição pretensamente fora do cenário político para resguardar os direitos encartados no texto.

Assim, com base em importantes estudos comparativistas de ciência política e de economia política constitucional, concluiu-se que havia um fundamento que servia como pressuposto para tais escolhas, e não era simplesmente o resguardo dos direitos da comunidade. Pode-se, inclusive, afirmar que a linguagem de direitos servia apenas como meio para que outras escolhas que não ganhariam tanta atenção assim da comunidade. A isso chamou-se de *lógica política da revisão judicial*, no qual os elaboradores por meio de compromissos e barganhas políticas tentavam acomodar a possibilidade de permanência no poder mesmo que, na incerteza do futuro, eles se tornassem a minoria.

Em vista disso, a adoção por instrumento de controle de constitucionalidade é mais bem explicada a partir de perspectivas reais ocorridas previamente ao momento da elaboração em si do documento, que, como tais, objetivavam a *redução dos riscos das incertezas políticas*. Havia já naquele momento de ruptura a percepção de que o desenvolvimento político da comunidade não se encerraria naquele momento e, assim, estruturas deveriam ser adotadas para que a competição eleitoral se mantivesse em igualdade na eventualidade da maioria de hoje ser a minoria de amanhã. A lógica por trás, portanto, era a defesa dos direitos das minorias não apenas porque ganhava guarida em linguagem de direitos, mas porque na incerteza os detentores do poder poderiam se valer de instrumentos para a concorrência eleitoral. Ainda que importante a linguagem de direitos o sistema político impunha força de modo tal que os interesses dos elaboradores não necessariamente refletiam os interesses da população. Eram interesses próprios.

No entanto, com desenvolvimento da instituição por meio do resguardo dos direitos, observou-se uma aceitação da instituição de modo tal que havia uma interrelação entre revisão judicial e democracia, uma instituição contribuído com a outras para o seu desenvolvimento e agregação de competências ou questões que não puderam ser aferidas no momento da fixação dos compromissos constitucionais. A esse respeito, a constituição não apenas é um instrumento de resguardo de direitos e organização do corpo político. Ela é uma típica forma de política por outros meios como forma de coordenação entre o povo e o Estado. Diga-se mais, sem o apoio do povo, a instituição criada para conformar o seu comportamento não se manteria legítima.

Com efeito, referida coordenação se valia de instituições experimentais para articular os interesses os mais diversos e obter a conformação da própria sociedade com ela. Logo, o processo de planejamento constitucional nada seria do que um complexo instrumento de acomodação de interesses possíveis e de redução de riscos e cuja preocupação, ao lado dos

direitos, também se dava com questões mudanas. Existe uma lógica pela adoção de constituições e instituições não sendo um dado irrefutável, mas até um experimento para que práticas passadas recebessem uma nova conformação institucional. Por isso, a adoção de constituições escritas com instrumentos de controle judicial de constitucionalidade se apresentaria mais como uma *predestinação* do que uma autoevidência advindas de outros modelos e experiências. Constituições seriam as suas próprias instituições, sendo uma relação irmane predestinada a ocorrer.

Além disso, talvez a conclusão mais importante, porém subjacente aos estudos descritos no primeiro capítulo se assentem sobre a falibilidade, eis que assentada em compromissos imperfeitos e incertos de serem cumpridos, de forma que a questão da fundamentação da constituição estava no seu caráter de uma forma de política institucional por outros meios de acomodação de comportamentos, ou coordenação deles, o foco fundacional pela adoção de constituições e instituições deveria receber mais luzes em seu caráter em nível de sistema e não em posturas ideacionais, que, conquanto importantes, ainda deixava espaços sem explicação.

Ao se fixar estas conclusões, tem-se que a melhor concepção de constituição é aquela que reconhece as incertezas de seu projeto, uma vez que a política está sempre em movimento e os elaboradores além de mais preocupados com interesses próprios, adotam provisões para esse fim. É dizer, constituições são produtos inacabados e falíveis, porque o processo de planejamento assim o é, de forma que as instituições criadas servem para os propósitos de replanejamento ou redesenho.

Exatamente neste ponto que o segundo capítulo se fixou e, para tanto, foram utilizados os instrumentais teóricos defendidos por Jack Balkin quanto ao constitucionalismo redentivo e fé constitucional. Suas construções levaram à conclusão de que não se pode atribuir à constituição qualquer tipo de natureza perfeita. Isso revelaria uma idolatria que serviria aos propósitos de exclusão ou da ilegitimidade das mudanças que as gerações vindouras apresentariam à constituição. Desse modo, perfilhando do caráter dinâmico da política constitucional, o texto constitucional forma uma estrutura para o desenvolvimento da política no tempo, cuja incerteza é o principal ponto. É dizer, a constituição é vulnerável, é um projeto falho e isso é o meio para que as gerações posteriores pudessem corrigir e anexarem a ele.

A constituição embora compreenda a história constitucional de um povo, com seus compromissos, avanços e conquistas, são apenas um imaginário possível ao tempo de sua criação. A constituição elaborada originariamente não seria a única história do povo, mas uma história possível; ou mesmo, porque se decidiu por não tratar de certos temas. Logo, a ideia de história constitucional é formada por um conjunto de narrativas que, dada a limitabilidade e

falibilidade do projeto, não pode excluir que outras narrativas ganhem assento constitucional. Ao revés, fixa-se uma história original com a fé e esperança de que, no futuro, as gerações vindouras acomodação novas narrativas e excluirão aquelas incompatíveis com os valores atuais, por meio de construções constitucionais realizadas por instituições oficiais e não oficiais, a exemplo dos movimentos sociais.

É preciso, pois, evitar os perigos de uma única história em documento que fixa um projeto constitucional de longo prazo, uma vez que a disputa sobre a constituição e suas instituições não apenas é um dado, mas, sobretudo, uma necessidade ao sistema político e para evitar que situações de injustiça de mantenham mesmo quando o mundo já está livre delas. A constituição, a esse respeito, deve ser concebida como um instrumento redentivo para resgatar e cumprir promessas e compromissos imperfeitos e não realizados.

De igual modo, pela libertação oferecida pela redenção deve ser o meio para retirar da prática constitucional aquilo não mais comportado pela nova aliança. Embora seja um meio de coordenar governo e sociedade, a constituição articula a libertação desta mesma sociedade, valendo-se de mecanismos os mais diversos como a revisão judicial, movimentos sociais, movimentos políticos e a própria opinião e o seu poder de persuasão.

Concluiu-se também não necessariamente as mudanças, as construções constitucionais e as novas narrativas virão para libertar, mas a possibilidade de fé de que as coisas mudarão progressivamente é o principal ponto. Em outras palavras, os próprios processos e mecanismos de redenção também são falhos e vulneráveis, a denotar que a constituição é também um ato de clamor à própria sociedade, que sempre se encontra em cenários de impasses. Ademais, quando guiada a discussão para o texto escrito, percebe-se que o texto não é apenas a constatação de algo, mas figura também como o meio para entrelaçar as narrativas, isto é, é uma tessitura semelhante a um tecido que forma a base para desenvolvimento.

A esse respeito, e manejando-se para operacionalizar o objetivo geral de releitura do Poder Judiciário, esta instituição é uma das responsáveis pela redenção constitucional. Isso porque as mudanças ocorrem ao mesmo tempo na sociedade e nas instituições oficiais, cabendo aos mecanismos de controle judicial sensibilidade de considerar tais práticas e transformá-las em construções constitucionais, igualmente sujeitas a falhas. As narrativas de um povo os interligam enquanto um sujeito coletivo intemporal, porém, frágeis e vulneráveis. Concluiu-se, então, que a redenção é a libertação para o reconhecimento da falibilidade e a constituição é a instituição para tal fim.

Resgatando-se, então, o terceiro objetivo desta pesquisa, tem-se que a redenção constitucional ocorre por meio de instituições oficiais, principalmente a judicial. Os

mecanismos de controle judicial de constitucionalidade têm o poder de catalisar mudanças e libertar o povo para que novas narrativas constitucionais ganhem espaço na tessitura constitucional. O povo se liberta pela constituição, porque ela é um projeto político de longo prazo no qual concorrem a sociedade – e o seu poder de persuasão por mecanismos não oficiais – como também o Poder Judiciário, que, como visto é falho, porém, fomenta novas construções constitucionais legítimas.

Assim, o terceiro capítulo serviu para aplicar no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que ela um projeto falível e que o Supremo Tribunal Federal deve ser compreendido dentro do contexto de uma instituição cuja opção política por sua adoção visa ao desenvolvimento do projeto político-constitucional. É dizer, o Poder Judiciário é legítimo planejador constitucional; um típico desenhista constitucional e isso foi fixado pelo próprio processo de desenho institucional. Para tanto, como forma de operacionalizar a pesquisa, valeu-se da resolução de duas falibilidades aparentes: a ausência de tratamento normativo sobre a greve nos serviços públicos e o enquadramento de práticas de homofobia e transfobia como crime de racismo.

Tem-se, também, que a fixação e releitura do Poder Judiciário como construtor constitucional o coloca em meio a impasses políticos severos, talvez não observados antes quando a complexidade das questões sociais era menor ou não ganhava a importância que hoje é atribuída a elas, em vista os engajamentos sociais. Mas isso não implica em momento de abandonar a confiança nas instituições e, em consequência, na constituição. Em tempos de pouca fé, de provações, que a redenção constitucional tem seu maior protagonismo, porque ela é uma promessa de liberdade, que, como visto, predestinada.

A título de conclusão final descrevo uma importante passagem bíblica. No livro em que se atribui a primeira narrativa bíblica do ponto de vista histórico, o livro de Jó, narra-se que Deus dialogava com o Diabo quando foi objetado que Jó somente era próspero porque Deus o protegia por meio de uma “cerca viva” e, assim, era fácil para ele ter fé em Deus e confiar em sua própria prosperidade. Em outras palavras, a vida é fácil quando tudo dá certo. Mas Deus permitiu que o Diabo agisse contra Jó, tirando-lhe tudo. No entanto, sua fé permaneceu e ele prosperou bem mais que antes. Jó confiou nas promessas de redenção e assim foi liberto mesmo diante de todas injustiças e provações¹³⁸.

¹³⁸ Eis a passagem: Jo: 1:10-11 “Tu não fizeste uma cerca viva sobre ele, e sobre a sua casa, e sobre tudo que ele tem por todos os lados? Tu abençoaste o trabalho de suas mãos e suas posses aumentam na terra. Mas estende a tua mão agora e toca tudo que ele tem, e ele amaldiçoará dia da tua face. E o Senhor disse a Satanás: Eis que tudo o que ele tem está em teu poder; somente sobre ele não estendas a tua mão [...]” (KJV).

Esta narrativa é muito coerente com a concepção de constituição em instituições aqui defendida neste trabalho. A constituição nos cerca, mas como uma cerca viva, ela nos protege, nos garante um espaço de conformação, mas, igualmente permite que crescamos, eis que viva. A constituição é uma cerca viva, que nos resguarda, mas, acima de tudo, nos liberta. Basta ter fé e lutar pela sua verdade.

Portanto, o presente estudo é uma proposta normativa, mas também um clamor de fé e esperança. É um estudo sobre o reconhecimento de que a vulnerabilidade faz parte de toda e qualquer instituição social e da própria humanidade. É um momento de reconhecer erros, mas, sobretudo, lutar por acertos e confiar que nossas instituições, vivas, estão prontas para tal fim e para desenvolver cada vez mais o projeto político. Estão prontas para *replanejar* o projeto original. Existe sempre uma brecha, uma vulnerabilidade, mas é por ela que a luz entra.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Virginia Law Review. Vol. 87. 771-797, 1997. Disponível em:<
https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=fss_papers>. Acesso em 20 jan. 2020.
- ALBERTS, Susan. WARSHAW, Chris. WEINGAST, Barry R. **Democratization and Countermajoritarian institutions: Power and Constitutional Design in self-Enforcing Democracy**. In: GINSBURG, Tom (org.) Comparative constitutional design. Cambridge University Press, 2012, p. 69-100.
- BACHRACH, Peter. BARATZ, Morton S. **Duas faces do poder**. Revista de Sociologia Política. Scielo, 2011. Disponível em:<
<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/JmswJhMprywMKZ4LVNfQsDf/?lang=pt#>>. Acesso em set. 2021.
- BALKIN, Jack M. Constitutional crisis and constitutional rot. In: GRABER, Mark A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark (coord.). Constitutional democracy in crisis? New York: Oxford University Press, 2018, pp. 13-28.
- _____. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge: Harvard University Press, 2011a.
- _____. **Living originalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2011b.
- _____. **Constitutional Hardball and Constitutional Crises**. Yale Law School. Faculty Scholarship Series, 2008.
- BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BLACK JR., Charles L. **The People and The Court: judicial review in a democracy**. Englewood Cliff: New Jersey, 1960.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012.
- BRINKS, Daniel M. **Fieles servidores del regimen. El papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo la Constitución de 1988**. In: HELMKE, Gretchen. RIOS FIGUEROA, Julio. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- CLAYTON, Cornell W. **The Supreme Court and Political jurisprudence: new and old institutionalisms**. In: _____. GILLMAN, Howard (Coord.). *Supreme Court Decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: Chicago University Press, 1999.

DIAMOND, Larry. **Is the Third Wave Over?** 7 *Journal of Democracy* 20, 1996. Disponível em: <http://www.u.arizona.edu/~zshiple/pol437/docs/Diamond_1996.pdf>. Acesso em 05 jan. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014a.

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014b.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELKINS, Zachary. MELTON, James. GINSBURG, Tom. *The endurance of national constitutions*. Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, Jon. **Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making**. In: GINSBURG, Tom (org.) *Comparative constitutional design*. Cambridge University Press, 2012, p. 15-31.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FISS, Owen. **The right degree of independence**. In: STOTZKY, Irwin P. *Transition to democracy in Latin America: the role of the judiciary*. San Francisco: Westview Press, 1993, pp. 55-72.

FREIRE, Alonso. **O PROCESSO CONSTITUINTE INCLUSIVO: Fundamentos Teóricos, Evidências Empíricas e Dinâmicas Governantes**. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 303 f.

_____. FRAZÃO, Carlos Eduardo. MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. RUFINO, Victor Santos. **O fenômeno da inconstitucionalidade circunstancial**. JOTA. Opinião & Análise. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020>>. Acesso em out. 2021.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook)

_____. **The politics of judicial review**. *Texas Law Review*, Vol. 84, pp. 257-337, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328>. Acesso em 31 mar. 2020.

_____. **Mediated popular constitutionalism**. 101 *Mich. L. Rev.* 2596, 2003. Disponível em: <http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-mediatedpop_5876E725-1B21-6206-6053A93E6A8A0C13.pdf>. Acesso em 31 mar. 2020.

FRIEDMAN, Barry. **The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty**, Part Five, 112 Yale L.J. (2002). Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol112/iss2/1>>. Acesso em jan. 2020.

GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American: Constitutions in trouble**. In: GRABER, Mark A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark (coord.). **Constitutional democracy in crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, pp. 177-189.

GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: Chicago University Press, 2015.

GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. **How to save a Constitutional Democracy**. Chicago: Chicago University Press, 2018.

GINSBURG, Tom. **The global spread of constitutional review**. In: WHITTINGTON, Keith E. KELEMEN, Daniel R. CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 81-98.

_____. **Judicial Review in New democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom (org.) **Comparative constitutional design**. Cambridge University Press, 2012, p. 1-14.

_____. BLOUNT, Justin. ELKINS, Zachary. **Does the Process of Constitution-Making Matter?** In: GINSBURG, Tom (org.) **Comparative constitutional design**. Cambridge University Press, 2012, p. 31-68.

GRABER, Mark A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark (coord.). **Constitutional democracy in crisis?** New York: Oxford University Press, 2018.

_____. **What's in crisis? The postwar constitutional paradigm, transformative constitutionalism, and the fate of constitutional democracy**. In: _____. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark (coord.). **Constitutional democracy in crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, pp. 665-690.

HARDIN, Russel. **Why a Constitution**. In: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila. **Social and Political foundations of constitutions**. Cambridge University Press, 2013.

HIRSCHL, Ran. **The Strategic Foundations of Constitutions**. In: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila. **Social and Political foundations of constitutions**. Cambridge University Press, 2013.

ISSACHROFF, Samuel. **Fragile Democracies: contested power in the era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional identity**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

KALT, Brian. **Constitutional cliffhangers: A legal guide for Presidents and their enemies**. Yale University Press, 2012.

KAPISZEWSKI, Diana. **Arbitro de conflitos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición**. In: HELMKE, Gretchen. RIOS FIGUEROA, Julio. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOVÁCS, Kriszta. SCHEPPELE, Kim Lane. **The Fragility of an Independent Judiciary: Lessons from Hungary and Poland and the European Union**. *Communist and Post-Communist Studies*, v. 51, n. 3, 2018, p. 189-200.

KRAMER, Larry. **The people themselves – popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LANDAU, David. **Abusive constitutionalism**. *UC Davis Law Review*, Estados Unidos, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em 20 dez. 2017.

LARUE, Lewis H. **Constitution Law as Fiction: Narrative in the rhetoric of Authority**. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1995.

LEPORE, Jill. **Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Zahar, 2018.

LEVINSON, Sanford. BALKIN, Jack M. **Constitutional crises**. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 157. No. 3, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008, (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9).

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrinchamento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014 – (Série IDP: pesquisa acadêmica). Edição do Kindle.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Editora Todavia, 2018.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **O mínimo existencial.** Revista Direito da Cidade. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2016.

SARTORI, Giovanni. **Constitutionalism: a preliminary discussion.** The American Political Science Review, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), pp. 853-864. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5686339/mod_resource/content/1/SARTORI%2C%20Giovanni%20-%20Constitutionalism%2C%20a%20preliminary%20discussion.pdf>. Acesso em jul. 2021.

SCHEPPELE, Kim Lane. **A Constitution between Past and Future.** 49 William & Mary Law Review, 1377, 2008. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol49/iss4/11>>. Acesso em 15 nov. 2020.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”.** Porto Alegre: L&PM Editores, 2018.

SUNSTEIN, Cass. **Foreword, The Supreme Court, 1995 Term: Leaving Things Undecided.** Harvard Law Review, 1996. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=10256>>. Acesso em 20 jun. 2021.

_____. (org.). **Can it happen here: Authoritarianism in America.** HarperCollins, 2018.

STOURZH, Gerald. **Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century.** In: _____. From Vienna to Chicago and Back: Essays on Intellectual History and Political Thought in Europe and America. Chicago Scholarship Online, 2013.

TUSHNET, Mark. **Authoritarian Constitutionalism.** 100 Cornell L. Rev. 391, 2015. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr>>. Acesso em: 17 set. 2017.

TUSHNET, Mark. **Constitutional Hardball,** 37 J. Marshall L. Rev. 523 (2004).

_____. **Taking the Constitution away from the courts.** New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law.** Elgar Advanced Introductions series. Edward Elgar Pub, 2014.

_____. KHOSLA, Madhav. **Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia.** Comparative Constitutional Law and Policy. Cambridge University Press, 2015.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** The Yale Law Journal. 115:1346. 2006. Disponível: <

<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=ylj>. Acesso em 20 abr. 2015.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2003.

_____. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional construction: Divided Powers and Constitutional Meaning**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

YOUNG, Katharine G. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.