

Assimetria de poder na transição democrática e o desenho da jurisdição constitucional brasileira¹

Power asymmetry in the democratic transition and the design of Brazilian judicial review

Bruno César Lorencini²

Resumo

O artigo discute a causalidade existente entre a assimetria de poder verificada no momento constituinte de 1988 e o desenho do modelo de jurisdição constitucional brasileiro. Inicialmente, compreende-se o processo de transição política e as hipóteses explicativas para a relação entre democratização e constitucionalismo. Após, analisa-se a jurisdição constitucional enquanto instituição central do Estado Constitucional Democrático, analisando-se os fatores de tensão e conciliação entre os fenômenos democrático e constitucional. Conclui-se com a defesa da tese que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 se caracterizou pela baixa assimetria de poder, o que resultou na ampliação decisiva da jurisdição constitucional e sua fixação como pilar normativo da democracia brasileira.

Palavras-Chave: Assimetria. Constituinte. Constitucionalismo. Democratização. Poder.

¹ Recebido em: 10/10/2020 / Aprovado em: 02/12/2020.

² Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Processual, Administrativo e Financeiro pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-doutorado (Visiting Scholar) na Columbia University em Nova Iorque (EUA). Pós-Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade São Paulo (USP). Mestrando (ALM - Master of Liberal Arts in Extension Studies) em Government na Harvard University (EUA). Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Constitucional, Direito Internacional, Ciência Política e Direito Eleitoral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do programa de Pós-Graduação da Faculdade Alves Faria - ALFA. Associado Fundador do Observatório Constitucional Latino-Americano (OCLA). Fundador e coordenador do Projeto Democracia e seus Desafios no Século XXI. Coordenador da especialização do Instituto Brasileiro de Direito do Agronegócio. Membro do Conselho Editorial do Consinter e da Editora Juruá. Avaliador científico da Revista Opinião Jurídica, Revista do Direito Público e da Revista Brasileira de Políticas Públicas. Autor das obras Financiamento Eleitoral. Perspectiva Comparada (2014), Democracia Qualificada e Responsabilidade Política (2018), entre outras publicações científicas. International Visitor Leader do Departamento de Estado Americano (IVLP - EUA/2019). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ex-Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça Eleitoral no Tribunal Superior Eleitoral. E-mail: bclorencini@gmail.com

Abstract

This article discusses the causality between the power asymmetry verified in the 1988's constituent and the design of the Brazilian judicial review. The article begins with the debate about political transition process and the explanatory hypotheses for the relationship between democratization and constitutionalism. Then, analyses the constitutional jurisdiction as a central institution of the Democratic Constitutional State, considering the factors of tension and conciliation between democracy and constitution. It concludes with the defense of the thesis that the 1988 National Constituent Assembly was characterized by low power asymmetry, which resulted in the decisive expansion of judicial review and its establishment as a normative pillar of Brazilian democracy.

Keywords: Asymmetry. Constituent. Constitutionalism. Democratization. Power.

Introdução

Entre os fatores relevantes nos processos de transição democrática vivenciados pelos Estados, especialmente os da terceira onda³, encontra-se o advento de uma nova constituição⁴. Embora não se trate de regra absoluta, a transmutação de um Estado autoritário em democrático inicia-se com um processo de liberalização⁵ e culmina com a elaboração de uma nova constituição, que institucionaliza o regime democrático e estabelece as regras do jogo político.

Trata-se do processo vivenciado no Brasil entre o final da década de 1970 e meados da década de 1980, representando a Constituição de 1988 o pacto que agregou as forças tradicionais da política brasileira, tanto no campo da situação quanto da oposição, mas abrindo espaço, também, para grupos marginais. Neste cenário relativamente amplo de composição, o texto

³ HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Oklahoma: Edited by University of Oklahoma Press, 1993.

⁴ Conferir NEGRETTO, Gabriel L. **Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Doi: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139207836>; CORRALES, Javier. **Fixing Democracy: Why Constitutional Change Often Fails to Enhance Democracy in Latin America**, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190868895.001.0001>. Acesso em: 09 out. 2020, entre outros.

⁵ Importante destacar a diferença conceitual entre liberalização e democratização. Como bem destacam Linz e Stepan, a democratização inclui a liberalização, mas em um contexto mais amplo, em que se requer competição aberta sobre o direito de governar, o que implica eleições livres e justas. LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation**. Belimore: Edited by The Johns Hopkins University Press, 1996, p. 3.

constitucional de 1988 é festejado, por alguns, como o elemento central da consolidação democrática brasileira⁶.

O processo de transição política representa a “desarticulação da velha ordem política e de edificação da nova”⁷, implicando mudanças institucionais e no modelo de interação entre as forças políticas relevantes. Neste contexto, o texto constitucional ingressa como a ferramenta estratégica fundamental para definir os caminhos do Estado para a consolidação democrática. As questões estratégicas centrais a serem definidas, como bem destaca Moisés, são os “processos de distribuição do poder em sociedades que, por definição, são desiguais, relativamente complexas e essencialmente conflitivas”⁸.

No caso brasileiro, a estratégia ganha complexidade diante da transição ter se caracterizado como de continuidade, ou seja, as forças políticas predominantes no período autoritário – Forças Armadas especialmente – exerceram relevante influência do desenho institucional da democracia⁹. Significa, portanto, que a Constituição de 1988 representa menos ruptura e mais consenso, o que traz importantes consequências para a análise de seu funcionamento como regra do jogo democrático.

O modelo de transição e o design institucional da constituição são fatores que pesam para o alcance da consolidação democrática. Alinha-se, aqui, à definição de Linz e Stepan, que enxergam a democracia consolidada a partir de três elementos: (i) comportamental; (ii) atitudinal; e (iii) constitucional. O comportamental se extrai da inexistência de qualquer força política, social, econômica ou institucional que despenda recursos na busca de instalar um regime não democrático. O atitudinal quando a maioria da opinião pública suporta o entendimento de que a democracia é melhor forma de governar a vida

⁶ “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder”. BARROSO, Luis Roberto. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. Jan/Jul 2008.

⁷ MOISÉS, José Álvaro. Dilemas da consolidação democrática no Brasil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº. 16, p. 47-86. 1989. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-64451989000100003>. Acesso em: 15 set. 2020. p. 51.

⁸ MOISÉS, José Álvaro. **Dilemas da consolidação democrática no Brasil**. p. 51.

⁹ MOISÉS, José Álvaro. **Dilemas da consolidação democrática no Brasil**. p. 64.

coletiva. O constitucional, enfim, ocorre quando as forças políticas governamentais e não governamentais resolvem seus conflitos conforme procedimentos e instituições cancelados pelo novo processo democrático¹⁰.

Os três elementos possuem clara interdependência e se desenvolvem dentro de uma trajetória comum. Na realidade, a consolidação se desenvolve a partir de um processo de aquisição de ampla e profunda legitimação da democracia na sociedade, em suas diferentes camadas. Diamond, relata com precisão tal processo, ao identificar a legitimação a partir da adesão à fórmula democrática de todas as camadas relevantes da sociedade: popular, intermediários – como partidos políticos e organizações sociais – e a elite política e econômica. Indispensável que forças antidemocráticas sejam absolutamente minoritárias e irrelevantes para que a democracia se consolide¹¹.

O alcance da ampla legitimação depende de avanços simultâneos nos três elementos de consolidação democrática. Não é possível, por exemplo, imaginar o elemento atitudinal evoluindo consistentemente sem que os elementos comportamental e constitucional se façam presentes e vice-versa. Caso um elemento avance de forma isolada, o processo de consolidação não se conclui, sendo possível, inclusive, o retrocesso autoritário.

A complexidade do fenômeno democrático reside, aliás, no fato dele se desenvolver de forma dialética, intercalando períodos de avanços e retrocessos¹². Por essa razão, a história da democracia é marcada pelo fenômeno das ondas democráticas, estudadas por Huntington, entendido como o processo de transição que blocos relativamente uniformes de países enfrentaram ao longo da história do século XIX.

Após a primeira onda democrática, observada ao longo dos anos de 1828 a 1926 e a segunda onda, iniciada no pós-segunda guerra mundial, entre os anos de 1943 a 1964, a terceira onda se inicia em 1974, com uma *expansão global* da democracia. Começa com o sudeste europeu em meados da década

¹⁰ LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation**. p. 06.

¹¹ DIAMOND, Larry. **Developing Democracy Towards Consolidation**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999, p. 65.

¹² HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**.

de 1970, alcançando os Estados latino-americanos pós-período ditatorial no início da década de 1980. Ainda na mesma década, ingressam os países do leste, sudoeste e sul asiáticos, sendo que, a partir dos anos 90, observa-se a transição democrática do antigo bloco soviético.

A proposta de Huntington é discutir se a exemplo das ondas anteriores, que sofreram episódios de reversão autoritária – especialmente nos momentos do nazismo e fascismo políticos –, a terceira onda democrática corre similar risco de reversão. Após a obra de Huntington, o otimismo com as democracias da terceira onda era reduzido entre os cientistas políticos. Entretanto, algumas décadas após a transição, é possível observar que o futuro pessimista não se confirmou, ao menos não inteiramente.

Bruhn, em estudo no qual confronta as expectativas da década de 1990 com os resultados da década 2000 nas democracias latino-americanas¹³, afirma que as expectativas de reversão autoritária eram baseadas em três ameaças: a retomada da intervenção pelos militares, o impacto das crises econômicas e das reformas neoliberais e o resultado da combinação entre presidencialismo e sistemas multipartidários. Vinte anos depois, contudo, “todas vulneráveis democracias latino-americanas sobreviveram”¹⁴, a despeito da grande instabilidade política que marcou a região, com diversos presidentes sendo forçados a sair do cargo antes do encerramento de seu mandato constitucional. Realmente, entre 1990 e 2020, diversos presidentes latino-americanos deixaram o cargo por força do impeachment ou sob pressão de sofrer impeachment. A pergunta que Bruhn formula a partir desse contexto é o que justifica a surpreendente resiliência da democracia latino-americana, mesmo diante do elevado grau de instabilidade política que demarca a região?¹⁵

Neste artigo, desenvolve-se a hipótese de que um fator central para a manutenção da estabilidade democrática no Brasil é o desenho da jurisdição

¹³ BRUHN, Kathleen. The Resilience of Latin American Democracy. In: **The Dynamics of Decmocratization: Dictatorship, Development, and Diffusion**. Edited by Nathan J. Brown. Baltimore : Johns Hopkins University Press, 2011, p. 319.

¹⁴ BRUHN, Kathleen. **The Resilience of Latin American Democracy**. p. 319.

¹⁵ BRUHN, Kathleen. **The Resilience of Latin American Democracy**. p. 319.

constitucional¹⁶ estabelecido no momento constituinte. A hipótese é amparada pela leitura de Corrales¹⁷, que estabelece que a presença de assimetria no poder político no momento do desenho constitucional influenciará o grau de compromisso democrático assumido na constituição.

O artigo está estruturado da seguinte forma: no primeiro tópico se analisa o fenômeno da transição e consolidação democráticas, revisando a literatura sobre o tema. Apresenta-se, ainda, a teoria de Corrales acerca da assimetria no poder e quais suas consequências para o design constitucional. No segundo tópico, analisa-se a relação entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, recuperando suas raízes de formação e a forma como foi estabelecida no constitucionalismo brasileiro. No tópico final, conclui-se o objetivo do estudo que é estabelecer a relação entre a assimetria de poder existente no momento constituinte brasileiro e a verdadeira revolução realizada pela constituição de 1988 no modelo de jurisdição constitucional brasileiro.

1. Transição e consolidação democráticas e o papel da constituição: revisão da literatura

Há, sem dúvida, diferentes explicações sobre a democratização e, também, sobre o que impede a regressão autoritária. A clássica teoria da *modernização* de Lipset¹⁸ correlaciona fatores econômicos e sociais ao desenvolvimento estrutural da democracia. Sob tal teoria, a democracia seria o resultado de “crescimento econômico, industrialização e expansão educacional”¹⁹. Já sob o paradigma da transição, a democracia seria promovida a partir de estratégias da elite e por condições circunstanciais, cercadas de

¹⁶ Define-se, para os fins deste estudo, jurisdição constitucional como a atividade do Poder Judiciário voltada a controlar a validade das leis e outros atos normativos produzidos pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo), tanto por intermédio do sistema difuso quanto do sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

¹⁷ CORRALES, Javier. **Fixing Democracy: Why Constitutional Change Often Fails to Enhance Democracy in Latin America.**

¹⁸ LIPSET, Seymour Martin. Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy. **American Political Science Review**, v. 53, p. 69-105. 1959. DOI: <https://doi.org/10.2307/1951731>.

¹⁹ TEORELL, Jan. **Determinants of Democratization: Explaining Regime Change in the World, 1972–2006.** Cambridge: Cambridge University Press. Doi:10.1017/CBO9780511762727.

incertezas²⁰. Há ainda correntes que entendem a democratização como resultado da atuação de *forças sociais*²¹ e, ainda, a explicação *econômica* da democratização, que a percebe como o resultado de uma concessão das elites econômicas²².

Em todas essas tentativas teóricas de explicar a democratização, a constituição, enquanto instituição político-jurídica, desempenhará algum papel, variando, por evidente, seu maior ou menor protagonismo. Isso porque a constituição é um elemento fundante da vida política nas democracias ocidentais, recebendo o papel central de fixar as regras do jogo democrático. Seria ingenuidade afirmar que tais regras são suficientes para assegurar a consolidação democrática e impedir a reversão autoritária, mas é impossível ignorar que o texto constitucional desempenha algum papel em tal processo.

Há importante literatura política explorando a relação entre o sistema constitucional de um Estado e o processo de transição e estabilização democrática. É possível classificar de forma dicotômica os entendimentos teóricos acerca do tema

De um lado, encontra-se a visão institucionalista da constituição em relação à democracia, inserindo as opções constitucionais acerca de questões como sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), modelo eleitoral (sistema eleitoral, partidos políticos, etc.) e responsabilidade política (impeachment, moção de censura, recall, etc.) como fatores determinantes e estruturais para a estabilização democrática.

De outro lado, encontra-se a visão conjuntural. Parte-se da ideia de que o constitucionalismo, assim como outras instituições, é resultado da interação

²⁰ É a tese de O'Donnell, que observa em Estados da "terceira onda" a configuração de "democracias delegativas", em que as decisões são impostas por um governo eleito, com pouco controle por outras instituições (*accountability horizontal*) e com padrões de representatividade que não equivalem aos das democracias consolidadas. Ver, entre outros, O'DONNELL, Guillermo. *Delegative Democracy*. In: **Classes and Elites in Democracy and Democratization**. Edited By Etzioni-Halevy, Eva. New York: Routledge, 1997. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203765173-31>.

²¹ Sobre o papel das forças sociais no processo de democratização, conferir BELLIN, Eva. *Contingent Democrats: Industrialists, Labor, and Democratization in Late-Developing Countries*. **World Politics**, v. 52(2), p. 175-205. Doi:10.1017/S0043887100002598.

²² Acerca da explicação econômica, conferir ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Economic Origins of Dictatorship and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511510809.

entre forças políticas e sociais. Neste cenário, o compromisso democrático estabelecido no texto constitucional seria proporcional ao grau naturalmente existente na sociedade.

Há, por evidente, variações teóricas em cada uma das correntes. Não haverá, por certo, consenso entre os institucionalistas acerca de quais são as condições determinantes para que a Constituição assegure o pacto democrático²³. Da mesma forma, dentro da visão conjuntural haverá divergências acerca de quais são as forças reais mais relevantes para determinar o processo de transição e, por consequência, o constitucionalismo democrático²⁴. Neste tópico, realiza-se revisão de literatura para destacar alguns aspectos relevantes na relação entre constitucionalismo e democracia, conforme cada corrente teórica acima destacada.

Stepan e Skach²⁵ trazem abordagem institucionalista, no sentido de que “a democracia política não depende somente de condições econômicas e sociais, mas também do desenho de instituições políticas”. Sob tal premissa, inserem a constituição como um parâmetro que influenciará a consolidação democrática, enfocando, especialmente, no sistema de governo nela delineado, se presidencialista ou parlamentarista. Na mesma linha, vale citar a obra de Bellamy²⁶, cuja tese insere a crítica de que o modelo de constitucionalismo legal, em especial aquele no qual se estabelecem as Cortes como órgão de leitura e interpretação final de seu texto, pode entrar em confronto com valores

²³ Vasta a literatura acerca das condições para a estabilidade democrática. Destaque para LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation**; DAHL, Robert A. **Polyarchy**. New Haven: Yale University Press, 1972; DIAMOND, Larry. **Developing Democracy Towards Consolidation**, entre outros.

²⁴ Ressalta-se, por exemplo, a divergência entre as teorias *estratégica* e da *força social*. No campo da primeira, O'Donnell e Schmitter enxergam na transição democrática um processo coordenado por atores, especialmente pertencentes à elite política e econômica. O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. 1986. *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1986.

Em relação à segunda, Rueschemeyer sustenta que as classes trabalhadoras são protagonistas na busca da democracia. RUESCHEMEYER, Dietrich; STEPHENS, Evelyn Huber; STEPHENS, John D. **Capitalist Development and Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

²⁵ STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism. **World Politics**, v. 46(1), p. 1-22. 1993. Doi: <https://doi.org/10.2307/2950664>.

²⁶ BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**. Una Defensa Republicana de La Constitucionalidad de La Democracia. Madrid: Edited by Marcial Pons, 2010.

democráticos. O autor promove, portanto, a cisão entre constitucionalismo e democracia, inserindo o primeiro como um fator que pode guiar ou condicionar o segundo. Reside nesta *preponderância* do vetor institucional o fundamento central das teorias consideradas institucionalistas²⁷.

Na linha das teorias conjunturais, observa-se a constituição como um *fator contingente* no processo de estabilização política, sendo mais *resultado* do que *causa* da estabilização democrática. Neste sentido, a constituição seria o resultado da conjuntura política, sendo o conteúdo constitucional o retrato da interação das forças políticas que disputam o poder. Fatores como equilíbrio entre as forças, grau de polarização, capacidade de influência da oposição, entre outros existentes no momento de transição, são retratados no conteúdo constitucional e ali estão para manter o *status quo* das forças então vigentes.

Entre as perspectivas conjunturais, Corrales²⁸ argumenta que o fator decisivo para explicar se as novas democracias criarão novas constituições e, principalmente, se essas terão a capacidade de expandir ou restringir o poder político, é a *assimetria de poder* existente no período pré-constituente. As constituições surgidas em ambientes onde há maior partilha do poder político, isto é, onde há maior simetria entre os protagonistas das decisões – situação e oposição –, tendem a apresentar maior compromisso democrático. Na perspectiva de Corrales, portanto, o texto constitucional é uma contingência do equilíbrio de forças existente no momento pré-constituente, retratando-o em seus dispositivos e no grau de compromisso democrático que estabelece.

A partir de tal premissa, Corrales desenha proposições no sentido de que assimetrias de poder favoráveis à situação no período pré-constituente, em quadro no qual a oposição tenha pouca capacidade de influência, tendem a gerar uma constituição expansiva dos poderes presidenciais. No contexto inverso, isto é, com assimetria favorável à oposição, a tendência é que a constituição restrinja os poderes presidenciais. No caso de efetivo equilíbrio, sem assimetrias

²⁷ Considera-se institucionalista a corrente que preconiza as instituições como um vetor independente à conjuntura política na democracia. Não se trata, por evidente, de negar a relevância de aludida conjuntura na dinâmica política.

²⁸ CORRALES, Javier. **Fixing Democracy: Why Constitutional Change Often Fails to Enhance Democracy in Latin America.**

relevantes, a constituição não expandirá os poderes presidenciais. No tópico final, volta-se à teoria de Corrales para correlacionar o desenho da jurisdição constitucional na constituição brasileira e a estabilidade democrática do país após mais de trinta anos de redemocratização.

Em estudo também dedicado à análise das origens constitucionais, Negretto²⁹ desenvolve a teoria dos “dois-níveis de escolha constitucional”. O objeto de investigação do autor é o fenômeno da mudança institucional, tendo sob enfoque os processos de reforma e substituição constitucional. Negretto destaca que as constituições possuem natureza *dual*, “funcionando tanto como estruturas de governança que permitem a realização de resultados cooperativos entre os cidadãos e as elites políticas quanto como armas na luta de poder entre atores partidários”³⁰. Neste sentido, o autor revela que a estabilidade da constituição está relacionada, por um lado, à sua eficiência em regular conflitos sociais e, por outro lado, ao cumprimento dos interesses estratégicos dos atores políticos.

Corrales e Negretto fornecem boa base teórica para entender a interação entre a constituição e o sistema político. Os autores reconhecem que é impossível dissociar o desenho constitucional dos fatores políticos determinantes no momento de sua concepção e, também, que a relação entre constitucionalismo e democracia seguirá pautada por tal desenho. Tais premissas políticas são respaldadas por teorias jurídicas como a de Lassale, que, em sua concepção sociológica, entende a constituição como um retrato dos fatores reais de poder existentes na sociedade. A abordagem de Lassale³¹ é jurídica, ou seja, preconiza que o conteúdo normativo da constituição deve ser definido a partir da realidade social, sob pena do texto constitucional não passar de mera folha de papel.

As teorias conjunturais, contudo, colocam ênfase nos determinantes políticos e sociológicos do processo de democratização e, também, nos seus

²⁹ NEGRETTO, Gabriel L. **Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America**. p. 410.

³⁰ NEGRETTO, Gabriel L. **Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America**. p. 410.

³¹ LASSALE, Ferdinand. **¿Qué Es Una Constitución?** Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

impactos no desenho constitucional, colocando em segundo plano a capacidade institucional da constituição de influenciar os rumos da democracia. Necessário, assim, encontrar equilíbrio entre os argumentos institucionalista e conjuntural, uma vez que teorias como a de Lassale acabam excluindo do cenário a possibilidade de a constituição funcionar como condição *necessária* – embora não *suficiente* – para a estabilização democrática.

Esse o contraponto que Hesse traz à teoria de Lassale. Hesse formula o argumento da força normativa da constituição³², que reconhece a eficácia da constituição como agente de transformação, com capacidade de modificar e condicionar a sociedade. Criticando a teoria de Lassale por esvaziar o papel do direito constitucional, ao entendê-lo como mera contingência da política, Hesse reafirma o constitucionalismo como instituição político-social fundamental.

O balanceamento proposto por Hesse – que não ignora os determinantes políticos e sociais do constitucionalismo, mas destaca sua força normativa para alterar a realidade – é um ponto de partida para argumento que será desenvolvido neste estudo. A premissa que se assume é que constitucionalismo e democratização são fenômenos que dialogam constantemente, sendo que as condições determinantes de ambos podem ser autônomas ou coincidentes. Em suma, não é possível definir a priori que o contexto político que leva à democratização condicionará integralmente o desenho constitucional, tampouco que este último conformará como se desenvolverá o primeiro.

O caminho mais adequado é enxergar *ecletismo* nos argumentos institucionalista e conjuntural acerca do papel do constitucionalismo na democracia. Isso significa aceitar duas premissas: i) a de que os princípios e regras constitucionais afetam o processo político e, portanto, impactam diretamente a transição e consolidação democráticas; ii) a de que o desenho constitucional é condicionado pelas interações e conflitos entre as forças de poder dominante, o que leva a crer que tal dinâmica será fator preponderante no processo de transição e consolidação democráticas.

³² HESSE, Konrad. **A Força Normativa Da Constituição** (Die Normative Kraft Der Verfassung). Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

A solução eclética é adequada pelo fato de as duas premissas não serem contraditórias. As teorias institucionalista e conjuntural explicam adequadamente parte do constitucionalismo democrático, mas uma compreensão mais global do fenômeno depende de combiná-las na investigação. O ecletismo é proposto por Teorell³³ ao analisar os determinantes da democratização, assumindo que as principais teorias que se dedicam ao tema – estrutural, estratégica, das forças sociais e econômica³⁴ – não conseguem, isoladamente, capturar todas as complexidades que a transição democrática carrega.

Teorell acerta ao argumentar que o processo de transição e consolidação democrática não pode ser inteiramente explicado por teorias isoladas. Na realidade, mesmo a propositura de teorias ecléticas, que combinam diferentes linhas argumentativas e metodológicas, por certo deixará lacunas na compreensão de fenômeno tão complexo. A proposta, contudo, de combinar diferentes lentes de investigação pode ajudar a esclarecer supostas contradições que, por vezes, surgem da tentativa de encontrar uma explicação universal para o fenômeno.

Esse o caminho que se busca neste estudo. Após a redemocratização, o Brasil tem sofrido seguidas crises políticas, inclusive com a ruptura de dois mandatos presidenciais. A despeito disso, a fórmula democrática continua vigorando, com a realização de eleições livres e periódicas. Ainda que se discuta a *qualidade* da experiência democrática, inegável que ela sobrevive no Brasil, como reconhecem rankings internacionais como o da Freedom House.³⁵ Reiterando as hipóteses aventadas no primeiro tópico, a intenção é compreender

³³ TEORELL, Jan. **Determinants of Democratization**: Explaining Regime Change in the World, 1972–2006.

³⁴ Segundo o autor, são quatro as principais teorias que buscam explicar o fenômeno da democratização: a estruturalista ou institucionalista, a estratégica, a das forças sociais e a econômica. A estrutural, com expoente em Lipset, defende que os países que cumpriram um processo mais extensivo de modernização são mais tendentes a serem democráticos. A estratégica, com importantes contribuições de Rustow e O'Donnell, define que a transição democrática consiste em um movimento coordenado pelas elites políticas. A teoria das forças sociais, com referência no trabalho clássico de Barrington Moore, identifica na camada social dos trabalhadores a força propulsora da democratização. A teoria econômica, por fim, preconiza a inter-relação entre economia e democracia, utilizando ferramentas de análise econômica para compreender o processo de transição democrática e as perspectivas de consolidação.

³⁵ No ranking da Freedom House, o Brasil é qualificado como país livre, com um *score* de 75 pontos. FREEDOM HOUSE. **Global Freedom Scores**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>. Acesso em: 15 set. 2020.

se o que evitou a ruptura democrática foi a força normativa da constituição ou, então, se a democracia se manteve por questão conjuntural. A premissa metodológica adotada permite antecipar que há parcela de verdade em ambas as hipóteses, sendo sua combinação o caminho para compreender de forma mais completa o fenômeno sob análise.

No tópico seguinte, analisa-se a inter-relação entre o fenômeno da jurisdição constitucional e a democracia.

3. Jurisdição constitucional e democracia: entre zona de tensão e condição institucional

A história da jurisdição constitucional está associada, em seus estágios iniciais, ao constitucionalismo estadunidense, sendo importante desenvolver o contexto histórico que lastreou a decisão do Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, John Marshall, no caso *Marbury vs Madison* de 1803³⁶, reputada como o momento inaugural do instituto na experiência democrática.

Gargarella³⁷ traça perspectiva histórica em que sustenta as origens *elitistas* e *conservadoras* do sistema de *judicial review* (revisão das leis pelo Judiciário) em solo americano, após a Revolução Norte Americana de 1776. Segundo o autor, após a independência das treze colônias, a prática dos ex-colonos de se reunirem nas chamadas “town meetings” ou “assembleias comunaes” cresceu como mecanismo de pressão das assembleias legislativas dos Estados recém-formados. Esta maior abertura à participação dos cidadãos, associada à grave crise de crédito que muitos enfrentavam ao final do século XVIII – crise na qual os juízes atuavam como principal instrumento de salvaguarda dos interesses dos credores, fundamentalmente fazendeiros e financistas -, alçou os órgãos legislativos à representação dos interesses populares em contraposição, assim, aos interesses da minoria que representava a elite econômica da época.

Foi necessário, portanto, uma reação da elite intelectual da época para preservar seus próprios interesses. No *Federalist Paper n. 10*, Madison

³⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. Cranch 137 (1803).

³⁷ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

apresenta seu famoso dilema, relacionado ao comportamento das facções no âmbito de governos populares, alertando para o risco que elas trazem ao bom governo e aos direitos dos indivíduos. O seguinte trecho dos Papéis Federalistas ilustra bem o conhecido dilema de Madison:

Ente as numerosas vantagens prometidas por uma União bem idealizada, nenhuma merece ser mais meticulosamente desenvolvida do que a sua tendência para quebrar e controlar a violência das facções.
(...)
Por facção entendo um determinado número de cidadãos, quer constituam uma maioria ou uma minoria face ao todo, que são unidos e animados por algum impulso comum de paixão, ou de interesse, adverso aos direitos dos outros cidadãos, ou aos interesses permanentes e globais da comunidade.
Existem dois métodos para remediar os males das facções: um, eliminar as suas causas; outro, controlar os seus efeitos.
Por sua vez, existem dois métodos de eliminar as causas das facções: um, destruindo a liberdade que é essencial para a existência delas; outro, dando a cada cidadão as mesmas opiniões, as mesmas paixões e os mesmos interesses³⁸.

O dilema reside no centro do sistema político-constitucional americano que se inaugurava, uma vez que parte da constatação de que em uma sociedade livre, em que todo cidadão possui o direito de expressar livremente suas visões políticas, exercer o direito de petição perante o governo e se organizar para a defesa de determinadas causas, alguns segmentos da população seguirão a tendência natural de defender seus próprios interesses. E reside aí o risco da facção no âmbito da política: grupos que possuam capacidade de organização podem se reunir para defender interesses próprios, colocando em segundo plano interesses da coletividade ou mesmo os direitos individuais de cidadãos que contrariem os objetivos do grupo.

Nos *riscos da facção* identificado por Madison, pode-se extrair o fundamento tanto para o vício da *tiranía da maioria* – normalmente associado a fórmulas majoritárias de decisão, em que os interesses da minoria ficam subjugados pelo da maioria –, como para o vício da *oligarquização do poder*, quando grupos minoritários, com maior capacidade de organização e acesso a

³⁸ MADISON. James. **O Federalista N.º 10**. A Utilidade da União como Salvaguarda contra a Facção e Insurreições Domésticas (continuação). 22 de novembro de 1781. Disponível em: <https://perguntasaopo.files.wordpress.com/2010/06/fed10.pdf>. Acesso em: 10 Jul. 2020.

recursos econômicos, são capazes de assumir o controle do governo e de fazer prevalecer seus interesses em detrimento da maioria da população.

Na visão de Gargarella, exposta acima, a preocupação central de Madison, e dos demais *founding fathers* (pais fundadores) da Constituição estadunidense, foi preservar os interesses de uma elite econômica que se via em risco diante de assembleias legislativas compostas por representantes da maioria popular. Trata-se de uma forma de ler a história, não necessariamente a mais correta. Entretanto, apresentamos a tese de Gargarella e o dilema de Madison para elucidar que, realmente, o problema das facções e os efeitos que podem gerar (tirania da maioria e oligarquização do poder político) estão nas raízes da construção do sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América.

Ao relatar seu dilema, conforme trecho acima descrito, Madison já indica os dois caminhos possíveis para superar o risco das facções: o primeiro, que ele desde logo rejeita, seria eliminar a própria liberdade política dos cidadãos que está na base do surgimento das facções. Sem dúvida, rejeitar tal liberdade significaria retroceder ao governo autoritário, contrariando toda linha argumentativa desenvolvidas nas fundações do sistema constitucional americano. O segundo adota a premissa de que os efeitos da facção devem ser controlados, mais do que eliminadas as próprias facções; este controle pode ser obtido mediante o funcionamento da estrutura de governo proposta na Constituição.

O dilema de Madison era um dilema real e ainda presente nas democracias contemporâneas. Embora Madison, no *Federalist 10*, tenha enxergando na forma republicana de governo e na representação política os mecanismos de controle necessários para os piores impulsos das facções, a verdade é que na realidade constitucional dos Estados - e isso se vê logo na raiz do constitucionalismo estadunidense -, reside na consagração constitucional da fórmula da separação dos poderes o mecanismo para efetivamente controlar os riscos das facções.

No fundo, a leitura de Madison explicita que há uma inevitável zona de tensão entre democracia e constituição. A soberania popular idealizada pelo

valor democrático se consagra por intermédio do governo popular, o qual, contudo, pode ser viciosamente afetado pelas facções, defensoras de interesses próprios e que, portanto, podem subjugar o bem comum ou os direitos dos demais cidadãos. Para evitar este vício, surge o poder contramajoritário da constituição e o instituto da jurisdição constitucional, atribuindo ao Poder Judiciário de proteger a sociedade de excessos democráticos.

Se o reconhecimento de que existe a zona de tensão é inevitável, a evolução do constitucionalismo democrático exigiu o implemento de leituras que reposicionassem o papel da jurisdição constitucional dentro do fenômeno democrático. Afinal, caso se aceite como fato que constituição e democracia são inconciliáveis, cria-se a premissa de que se deve escolher por um ou outro, o que não é o melhor caminho. Em obra que questiona se o Estado Constitucional Democrático é democraticamente imperfeito, Kriele³⁹ propõe leitura baseada em duas variantes da interpretação do Estado constitucional desde a perspectiva da soberania popular: a variante político-dinâmica e a variante teórico-estática. A primeira quer, conscientemente, por em “movimento o processo dinâmico de transição à soberania do povo”, sendo que o “essencial da constituição está em sua aceitação – expressa ou tácita – do princípio da democracia”⁴⁰. A interpretação teórico-estática do Estado constitucional democrático defende a perspectiva da democracia de identidade. Esta última é errônea, pois leva “à crítica dos fundamentos do Estado constitucional democrático, abalando sua legitimidade e favorecendo, dessa maneira, de forma indireta e não intencionada, a dinâmica de superação da constituição”⁴¹.

A teoria de Kriele é que a conciliação entre democracia e constitucionalismo se estabelece em uma relação dinâmica, partindo da consagração da fórmula constitucional no texto e, a partir de então, da realização de opções que permitam o alcance do que chama de democracia de identidade. Esta seria “um objetivo, uma esperança, uma exigência, a saber: tanta

³⁹ KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático. Buenos Aires: Depalma, 1980.

⁴⁰ KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. p. 321.

⁴¹ KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. p. 321.

identidade quanto seja possível”⁴², talvez inalcançável, mas que deve pautar o caminho. Kriele destaca, ainda, que, sob a ótica da democracia de identidade, que as instituições surgidas com o advento do constitucionalismo, de caráter limitativo ao poder político, como são a representação parlamentar, a divisão de poderes, a divisão constitucional de competência, etc., somente se justificam com o argumento de que são requeridas por necessidade prática.

A tese de Kriele, contudo, traz riscos. A ideia de democracia de identidade – consistente na plena identidade entre soberania popular e governo – reafirma os riscos da tirania da maioria ou, mesmo, de uma ditadura popular. Na realidade, a definitiva conciliação entre democracia e constitucionalismo está no compromisso que a primeira estabelece com a liberdade. O próprio Kriele concederá a esta ideia, ao reconhecer que a democracia de identidade – embora defensável abstrata e idealmente – sempre residirá no campo utópico, razão pela qual a busca deve ser por democracia enquanto pressuposto de liberdade e, portanto, do Estado Constitucional⁴³.

Ao enfocar a liberdade como elemento formador do conceito de democracia, encontra-se o campo em que se acoplam os sistemas constitucional e democrático. A tensão entre tais sistemas é sustentável quanto ao elemento da soberania popular, mas a conciliação é perfeita quando se reconhece que não há democracia possível sem que existam mecanismos assecuratórios da liberdade, especialmente a política. Para compreender a ideia de liberdade política, considera-se a liberdade dos antigos e a dos modernos, sendo que a primeira pode ser traduzida na ideia de participação política e consiste em componente central de qualquer conceito de democracia.

Assumida a premissa de que a liberdade é o elemento central para conciliar democracia e constitucionalismo, torna-se lógica a conclusão de que a jurisdição constitucional é condição necessária para a manutenção do Estado Constitucional Democrático. A reserva ao Poder Judiciário da função de exercer a jurisdição constitucional – opção adotada no modelo estadunidense e seguida pelo Brasil – representa a decisão de quebrar a lógica montesquiana de situar o

⁴² KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. p. 328.

⁴³ KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. p. 328.

Judiciário como um quase-poder ou mera boca da lei, atribuindo-o função inegavelmente política.

Ao assumir o protagonismo político por intermédio da jurisdição constitucional, o Judiciário passa a exercer papel determinante na democracia, de facilitar o governo civil por meio da responsabilização atribuída aos detentores de poder perante as regras democráticas do jogo e da garantia da proteção dos direitos humanos.

A conclusão deste tópico, portanto, é que o modelo de jurisdição constitucional e sua capacidade de assegurar a proteção da liberdade e outros valores fundamentais constituem decisões centrais de qualquer constituição democrática, em especial daquelas promulgadas após o processo de transição política. Possível discutir se tais decisões constituirão causa suficiente para estabilização democrática (teoria institucional) ou se serão fatores endógenos ao processo político (teoria conjuntural), que podem contribuir para evitar quebras de regime. O que soa indubitável é que a jurisdição constitucional assume protagonismo no funcionamento da democracia, em especial em momentos de intensa crise política, como as vivenciadas pelo Brasil após sua redemocratização.

4. A assimetria de poder na constituinte de 1988

Corrales identifica em seu estudo *Fixing Democracy: Why Constitutional Change Often Fails to Enhance Democracy in Latin America*⁴⁴ uma relação direta entre a *assimetria de poder* existente entre situação e oposição no momento constituinte e o compromisso democrático estabelecido no texto constitucional. O argumento do autor é que assimetrias de poder que favoreçam a “situação” – isto é, as forças políticas que já se situavam no poder durante o processo de transição política – resultam em desenho constitucional que beneficiará a manutenção do *status quo*. Ou seja, neste cenário, a constituição tenderá a permitir a concentração de poder no Executivo – que permanecerá sob controle

⁴⁴ CORRALES, Javier. **Fixing Democracy: Why Constitutional Change Often Fails to Enhance Democracy in Latin America.**

da “situação” – e dificultará a capacidade da oposição de fazer frente aos desígnios do presidente e de seus apoiadores.

Assimetrias que favoreçam a oposição – ou seja, aqueles que desafiam os grupos no poder durante o processo constituinte – resultam em constituição que tende a restringir os poderes presidenciais e a favorecer a dispersão do poder. Neste cenário, as normas constitucionais estabelecem mecanismos de responsabilização política do presidente, especialmente por intermédio da *accountability* frente ao parlamento e a outros órgãos de controle horizontal⁴⁵. Além disso, a constituição se preocupará em assegurar o direito de participação de minorias e mecanismos para controle das decisões políticas, evitando a concentração de poder político em uma única fonte.

Questiona-se, neste ponto, qual o contexto do momento constituinte brasileiro de 1988 em relação à assimetria de poder entre situação e oposição? Por evidente, a resposta não é simples. A complexidade do momento constituinte brasileiro em 1988 é diretamente relacionada a uma contradição que imperou ao longo de todo o processo de transição política. De um lado, rompia-se com um longo período de ditadura militar, iniciado em 1964, e que criou raízes na sociedade e no aparato institucional brasileiros. Por outro lado, esse rompimento foi *negociado* entre as forças associadas ao militarismo e os novos atores do processo político brasileiro – em especial partidos políticos e movimento sociais –, sem que houvesse a responsabilização política dos principais *players* do autoritarismo. Em outras palavras, não houve verdadeira *ruptura* com o militarismo, mas sim *acordos* que envolveram, é claro, a concessão dos militares às novas forças democráticas, mas sem que eles e seus apoiadores se retirassem em definitivo do jogo político. A maior expressão do acerto desta tese é a Lei da Anistia de 1979 (Lei n.º. 6.683/1979)⁴⁶, que serviu como *condição* para a transição democrática “pacífica”.

⁴⁵ O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Revista Lua Nova**, n. 44, p.27-54. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1988 representou, portanto, um palco de construção de consensos entre situação, associada ao militarismo e às forças políticas que nele se estabeleceram, e a jovem oposição, que surgiu capitaneada por líderes dissidentes da ditadura, novos partidos e movimentos populares. Ilustrativo, por exemplo, o papel do Partido dos Trabalhadores, cuja base envolvia os movimentos operários e meios progressistas na classe média – especialmente nas grandes capitais⁴⁷ – que atuou com forte oposição a diversas previsões da constituinte, mas que, ao final, optou por assinar o texto final com o intuito de legitimar o processo constitucional do qual havia participado ativamente.

Embora exista espaço para grandes discussões em relação à assimetria de poder no período constituinte – até pelo desafio que representa a interpretação do papel do “Centrão” –, é possível concluir com segurança que a Assembleia Nacional Constituinte teve como uma de suas características centrais a *fragmentação* do poder entre diversos atores. Essa conclusão se extrai da composição plural da assembleia e da histórica participação de variados grupos e movimentos, como indígenas, religiosos e operários. Brandão destaca este cenário de fragmentação especialmente no primeiro ano de funcionamento da assembleia:

(...) um dos reflexos das crises do estado desenvolvimentista e político-institucional foi o cenário de fragmentação do poder na Constituinte (especialmente no seu primeiro ano). Neste contexto onde os setores conservadores demoraram para se reorganizar, a institucionalização da participação popular, por ter sido aproveitada principalmente (mas não exclusivamente) pelos movimentos, sindicatos e associações de caráter mais progressista, acabou por potencializar a ação do grupo minoritário de parlamentares de esquerda e centro-esquerda ao longo da Constituinte, inclusive ao reagir (e limitar) ao avanço conservador depois do advento do Centrão (2012).⁴⁸

⁴⁷ QUEIROZ, Pedro Henrique Gomes de. **PT Constituinte – Uma análise da atuação petista pelas teses progressistas da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 – 1988**. VII Seminário FESPSP, 24 a 28 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.fespsp.org.br/seminarios/anaisVII/GT_10/Pedro_Gomes.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

⁴⁸ BRANDÃO, Lucas Coelho. **Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: doi:10.11606/D.8.2012.tde-16082012-125217. Acesso em: 21 set. 2020.

O cenário de fragmentação leva à conclusão de que o momento constituinte brasileiro foi de baixa assimetria, isto é, houve relativo equilíbrio entre forças de situação e oposição no desenho constitucional. Ainda que se argumente que um lado levou vantagem no resultado final, em uma arena ocupada por atores tão plurais – e com forte capacidade de mobilização política –, é indisputável a conclusão de que as hipóteses de assimetria pró-situação e pró-oposição, ao menos no grau exigido por Corrales, não se configuraram a assembleia de 1988. Dentro de um cenário de baixa assimetria, o resultado esperado por Corrales é de que a constituição resultando do processo de transição democrática possua relativa neutralidade quanto à expansão e dispersão do poder político.

O resultado preconizado por Corrales é perceptível em relação à constituição brasileira de 1988? A tese deste estudo é que a resposta é positiva, por uma multiplicidade de fatores. Entre eles, a expressiva ampliação da jurisdição constitucional no texto constitucional, o que será objeto do próximo e final tópico.

5. A jurisdição constitucional como resultado da baixa assimetria de poder na transição democrática brasileira

A história da jurisdição constitucional no sistema jurídico brasileiro tem início com a edição da primeira Constituição Republicana em 1891⁴⁹, que adotava em seu artigo 59 a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar a validade das leis federais e estaduais frente à constituição federal. Ante a declarada inspiração dos autores da constituição republicana, especialmente Rui Barbosa, no constitucionalismo estadunidense⁵⁰, natural que o sistema primariamente adotado no Brasil tenha sido o *difuso*, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Estudos Avançados, v. 14 (40), p. 155-176. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

O modelo difuso se caracteriza pela possibilidade de qualquer membro do Poder Judiciário recusar validade a uma lei produzida pelo parlamento, afastando-a para o julgamento de um caso concreto. Significa que a questão de inconstitucionalidade da lei será discutida de forma incidental em um processo subjetivo qualquer. No controle difuso não se busca a invalidade abstrata da lei, ou seja, o Judiciário não terá o poder de atuar como legislador negativo, inviabilizando para todos (*erga omnes*) a aplicação da norma contestada. Os efeitos de uma decisão do Judiciário no controle difuso atingirão apenas as partes envolvidas no processo.

O sistema difuso de jurisdição constitucional foi mantido nas constituições subsequentes de 1934 e 1937, mas seus efeitos foram limitados em relação ao sistema política, especialmente no período da ditadura getulista. O decreto presidencial n. 1.564/39⁵¹ chegou ao ponto de, sob o argumento de que decisão do Supremo Tribunal Federal – em caso que a Corte declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda sobre vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais – “não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto”, tornar sem efeito a decisão da Corte. O anedótico episódio revela a pouca relevância da jurisdição constitucional à época.

O cenário de reduzido impacto da jurisdição constitucional persistiria na vigência da Constituição de 1946, em que pese a inauguração do sistema abstrato de controle de constitucionalidade promovido com a Emenda Constitucional n. 16/65⁵². Referido texto trouxe a possibilidade do Procurador Geral da República representar contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, perante o Supremo Tribunal Federal. Não obstante tal novidade, durante o período autocrático militar no Brasil, como

⁵¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939**. Confirma os textos de Lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁵² BRASIL. **Emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

é natural, não haveria qualquer espaço para o exercício da jurisdição constitucional que contrariasse os interesses do governo. Em estudo sobre o período, Recondo relata:

O tribunal nutria receio fundado de que decisões que contrariassem o governo e os militares fossem desrespeitadas. Nesses casos, não haveria apenas um conflito entre Executivo e Judiciário. O tribunal teria sua autoridade comprometida. Não teria meios para fazer o governo e os militares respeitarem sua jurisdição. O Supremo conviveu, em diversos episódios e em diferentes momentos da história, com uma máxima bem resumida num voto do ministro Nelson Hungria diante do golpe que atingiu o presidente Café Filho. Os tanques e as baionetas do Exército “estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal”⁵³.

Apenas com o início da transição democrática e consequente queda dos militares é que tal cenário se altera. A Constituição de 1988⁵⁴ revoluciona o processo de jurisdição constitucional, passando-o de um estágio de baixa relevância política para um contexto contemporâneo de amplo protagonismo, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. A mudança é tão notória e expressiva que os anos recentes foram pródigos em estudos dedicados ao fenômeno da *judicialização da política* e ao *hiper-protagonismo do Judiciário*, que representariam distorções do equilíbrio entre os poderes e mesmo da fórmula democrática. Vieira chega ao ponto de falar em *supremocracia*, que consistiria na assunção, pelo Supremo Tribunal Federal, do “papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício do poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos”⁵⁵.

A transformação da jurisdição constitucional promovida pela Constituição de 1988 passa por dois aspectos principais. Primeiro, a ampliação do controle concentrado (abstrato-principal) de constitucionalidade que, ao revés do difuso – que foi mantido no sistema –, permite forte e imediato impacto na atividade política. A jurisdição constitucional exercida por intermédios das ações

⁵³ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas. O STF e a Ditadura Militar**. Edição do Kindle. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463. Dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 set. 2020.

constitucionais – Ação Direta de Inconstitucionalidade Direta e por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – permite que o Supremo Tribunal Federal, e somente ele, invalide leis e atos normativos produzidos pelo Legislativo e Executivo de forma abstrata, isto é, independentemente de qualquer discussão concreta. Equivale à função de legislador negativo, com imensa repercussão na atividade dos demais poderes políticos.

O segundo aspecto é a ampliação do rol de legitimados ativos para as ações constitucionais, quebrando com o monopólio até então exercido pelo Procurador Geral da República. Carvalho elabora a hipótese de que tal monopólio era um dos fatores de maior incômodo às comissões da Assembleia Nacional Constituinte que discutiam o tema. Segundo a hipótese o autor, reputada por ele como a mais consistente para explicar a causa da ampliação do rol de legitimados, “a insatisfação de várias lideranças políticas em não terem suas queixas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal pelo procurador-geral da República pode ter ocasionado essa reação”⁵⁶.

A hipótese levantada por Carvalho dialoga, embora não se confunda, com a tese defendida neste estudo: o novo desenho conferido à jurisdição constitucional pelo texto de 1988 é resultado direto da baixa assimetria de poder vivenciada no momento constituinte. É claro que esse momento não pode ser entendido, somente, no contexto dos poucos meses em que funcionou a assembleia nacional constituinte. As cicatrizes do período da ditadura militar foram decisivas para calibrar os institutos políticos e jurídicos concebidos em 1988. Assim sendo, a revisão do modelo de jurisdição constitucional ingressou no debate constituinte sob as premissas de abertura democrática do processo – o que é especialmente notado pela ampliação de legitimados ativos – associada à implementação de mecanismo de *accountability horizontal*⁵⁷ que evitasse a concentração de poder.

⁵⁶ CARVALHO, Ernani. Política Constitucional no Brasil: a ampliação dos legitimados na constituinte de 1988. **Revista da EMARF**, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro, p. 97-118. Dez. 2010.

⁵⁷ Segundo O'Donnell: “posso, agora, definir o que entendo por *accountability horizontal*: a existência de agências estatais que têm o direito e poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até

Retomando premissas já apresentadas, “a existência de um Judiciário independente é indispensável para construir e preservar *the rule of law* como alicerce do regime político democrático”⁵⁸ e as Cortes judiciais funcionam como mecanismos de *accountability*, especialmente em novas democracias. Natural, portanto, que os constituintes fortalecessem o sistema de controle de constitucionalidade como mecanismo de dispersão do poder político, apto a evitar concentrações de poder, especialmente no Executivo, que levassem a retrocessos autoritários.

Assim sendo, se por um lado a ideia de que o fortalecimento da jurisdição constitucional era um vetor necessário para a assembleia nacional constituinte e que, portanto, deveria ser objeto dos trabalhos, por outro lado a baixa polarização que o tema recebeu na subcomissão que discutiu o tema foi um fator que permitiu expressivos avanços sem grandes celeumas. Carvalho relata tal processo: “a aprovação do texto na subcomissão deu-se sem maiores transtornos [...] o aprovado na subcomissão seguiu sendo aprovado nas comissões temáticas com poucas alterações no geral”⁵⁹. A baixa polarização é sintoma da reduzida assimetria entre as forças de situação e oposição envolvidas no processo constituinte, pois a falta de um lado predominante inviabilizava comportamentos de abuso ou bloqueio. A facilidade com que a jurisdição constitucional foi aprovada no âmbito da subcomissão expressa não apenas consenso, mas também equilíbrio entre os atores participantes.

Considerações Finais

A reduzida assimetria entre as forças políticas participantes do poder constituinte foi um fator decisivo, portanto, para que a constituição ampliasse a jurisdição constitucional e a estabelecesse como pilar do regime democrático. É inegável que tal movimento conferiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de

o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas”. (O'DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal e novas poliarquias.**)

⁵⁸ LORENCINI, Bruno César. **Democracia Qualificada e Responsabilidade Política.** Edited by LiberArs. São Paulo: LiberArs, 2018.

⁵⁹ CARVALHO, Ernani. **Política Constitucional no Brasil: a ampliação dos legitimados ativos na constituinte de 1988.**

player político e, nesse contexto, responsável pela tutela do regime democrático. Resta saber, é claro, se o papel desempenhado pela Corte ao longo das décadas de Brasil redemocratizado observou ou não tal responsabilidade. Tal diagnóstico não foi objeto deste estudo, mas é inegável que o Supremo Tribunal Federal foi protagonista nos diversos momentos de crise política vivenciados no país desde 1988, inclusive nos dois processos de ruptura de mandato presidencial.

Assim sendo, em um raciocínio *a priori*, extraído do fato de que a democracia sobrevive no Brasil desde 1988 até os dias atuais, é possível afirmar que a estabilização da fórmula democrática no país possui correlação com o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Se tal atividade atuou como uma condição necessária para a manutenção da democracia (tese institucionalista) ou se foi um fator endógeno ao processo político (tese conjuntural), trata-se de tema não investigado nesta pesquisa. Há consistência, contudo, na versão de que as hipóteses se combinam (teoria eclética) e que as decisões tomadas pelo constituinte de 1988 quanto ao fortalecimento da jurisdição constitucional repercutiram na consolidação democrática brasileira. Maiores investigações podem confirmar tal hipótese, o que completará a formulação teórica concluída neste artigo, de que a reduzida assimetria de poderes no momento constituinte é um fator causal essencial para o sucesso da transição para a democracia.

Referências

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Economic Origins of Dictatorship and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511510809.
- BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**. Una Defensa Republicana de La Constitucionalidad de La Democracia. Madrid: Edited by Marcial Pons, 2010.
- BELLIN, Eva. Contingent Democrats: Industrialists, Labor, and Democratization in Late-Developing Countries. **World Politics**, v. 52(2), p. 175-205. Doi:10.1017/S0043887100002598.
- BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Estudos Avançados, v. 14 (40), p. 155-176. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRANDÃO, Lucas Coelho. **Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**: entre a política institucional e a participação popular. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: doi:10.11606/D.8.2012.tde-16082012-125217. Acesso em: 21 set. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939**. Confirma os textos de Lei, decretados pela União, que sujeitaram ao impôsto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. **Emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm.

Acesso em: 19 set. 2020.

BRUHN, Kathleen. The Resilience of Latin American Democracy. In: **The Dynamics of Decmocratization: Dictatorship, Development, and Diffusion**. Edited by Nathan J. Brown. Baltimore : Johns Hopkins University Press, 2011.

CARVALHO, Ernani. Política Constitucional no Brasil: a ampliação dos legitimados na constituinte de 1988. **Revista da EMARF**, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro, p. 97-118. Dez. 2010.

CORRALES, Javier. **Fixing Democracy: Why Constitutional Change Often Fails to Enhance Democracy in Latin America**, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190868895.001.0001>. Acesso em: 09 out. 2020, entre outros.

DAHL, Robert A. **Polyarchy**. New Haven: Yale University Press, 1972.

DIAMOND, Larry. **Developing Democracy Towards Consolidation**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999

FREEDOM HOUSE. **Global Freedom Scores**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>. Acesso em: 15 set. 2020.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa Da Constituição** (Die Normative Kraft Der Verfassung). Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Oklahoma: Edited by University of Oklahoma Press, 1993.

KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LASSALE, Ferdinand. **¿Qué Es Una Constitución?** Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation**. Beltimore: Edited by The Johns Hopkins University Press, 1996.

LIPSET, Seymour Martin. Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy. **American Political Science Review**, v. 53, p. 69-105. 1959. DOI: <https://doi.org/10.2307/1951731>.

LORENCINI, Bruno César. **Democracia Qualificada e Responsabilidade Política**. Edited by LiberArs. São Paulo: LiberArs, 2018.

MADISON. James. **O Federalista N.º 10**. A Utilidade da União como Salvaguarda contra a Facção e Insurreições Domésticas (continuação). 22 de novembro de 1781. Disponível em: <https://perguntasaopo.files.wordpress.com/2010/06/fed10.pdf>. Acesso em: 10 Jul. 2020.

MOISÉS, José Álvaro. Dilemas da consolidação democrática no Brasil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº. 16, p. 47-86. 1989. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-64451989000100003>. Acesso em: 15 set. 2020.

NEGRETTO, Gabriel L. **Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139207836>. Acesso em: 15 set. 2020.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Revista Lua Nova**, n. 44, p.27-54. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>. Acesso em: 19 set. 2020.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative Democracy. In: **Classes and Elites in Democracy and Democratization**. Edited By Etzioni-Halevy, Eva. New York: Routledge, 1997. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203765173-31>.

O'DONNELL, Guillermo; SCMITTER, Philippe. **Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies**. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1986

QUEIROZ, Pedro Henrique Gomes de. **PT Constituinte – Uma análise da atuação petista pelas teses progressistas da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 – 1988**. VII Seminário FESPSP, 24 a 28 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.fespsp.org.br/seminarios/anaisVII/GT_10/Pedro_Gomes.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas. O STF e a Ditadura Militar**. Edição do Kindle. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RUESCHEMEYER, Dietrich; STEPHENS, Evelyn Huber; STEPHENS, John D. **Capitalist Development and Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism versus Presidentialism. **World Politics**, v. 46(1), p. 1-22. 1993. Doi: <https://doi.org/10.2307/2950664>.

TEORELL, Jan. **Determinants of Democratization**: Explaining Regime Change in the World, 1972–2006. Cambridge: Cambridge University Press. Doi:10.1017/CBO9780511762727.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463. Dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 set. 2020.