
Constitucionalismo e Checks and Balances: teoria e pesquisa empírica

Checks and Balances in Constitutionalism: theory and empirical research

Saulo Felipe Costa

Doutorando em Ciência Política pela UFPE, Recife-PE, Brasil.

E-mail: sf3lip3@hotmail.com

Cletiane Medeiros Araújo

Mestranda em Ciência Política pela UFPE, Recife-PE, Brasil.

E-mail: cletiane.araujo@bol.com.br

Vilma Felipe Costa de Melo

Doutoranda em Filosofia pela UFPE, Recife-PE, Brasil.

E-mail: vilmelopsi@yahoo.com.br

RESUMO: Este artigo tem por objetivo apresentar e discutir as principais pesquisas empíricas sobre Constitucionalismo e *Checks and Balances*. O artigo está dividido da seguinte forma: a primeira parte versará sobre a trajetória do conceito de constitucionalismo, partindo de uma breve explanação histórica, recorrendo a alguns autores clássicos, a fim de melhor situar os principais conceitos que serão abordados neste artigo. A segunda parte tratará da constituição como instituição feita para durar, abordando os diversos fatores que impactam sobre a longevidade constitucional. A terceira parte refere-se ao fortalecimento judicial e suas implicações para a qualidade democrática, uma vez que tal fortalecimento funciona como mecanismo de peso e contrapeso dos poderes. Por fim as considerações finais do artigo.

Palavras-Chaves: Democracia; Teoria Política; Direito e Instituição Judiciária.

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo apresentar e discutir as principais pesquisas empíricas sobre Constitucionalismo e Checks and Balances. O artigo está dividido da seguinte forma: a primeira parte versará sobre a trajetória do conceito de constitucionalismo, partindo de uma breve explanação histórica, recorrendo a alguns autores clássicos, a fim de melhor situar os principais conceitos que serão

abordados neste artigo. A segunda parte tratará da constituição como instituição feita para durar, abordando os diversos fatores que impactam sobre a longevidade constitucional. A terceira parte refere-se ao fortalecimento judicial e suas implicações para a qualidade democrática, uma vez que tal fortalecimento funciona como mecanismo de peso e contrapeso dos poderes. Por fim as considerações finais do artigo.

2. Da virtù soberana às grantias da lei

O ideário humanista que emergiu na renascença apontava que os benefícios proporcionados pela política para uma determinada sociedade estariam associados com a *virtù* e *fortuna* do governante, como argumentava Maquiavel em O Príncipe¹. Um bom governo estaria necessariamente vinculado com o humor do governante. As características de um soberano no controle da nação foram uma condição necessária para a formação dos estados nação modernos na Europa. Entretanto, o poder despótico é sempre uma possibilidade latente, e passada a fase de consolidação do Estado nação, existe a necessidade de segurança econômica, social e política a médio e longo prazo, para que as atividades sociais possam florescer ou mesmo para que o comércio possa fazer investimentos com um horizonte de segurança.

A soberania do rei cria um elevado grau de incerteza quanto à manutenção da ordem social vigente. Um exemplo deste processo pôde ser observado na Inglaterra, que apenas floresceu como potência marítima, mercantil e militar após os burgueses passarem a fazer parte do parlamento. O fato dos burgueses fazerem parte do governo possibilitou algum grau de controle da burguesia sobre o monarca, este controle reduziu o grau de incerteza da burguesia quanto ao futuro e fez com que os empréstimos concedidos à coroa para a criação das frotas e expansão marítima fossem a juros mais baixos.²

¹ Ver também Sadek (2006) e Lyra (2007).

² Weingast e North (1996) citado por Melo (1998).

Tornar as regras do jogo mais claras e duradouras, insensíveis as oscilações de humor dos governantes, mesmo que estes possuam autorização divina. Fazer uma troca da virtù soberana pela segurança e estabilidade das leis de um governo representativo pautado na racionalidade, estes serão alguns dos desejos levantados pelo constitucionalismo iluminista:

Para os pensadores do século XVIII, a lei é uma obra da vontade e da razão; não é uma herança legada pela tradição. É ao mesmo tempo um instrumento de sabedoria e um vetor de progresso. É um instrumento pelo qual os homens podem alcançar a justiça e a concórdia ao seguir as verdades filosóficas. Compreende-se assim porque reis filósofos no século XVIII não hesitam em adotar, à maneira de um Sólon ou de um Péricles, a figura do legislador. Publicam tratados jurídicos, recorrem aos antigos códigos, redigem leis e multiplicam as reformas nos domínios da administração e da justiça. (Nay, 2007:247)

As constituições surgiram como um conjunto de regras e definições que possui status de lei maior de uma dada nação. Segundo Melo (1998:57) as constituições consistem em a) um conjunto de definições e prescrições relativas aos direitos dos cidadãos; b) um conjunto de definições e prescrições quanto à forma de organização e funcionamento dos poderes; e c) um conjunto de regras especificando como as disposições constitucionais podem vir a ser modificadas ou emendadas.

Hardin (1989) faz um diálogo através do ferramental da teoria dos jogos entre os conceitos de contrato e constituição. O autor argumenta que os dois conceitos dizem respeito a instituições com características diferentes, e que por isto atendem a necessidades distintas. Enquanto o estabelecimento de um contrato social seria suficiente para a saída do estado de natureza, a formação de uma constituição não poderia se dar pelo mesmo mecanismo de contrato, uma vez que contratos regulam mecanismo de interação mais imediatos, ao passo que constituições regulam interações de longo prazo, uma constituição adotada por um determinado país é resultado de um processo de negociação e coordenação.

Outra diferença entre contrato e constituições diz respeito a forma de reforço de ambos, enquanto um contrato pode prever o descumprimento e estipular sanções que serão executadas através de uma lei maior (uma constituição), uma constituição traz consigo uma maior dificuldade de reordenação de uma solução alternativa. Constituições são feitas para possibilitar uma maior interação entre indivíduos ao longo do tempo, favorecendo as relações de coordenação.

3. A constituição como uma instituição duradoura

A variável tempo é uma questão central para as constituições, se estas são feitas para fornecer um horizonte de estabilidade e possibilitar o planejamento de estratégias a longo prazo através da manutenção da estrutura política, uma pergunta é, quanto tempo duram as constituições? Buscando responder a esta pergunta, Elkins et al (2009) irão vasculhar a dinâmica da mudança constitucional.

O foco do trabalho é tentar encontrar a resposta para o que faz com que algumas constituições dure e outras não. Os autores verificam através de um banco de dados que vai de 1789 a 2005 que a média de tempo que as constituições permanecem em vigor é de 19 anos. Passam então a analisar quais aspectos contribuem para longevidade das constituições, focando em aspectos de design da constituição, como flexibilidade para emendas; e variáveis de contexto econômico e geopolítico. Fazendo um contraponto com os 200 anos Convenção da Filadélfia (1787), são feitas uma série de questionamentos quanto as implicações da constituição para a nação, os questionamentos versam sobre a atualidade da constituição e a possibilidade de substituição da constituição. Na verdade todos os questionamentos apontam para o desenvolvimento institucional promovido pelos anos de interação entre as diversas forças sociais do país e o texto constitucional. Em outras palavras, todos os dados levantados pelo autor ao longo do segundo capítulo apontam que a adoção de uma nova constituição por si só não faz com que esta nova constituição seja uma panacéia ou “a constituição necessária aos

males da nação". Uma nova constituição pode não absorver inteiramente os avanços institucionais alcançados pela antiga constituição, e neste sentido seria um retrocesso. Existem os casos em que uma nova constituição é necessária, notadamente os casos em que há uma transição de regime.

Os dados apontam ainda que a manutenção das constituições é algo positivo para as novas democracias, uma vez que a mudança constitucional irá trazer ainda mais incerteza quanto às regras do jogo no futuro destas democracias. Esta maior permanência em vigor das constituições traz consigo uma maior estabilidade política, e um horizonte mais longo para o planejamento de investimentos econômicos, que é mensurado através da tendência de alta do PIB *per capita* exposto na figura 2.4 (Elkins et al, 1989: 32), além de contribuir para o fortalecimento do simbolismo da constituição. Por exemplo, a transição de um regime autoritário para a democracia, normalmente traz consigo uma nova constituição democrática, quanto mais tempo esta nova constituição passar em vigor, maior será o simbolismo que a população irá sentir pela constituição e por tudo aquilo que ela representa.

Ao longo do terceiro capítulo os autores buscam conceituar o que são as constituições, a fim de uniformizar o conceito que será objeto de estudo. No que diz respeito às formas e funções das constituições, as funções dizem respeito aos propósitos das constituições, já as formas focam sobre o formato do texto constitucional escrito propriamente dito. Os elementos da ordem constitucional podem ser a constituição escrita, outros textos e instrumentos não escritos. A constituição escrita consiste no texto constitucional em si, que pode ter tido vários objetivos, como o de legitimar a soberania de um país após uma proclamação de independência, este aspecto favoreceu a difusão deste instrumento por toda a América Latina no período posterior a 1789. Outros textos podem não receber o nome formal de constituição, mas desempenham o mesmo papel, possuindo inclusive as mesmas dificuldades de alteração. Instrumentos não escritos dizem

respeito a forma como a constituição é interpretada ou a decisões que são tomadas em função do costume.

O autor tece ainda uma série de comentários sobre diversos casos e que dizem respeito a como padronizar e quantificar conceitos, sobretudo quando se trabalha com diversos países. Um aspecto que merece ser destacado se refere à distinção entre emenda e substituição constitucional, além de trajetórias curiosas como a de alguns países latino-americanos que promulgavam novas constituições, entretanto tais constituições não traziam mudanças significativas de conteúdo. Isto se dava em função de cada novo governante querer deixar impresso na história do país uma marca, como forma de legitimar-se, isto indica uma instabilidade democrática em alguma medida. Os autores identificam que mudança constitucional está ligada a mudanças de regime, com exceção de casos como o da república dominicana, onde a cada novo grupo que subia ao poder, uma nova constituição era promulgada, entretanto, sem grandes diferenças substantivas.

Por mais que tenhamos em mente que as constituições são peças que devem ser duradouras, isto não implica que as constituições devam ser peças engessadas e estáticas, perpetuando e reproduzindo os padrões de interação da época em que foram escritas. Já se argumentou anteriormente que a constituição distingue-se de um contrato devido o fato de que em uma constituição existem regras que induzam a cooperação nas relações entre indivíduos. Uma constituição deve ter um grau de flexibilidade, especificidade e deve ser inclusiva. Estes aspectos farão com que uma constituição mantenha-se adequada a regulação das relações sociais, ao passo que poderá acompanhar as mudanças de uma dada sociedade.

A incerteza quanto ao futuro, assim como a assimetria de informação são aspectos que interferem na barganha constitucional. Tornar a constituição vaga faz com que os atores especifiquem melhor entre si os compromissos firmados, possibilitando ainda uma posterior especificação constitucional. Tornar a constituição rígida faz com que o marco regulatório seja bastante robusto, fornecendo aos agentes um menor grau de incerteza e um nível mais próximo de

informações, afastando surpresas futuras. O processo de renegociação constitucional se dá quando atores acreditam que os custos trazidos com a perpetuação do *status quo* constitucional excedem os benefícios, então os atores buscam a mudança constitucional, que pode se dar de forma intraconstitucional, mudanças ocorridas na interpretação da constituição ou emendas constitucionais, legalmente previstas na constituição; e a mudança extraconstitucional, que se dá quando ocorre a substituição constitucional, este segundo mecanismo traz maiores custos para os atores, por elevar bastante o grau de incerteza quanto ao futuro.

Elkins et al (2009) no quarto capítulo de seu livro “the endurance of constitutions” destacam três mecanismos presentes no design institucional que são importantes para a longevidade das constituições. A inclusividade importa tanto durante o processo inicial de redigir a constituição, quanto após, quando possíveis falhas podem ocorrer e novas barganhas serão necessárias. Isto nos conduz à flexibilidade constitucional³, esta é importante em função da existência de possíveis conflitos ou novos acontecimentos que por ventura venham a alterar os custos e benefícios para as partes de uma barganha constitucional, as constituições requerem mecanismos para adequação no tempo, uma forma de fazer com que elas durem no tempo, e sejam capazes de incorporar as alterações necessárias para se manter atualizada e a contento das necessidades da nação, entretanto deve-se buscar um ajuste fino entre rigidez e flexibilização, uma vez que uma constituição flexível em demasia perde o sentido. Já a especificidade refere-se ao nível de detalhe na constituição e no escopo dos tópicos cobertos pelo documento constitucional. Uma estrutura vagamente elaborada é superior a uma mais específica seguindo uma tradição madisoniana, no sentido que a constituição precisará de um menor número de emendas para se manter atualizada, a constituição focaria primordialmente a estrutura política do país.

³ Ver também: Melo (2007), especialmente a “taxa de emendamento” presente na tabela 1 “Emendas constitucionais na América Latina”, p246.

O quinto capítulo busca identificar os fatores de risco para a longevidade de uma constituição. Os autores identificam causas de duas naturezas, os fatores exógenos à constituição ou ambientais, e os fatores internos à constituição ou fatores de design. A partir do capítulo anterior, onde foram ilustrados os fatores que contribuem para a longevidade de uma constituição, os autores listam todos os fatores que são facilitadores a fim de operacionalizar variáveis a partir da mensuração da presença ou não de tais fatores facilitadores (e em que grau se dá esta presença), tais fatores são conceitualizados pelos autores.

No que diz respeito aos fatores de design, os autores os subdividem em: inclusividade, fazer com que a constituição seja inclusiva não apenas em seu processo de criação, mas também durante sua vigência; flexibilidade, tornar uma constituição flexível bastante para que esta não se torne uma instituição engessada, mas tendo em mente que trata-se de um conjunto superior de leis que regulam o sistema político da nação, e portanto deve manter um certo grau de perenidade, os autores destacam ainda que uma constituição com baixo percentual mínimo para a aprovação de emendas pode representar maiores chances de sobrevivência constitucional; especificidade da constituição, os autores se contrapõe a visão mais comum ao esperarem que constituições mais longas e detalhadas sejam mais duradouras; revisão judicial, os autores acreditam que a existência deste dispositivo contribui para a estabilidade de uma constituição⁴; poderes legislativo e executivo, os autores acreditam que uma maior concentração de poder em um dos poderes legislativo ou executivo, pode acarretar uma maior instabilidade; ciclos de vida e efeitos periódicos, as constituições tendem a tornarem-se mais estáveis e duradouras com o passar dos anos, uma vez que os dados levantados pelos autores apontam para um período de instabilidade nos primeiros anos de vigência da constituição, já quanto aos efeitos periódicos os autores fazem uma divisão em antes de 1914, entre 1914 e 1945 e pós 1945.

⁴ Este aspecto será mais bem detalhado na seção 3 “fortalecimento judicial” deste artigo.

Os fatores ambientais são tidos como elementos oriundos de crises que por ventura alterem a balança de poder, o que serviria de justificativa para que as elites substituam a constituição ou ajam de forma inconstitucional, tais eventos são classificados da seguinte forma: mudança territorial, os autores acreditam que ao território é algo importante para uma nação, portanto, alterações em seu território, sobretudo quando há uma redução de território, aumentam as chances de haver uma nova constituição; difusão, países que estão ligados geograficamente e/ou culturalmente podem comportar-se de forma mimética, quando países vizinhos promulgam novas constituições, haveria uma tendência para que isto se espalhe como uma avalanche; mudança de regime, a constituição regula a ordem política de um país, portanto mudanças de regime são quase sempre acompanhadas de mudança constitucional, os autores acreditam que mudanças bruscas de regime sejam acompanhadas de mudanças de constituição, as constituições promulgadas em regimes democrático sejam mais duradouras, e que as democratizações sejam mais instáveis do que uma guinada da democracia para o autoritarismo; transição de lideranças, acredita-se que a alteração na liderança aumenta o risco de mudança constitucional; e por fim, conflitos interestaduais e consenso.

4. Fortalecimento judicial

A criação de mecanismos de revisão judicial faz com que o judiciário seja chamado a decidir sobre alguns aspectos do ambiente político. Quando o poder judiciário “invade” questões que seriam da ossada de outro dos dois poderes, isto é convencionalmente chamado de judicialização da política, esta maior participação do judiciário na arena política tende a ser visto como um avanço no sentido de um maior controle sobre as ações do governo, dificultando políticas partidárias nefastas. A discussão sobre judicialização ganhou bastante corpo nos últimos anos, Hirschl (2008) tece algumas críticas quanto aos trabalhos produzidos

até agora e os classifica em quatro categorias: funcionalista, centrada em direitos, institucionalista e centrada no judiciário.

The functionalist approach attributes the judicialization of recent decades to the proliferation in levels of government and the corresponding emergence of a wide variety of semiautonomous administrative and regulatory state agencies (...). According to this approach, independent and active judiciaries armed with judicialreview practices are necessary for the efficient monitoring of the ever-expanding administrative state. (...)

The (rights-centered) approach emphasizes the prevalence of rights discourse or the greater awareness of rights issues, which is both reflective of and contributing to what may be termed judicialization from below. (...)

(...) A third approach emphasizes institutional features that are, *ceteris paribus*, hospitable to judicialization. At a bare minimum, the judicialization of politics requires acceptance of the rule of law, some level of legitimacy of the legal system, and a relatively independent and well-respected apex court armed with some form of judicial-review power. (...)

The fourth perspective holds that the courts and judges are the main driving force behind the expansion of judicial power. This court-centric approach is often advanced by scholars of supranational judicial organs (...). It is shared by constitutional theorists who often treat unelected justices as seizing power from elected officials, thereby illustrating the so-called countermajoritarian difficulty, or the tension between democratic governing principles and judicial review. (Hirschl, 2008: 95-97)

Entretanto o autor destaca que nenhuma das quatro abordagens compreende de fato os tribunais como instituições políticas. Tais trabalhos parecem dissociar os tribunais das pressões de um ambiente político por vezes turbulento. O autor propõe um levantamento de uma série de estudos que sinalizam para a judicialização como um processo político, e que a judicialização ocorre em grande parte em função de “abdicação” de poderes do legislativo ou do executivo em favor do judiciário. Os membros do executivo e do judiciário, por dependerem de eleições para manterem-se nos cargos, acabam delegando a decisão de temas polêmicos para o judiciário. O autor elenca três níveis de judicialização, expansão no que diz respeito às políticas públicas, multiplicação de agências administrativas a partir do estado de bem estar que fez com que o judiciário expandisse sua capacidade de fiscalização, e a confiança depositada em juízes e tribunais para lidar com questões que dizem respeito às mega-politics. O

autor elenca ainda uma série de casos que corroboram seu argumento de que o caráter político explica boa parte da expansão do judiciário em decisões políticas.

Helmke e Rosenbluth (2009) pensando em independência judicial e estabelecimento do Estado de direito como algo essencial para a democracia, uma vez que tais instituições acabam funcionando como mecanismo de freio e contrapeso. Os autores questionam como o tipo de regime político pode afetar a independência judicial, e se tribunais independentes são peças essenciais para o estabelecimento do Estado de direito. Se anteriormente argumentou-se que constituições duradouras são importantes mecanismos de redução da incerteza política para o futuro, havia nesta afirmação o pressuposto de um judiciário independente, capaz de arbitrar os conflitos sem sofrer influência de nenhuma das partes, e de um estado de direito onde as regras são cumpridas, reduzindo os riscos de conflito. Entretanto, tais instrumentos podem ser reproduzidos em regimes ditatoriais? A resposta encontrada pelos autores a partir de uma série de casos estudados é no sentido negativo. Por mais que uma ditadura decida conceder independência ao judiciário, esta independência irá findar quando a decisão judicial se mostrar contrária aos interesses ditatoriais. Desta forma os juízes não conseguiriam instalar um Estado de direito. Ditaduras tendem a dotar o judiciário com certa independência e a nomear boa parte dos juízes quando percebem sinais de democratização. Tal estratégia garantiria ao ditador perspectivas mais “amistosas” em um futuro democrático.

Os autores destacam ainda que mesmo em regimes democráticos pode haver situações de instabilidade institucional, onde em democracias novas e frágeis juízes que possuem cargos vitalícios são aposentados compulsoriamente por manterem posições contrárias ao governo. E em democracias maduras juízes podem determinar sua aposentadoria em função do governo que está no poder, um juiz que é favorável ao governo pode aposentar-se, uma vez que o governo do qual simpatiza irá escolher seu substituto, da mesma forma um juiz que mantenha

posição contrária ao governo pode retardar sua aposentadoria, para que o governo não escolha um substituto que lhe seja favorável⁵. A opinião pública também ganha destaque na análise, juízes tendem a ganhar o apoio da opinião pública quando tomam decisões contrárias ao governo, em função desta ação denotar independência e legitimidade, ao passo que um judiciário enfraquecido e desacreditado pela opinião pública pode facilmente ser atacado pelo governo. Os autores chegam a conclusão de que democracia, independência judicial e Estado de direito nem sempre estão associadas. Uma vez que a democracia é necessária, mas não suficiente para manter a independência judicial, e esta não é sinônimo de Estado de direito. Como mecanismo de checks and balances, a divisão de poderes favorece um judiciário independente, e a opinião pública pode fomentar um Estado de direito independentemente de haver ou não um judiciário independente.

Foi discutido anteriormente que instituições duradouras e confiáveis, materializadas em constituições duradouras, independência do judiciário e Estado de direito são essenciais para o planejamento a longo prazo, isto é ainda mais verdadeiro em se tratando de atividades econômicas. Os trabalhos de Haggard et al (2007) e Persson e Tabellini (2004) focam sobre a segurança que instituições fortes e duradouras trazem para o desenvolvimento econômico.

Regras claras, capacidade de fazer cumprir contratos, segurança e baixa corrupção são alguns aspectos destacados no trabalho de Haggard et al (2007). Cada um destes fatores são necessário para possibilitar o desenvolvimento econômico; a segurança dos indivíduos é algo essencial, uma vez que atividades econômicas são avessas a situação de guerra civil ou caos de insegurança; as regras claras possibilitam um melhor planejamento a longo prazo, uma vez que não haverão “surpresas institucionais” a longo prazo que alterem o cálculo racional dos atores; o poder de enforcement de uma instituição, ou o poder de fazer

⁵ Este tema é trabalhado mais detalhadamente por Perez e Castagnola (2009) ao se debruçarem sobre o controle exercido pelo executivo sobre o judiciário.

cumprir os acordos firmados é igualmente necessário, em um local onde as regras existem enquanto arcabouço jurídico mas não existem efetivamente, em função da baixa capacidade de enforcement da agência ou do Estado, as regras não passam de letra morta em papel, como firmar contratos se não há certeza quanto a seu cumprimento?; níveis baixos de corrupção são necessários em função de que uma das regras do estado de direito é que não deve haver favorecimento especial a nenhum agente, portanto a corrupção é incompatível com o rule of Law. Os autores destacam que as atividades econômicas ficam prejudicadas sem uma efetiva garantia de propriedade e de contrato, os autores dedicam atenção a soluções informais para os problemas de corrupção e de garantia de contratos, entretanto, tais soluções seriam subótimas. Persson e Tabellini (2004) seguem pela análise de desenvolvimento econômico e desenho institucional, os autores buscam entender como as regras eleitorais e as formas de governo, ambas as matérias constitucionais, afetam a política econômica. Os autores identificam que as regras constitucionais impactam sobre a política econômica, escolher uma constituição implica na escolha de um modelo específico de instituições e seus impactos sobre as mais diversas atividades sociais, desde as regras da vida política de um país, até o tipo de desenvolvimento econômico que será mais receptivo às instituições de um determinado país.

Cameron (2002) busca conceituar a independência judicial e identificar se ela é algo positivo para a democracia. O autor articula uma série de estudos com o intuito de montar um conceito apropriado de independência judicial, ele o faz através da power analysis, como forma de tornar mais crível e passível de mensuração o conceito. São levantados argumentos que indicam que a independência judicial é favorável aos ideais de uma democracia liberal. O autor destaca ainda que um judiciário pode ser independente de jure mas não ser de fato, isto ocorre quando um agente exterior influencia a decisão do juiz. A crença de que um judiciário independente favoreceria o desenvolvimento econômico,

preservação dos direitos humanos e a manutenção da democracia repousa sobre o fato de que um judiciário independente funciona como um mecanismo de peso e contrapeso para os outros poderes, favorecendo o direito de propriedade, o cumprimento dos contratos e o julgamento justo e honesto, preservando assim a liberdade, os bens e a vida dos cidadãos. O autor acredita que um dos principais aspectos que fazem com que haja a necessidade da independência do judiciário é que ela fornece o ideário institucional de liberdade econômica, oportunidade iguais, accountability e valores de direitos humanos, a independência judicial estaria ligada ao Estado de direito.

A partir da compreensão de que o judiciário é um instrumento político importante, Perez e Castagnola (2009) executam uma pesquisa sobre o controle que o presidente pode exercer sobre a suprema corte. Como juízes possuem cargos vitalícios, isto implica que eles tem autonomia para decidir sobre os mais diversos temas sem a preocupação se sua decisão irá de encontro com os interesses de outro poder. Ainda assim, os juízes possuem um posicionamento de serem mais ou menos favoráveis a este ou aquele governo, em regimes democráticos, obter uma maioria em uma suprema corte pode ser importante para a implementação de determinadas decisões. Os autores buscam entender como os presidentes conseguem manipular a composição das supremas cortes, e fazer um contraponto entre regimes democráticos e autoritários em 11 países da América Latina no período de 1904 a 2006. Falou-se anteriormente que juízes podem decidir o momento de sua aposentadoria, e que isto implica que o executivo irá nomear um novo juiz para substituí-lo, um juiz favorável ao governo irá aposentar-se por entender que sua vaga será ocupada por outro juiz de mesmo matiz ideológico, já um juiz desfavorável ao governo poderá retardar sua saída. A questão fundamental é compreender quando ocorrem tais vacâncias no judiciário, e o que estimula tal processo. Regimes autoritários podem forçar uma renovação judicial, ao passo que regimes democráticos podem negociar com o congresso para que haja uma ampliação no número de membros da suprema corte, e desta forma o

executivo escolheria um número de juízes suficiente para que as decisões tomadas pela suprema corte lhe seja favorável. Os autores destacam ainda que pode haver pressão por parte do executivo para que determinados juízes se aposentem, a fim de substituí-los por juízes favoráveis.

A partir do levantamento de dados, os autores identificam que o número de nomeações é parcialmente explicado pelo tamanho das cortes e que a interferência do executivo se dá de maneira distinta ao longo do tempo, o que indica que há momentos em que a independência judicial é interrompida. Os autores passam então a analisar se a natureza do regime influencia o processo de renovação judicial. É constatado que as ditaduras nomeiam mais juízes que os governos democráticos, havendo uma tendência de maior renovação no início do governo. Entretanto, governos democráticos nomeiam mais juízes em seus primeiros 24 meses de mandato, o que indica que apenas a democracia não assegura a estabilidade e independência judicial. Após estas constatações os autores focam sobre os incentivos para os presidentes se interessarem por uma renovação judicial, e entendem que alguns fatores seriam chave para reduzir esta propensão presidencial: revisões judiciais feitas por outras instituições; necessidade de discutir com a oposição as nomeações; a existência de juízes que lhe são favoráveis e que lhe garantem a maioria dos votos. A conclusão é que a recente democratização acelerou a busca dos presidentes por um maior controle dos tribunais.

Toda a discussão sobre constitucionalismo travada até este ponto não abordou um aspecto, e quando não houver uma constituição? Em seu livro “Modelos de Democracia” Lijphart (2003) identifica dois modelos principais de democracia, o modelo consensual e o modelo majoritário, uma das características do modelo majoritário é a inexistência de um texto constitucional, onde o parlamento possui a soberania para decidir sobre todos os temas. Dworkin analisa o caso da Grã-Bretanha, país símbolo do modelo majoritário de democracia, e que

não possui uma constituição, já que o congresso britânico é soberano em suas decisões. O autor argumenta que esta entrega total dos britânicos ao parlamento pode se mostrar nefasta, uma vez que uma carta constitucional traria mecanismos de proteção aos direitos do povo melhores que a simples confiança no parlamento. O autor cita ainda que a adoção da convenção europeia como carta não seria o ideal, mas ainda assim traria ganhos para os cidadãos.

Waldron (2006) segue a discussão de Dworkin, entretanto focando na revisão judicial da carta de direitos. A revisão judicial seria uma forma possível de se evitar abusos que podem ocorrer em democracias majoritárias, blindando os cidadãos da chamada ditadura da maioria. Está intrínseco nesta visão que há uma maior proteção aos direitos individuais e das minorias através de uma carta de direitos e da revisão judicial, uma forma de atenuar as repercussões de um sistema democrático majoritário, onde as minorias praticamente não possuem força ou voz no governo. A revisão judicial deveria ser executada pela suprema corte, e não pelo parlamento, como forma de criar um mecanismo de contrapeso à soberania parlamentar.

Muito se falou até agora da necessidade de constituições duradouras, judiciário independente, Estado de Direito e outras instituições que favorecem a vida democrática. Entretanto, como fazer com que processos constitucionais produzam um arranjo institucional que sirva formalmente ao constitucionalismo?⁶ É esta pergunta que os autores Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa procuram responder em seu recente trabalho, que aborda 18 países da América Latina desde 1946 a 2005, a base de dados inclui 43 constituições e 29 alterações ou emendas a instituições adjudicatórias. O primeiro passo dos autores é o de conceituar constitucionalismo e distinguir suas duas formas, antiga e moderna:

Constitutionalism can be broadly defined as “a method for organizing government that depends on, and adheres to, a set of fundamental guiding principles and laws.” Both ancient constitutionalism as systematized by Aristotle and Polybius and modern constitutionalism

⁶ Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa, 2010: 293

established institutional criteria that identify “constitutional governments” and contrast them with “extreme” or “despotic” ones. While ancient constitutionalism and modern constitutionalism have important differences, they share the aim of nonarbitrary government and the belief that the concentration of political power, either in a social class or in a governmental branch, leads to such a government. In particular, to preclude arbitrariness, institutions that block the accumulation of power, thus preventing that power from being used to multiply itself, are considered necessary. The presence of this type of institution is identified in this article as a minimal core shared by the codified constitutions that formally serve constitutionalism. (Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa, 2010: 294)

A composição do corpo constituinte pode se dar de duas formas: unilateralmente, um grupo político organizado e coeso controlando as agências necessárias para emendar ou criar a constituição; e multilateralmente, dois ou mais grupos políticos diferentes controlam tais agências. Espera-se que processos multilaterais de elaboração constitucional estabeleçam arranjos institucionais consistentes com o constitucionalismo. As variáveis dependentes selecionadas pelos autores são a efetivação de dispositivos constitucionais que auxiliem no estabelecimento de um judiciário qualificado, capaz e independente. Tais dispositivos são materializados em instituições, são elas: adjudicação constitucional, conselhos judiciais e órgãos procuradores. Para corroborar esta hipótese os autores executam um cruzamento de informações com os dados oriundos dos 72 processos de elaboração constitucional, os resultados encontrados a partir dos dados indicam que processos multilaterais de elaboração constitucional são mais propensos a criar instituições que favoreçam o constitucionalismo.

5. Considerações Finais

O presente artigo procurou apresentar, ainda que de forma sucinta, os processos que levaram os países a adotarem cartas constitucionais e os impactos desta adoção para o arcabouço institucional de um determinado país. Foram apresentadas visões de diversos autores sobre a temática de constitucionalismo, judicialização da política e independência judicial, buscando entender tais

conceitos como mecanismos de checks and balances para a elevação da performance democrática. Este campo é relativamente jovem nas pesquisas em Ciência Política, e portanto ainda existem muitas lacunas a serem preenchidas por novos estudos, que tentem lançar luzes a aspectos pouco conhecidos, como o caso do trabalho desenvolvido por Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa, que forneceram uma nova visão sobre um cenário ainda pouco conhecido.

Checks and Balances in Constitutionalism: theory and empirical research

ABSTRACT:

This article aims to present and discuss the main empirical research on Constitutionalism and Checks and Balances. The article is divided as follows: the first part will focus on the trajectory of the concept of constitutionalism, beginning with a brief historical explanation, using some classical authors in order to better situate the main concepts that are addressed in this article. The second part treats the constitution as an institution built to last, addressing the various factors that have impact on the longevity of the Constitution. The third part refers to strengthening the judiciary and its implications for the democratic quality, as this works as a mechanism for strengthening and balance of powers. Finally, we present some conclusions of the article.

Keywords: Democracy; Political Theory; Law and Court.

6. Referências

CAMERON, Charles. **Judicial independence: how can you tell it when you see it? And who cares?** In S Burbank e B Friedman eds Judicial independence at the crossroads: an interdisciplinary approach, Sage, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A Bill of Rights of Britain.** in DAHL et Al, The democracy sourcebook. Yale University Press, 2003.

ELKINS, Ginsburg and Melton **The endurance of constitutions.** 2009.

HAGGARD, S. et al. **The Rule of Law and economic development.** Annual Review of Political Science, 2007.

HARDIN, Russel , **Why a constitution?** In Groffman e D. Whittman, The federalist papers and the new institutionalism, New York, Agathon Press, 1989, 100-120.

HELMKE, Gretchen and ROSENBLUTH, Frances. **Regimes and the rule of law: Judicial Independence in comparative perspective.** Annual Review of Political Science, 12, 2009, pp. 345-66.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts.** Annual Review of Political Science, 2008.

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LYRA, Rubens Pinto. **Teoria Política: do renascimento à contemporaneidade.** João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2007.

MELO, Marcus C. **Constitucionalismo e Ação Racional.** Lua Nova. Nº 44 – 1998.

MELO, Marcus C. **hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade.** In: MELO, Carlos Ranulfo; SÀEZ, Manuel Alcántara (Orgs.). A Democracia Brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

NAY, Olivier. **História das idéias políticas.** Petrópolis, RJ: vozes, 2007.

PERSSON, Torsten and TABELLINI, Guido. **Constitutions and economic policy,** The Journal of Economic Perspectives, Vol. 18, Nº 1, 2004, pp. 75-98.

PEREZ-Liñán, Anibal and Castagnola, Andrea. **Presidential control of high courts in Latin America: A long-term view (1904-2006).** Journal of Politics in Latin America, v. 1, n. 2, 2009, pp. 87-114.

POZAS-LOYO, Andrea and RÍOS-FIGUEROA, J. **Enacting constitutionalism: The origins of independent judicial institutions in Latin America.** *Comparative Politics*, v. 42,nº. 3, 2010, pp. 293-311.

SADEK, Maria Tereza. **Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de vitu.** In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. Vol. 1. São Paulo: Ática, 2006, p. 11-50.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review,** *Yale Law Journal*, 2006, 115, 1347- 1406.

DOUBLE-BLIND PEER-REVIEWED

Nota do Editor:

Submetido em: 15 mar. 2012. Aprovado em: 25 ago. 2012.

<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index>