



A DELEGAÇÃO DE PODERES POLÍTICOS ÀS CORTES CONSTITUCIONAIS

THE ASSIGNMENT OF POLITICAL POWERS TO THE CONSTITUTIONAL COURTS

Rubens Beçak¹
Lucas Paulo Fernandes²

RESUMO

O artigo trata da delegação de poder e autoridade políticos às cortes constitucionais. Se, atualmente, tribunais constitucionais possuem características políticas, torna-se relevante observar as causas dessas atribuições. Por isso, partindo do processo de elaboração constitucional, percorrem-se teorias que possam explicar os motivos da delegação de poderes políticos a cortes constitucionais, a fim de discorrer sobre o caráter político-institucional do *judicial review*. Apesar de ressalvas existentes, o *judicial review* apresenta-se como

¹ Livre-docente em Teoria Geral do Estado. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP).

² Mestrando em Direito na Universidade de São Paulo (USP), na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Especialista em Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

uma forma de seguro futuro às classes políticas, as quais projetam nas cortes constitucionais um mecanismo ulterior de realização da própria política. A abordagem é transdisciplinar entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, por meio de revisão bibliográfica narrativa e qualitativa, com um enfoque crítico.

Palavras-chave: Cortes constitucionais. Política. Poder político. Autoridade. Delegação.

ABSTRACT

This paper discusses the assignment of political power and authority to the constitutional courts. If, currently, constitutional courts have political characteristics, it becomes relevant to observe the reasons of these attributions. Therefore, starting from the constitution-making process, it is approached theories that can explain the reasons of the assignment of political powers to constitutional courts, in order to discuss the political-institutional character of the judicial review. Despite existing reservations, the judicial review presents itself as a way of future insurance to the political classes, which project in the constitutional courts a further mechanism of realization of their own policy. The approach is transdisciplinary between Constitutional Law and Political Science, through narrative and qualitative literature review, with a critical focus.

Keywords: Constitution courts. Policy. Political power. Authority. Assignment.

1 INTRODUÇÃO

Por certo, os processos de confecção de uma constituição envolvem interesses e pretensões daqueles incumbidos da elaboração do novo documento político. Por mais representativos que possam parecer, corpos constituintes tendem a favorecer, no desenho constitucional, reivindicações típicas deles mesmos, então representativas de suas predileções políticas e intenções de estruturação político-institucional.

Nesse quadro, poder-se-ia ponderar que a delegação de poderes e incumbências políticos a juízes – especificamente, às cortes constitucionais – estaria em desacordo com as aspirações e reivindicações dos constituintes. Isso porque, de imediato, causa estranheza que políticos, imbuídos das referidas pretensões próprias – nas quais se incluem, naturalmente, a preservação do poder político que detêm – cedam, em benefício de um órgão não majoritário e impassível de interferência direta, poder e autoridade.

Ocorre que o *judicial review* é um instituto recorrentemente verificável que, embora com variações orgânicas e estruturais, faz parte de diversas experiências constitucionais mundo afora. Ordinariamente, tribunais constitucionais exercem significativas atribuições político-institucionais, por vezes, suplantando ou substituindo as vias políticas majoritárias tradicionais.

Por que políticos delegam poderes e autoridade a cortes constitucionais?

Sobre esse problema é que se debruça este artigo. Por certo, considerando a extensão e complexidade do tema a ser enfrentado, nas linhas seguintes, segue um esforço, sem a pretensão de esgotar a discussão, senão com o intuito de lançar luzes de possíveis respostas sobre a delegação de poderes políticos a cortes constitucionais. Assume-se a hipótese de existência de uma projeção de

interesses dos próprios constituintes na concessão de poder e autoridade a esses tribunais.

Inicialmente, abordam-se as escolhas feitas pelo poder constituinte ao tempo de elaboração de uma constituição. Na segunda parte, avança-se sobre a concessão de poderes políticos a cortes constitucionais, a fim de conhecer possíveis explicações sobre o fenômeno. Com isso, ao final, analisa-se a natureza tipicamente política do *judicial review* e as atribuições institucionais da jurisdição constitucional.

Para obtenção das possíveis respostas, recorre-se à literatura da Ciência Política e do Direito Constitucional. No desenvolvimento, utiliza-se de revisão bibliográfica narrativa, por meio de uma seleção qualitativa. Desenvolve-se, a partir do método dedutivo, com base numa abordagem crítica.

2 A ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL: AS ESCOLHAS POLÍTICAS DO PODER CONSTITUINTE³

No intento de perseguir os motivos pelos quais poder e autoridade são delegados a cortes constitucionais, torna-se importante questionar o *constitution-making process*. Se cortes constitucionais fazem parte de um arquétipo institucional constitucionalmente definido, atuando sob o mesmo paradigma normativo e a partir do pressuposto de defesa da constituição, o exame da confecção do documento político no qual o *judicial review*⁴ se insere torna-se importante para a definição da delegação de poderes a esses tribunais.

³ Apesar da distinção comumente feita entre poder constituinte originário e reformador ou derivado (MENDES, 2021), neste artigo, a referência, mesmo sem qualquer predicativo caracterizador, será sempre ao primeiro. Por isso, para os fins que ora se pretendem, entende-se “poder constituinte” como “o poder de fazer uma nova constituição” (SILVA, 2021, p. 45).

□ Importa delimitar o que se entende por “*judicial review*” no contexto deste artigo. Aqui, não se usa o termo apenas para fazer referência ao modelo norte-americano de verificação de constitucionalidade, em contraposição ao sistema europeu. Em verdade, a referência terminológica abrange toda a atividade revisora da constitu-

O poder constituinte é fonte da elaboração constitucional, guardando com a constituição uma relação de causa/efeito. Sieyès (2001) afirma que a constituição presume a existência de um poder constituinte, o qual representaria a nação,⁵ em última análise, a própria soberania popular. Por isso, as normas constitucionais seriam fundamentais, já que derivadas de um poder anterior não vinculado a nenhum outro poder, senão apenas à sua própria vontade (SIEYÈS, 2001).

Com isso, aparece a noção de que o poder constituinte possui certa sumidade por si próprio. Em verdade, como entende Mendes (2021, p. 102), é “um poder que se funda sob si mesmo, onímodo e incontrolável, justamente por ser anterior a toda normação e que abarca todos os demais poderes”.

Por certo, o poder constituinte está intimamente conectado a uma concepção de soberania, ou seja, perpassa pela forma de se exercer este poder. Daí porque Chueiri e Godoy (2010, p. 166) afirmam que “soberania e poder constituinte, e poder constituinte e poder constituído, estabelecem uma dinâmica a qual possibilita a instauração e a manutenção de uma constituição”. Aparece, com isso, uma prolongação da soberania fictícia à própria constituição, porque o poder que a constituiu guarda arrimo numa vontade dele

cionalidade normativa, então exercida judicialmente por cortes e tribunais constitucionais, a fim de garantir conformidade das normas às disposições do texto constitucional, sob a lógica de defesa da supremacia da constituição, como é apresentado por Mendes (2021).

□ Por certo, na contemporaneidade, faz-se uma diferenciação entre os conceitos de “nação” e “povo”. Ao discorrer sobre a abordagem de Sieyès sobre “nação”, Mendes (2021, p. 102) assimila-a à definição atual de “povo”, ao consignar: “[...] Entendia que o povo é soberano para ordenar o seu próprio destino e o da sua sociedade, expressando-se por meio da Constituição”. Por isso, com efeito, parece que a acepção semântica escolhida pelo autor francês com o uso da expressão “nação” é aquela atualmente entendida como significado de “povo”. No entanto, ainda valem as colocações de Silva (2021, p. 47-48) para o qual a definição do povo como titular do poder constituinte também produz impasses conceituais, o que o faz adotar uma noção não jurídica de povo, desatrelada da ideia de nacionalidade, no que estaria incluído “quem se reconhece integrante de uma comunidade”.

mesmo que, pode-se dizer, confundir-se-ia com a da nação, utilizando a própria terminologia conceitual de Sièyes (2001).

Por isso, torna-se importante o apontamento de Chiuri e Godoy, os quais propõem uma relação de dependência entre poder constituinte e soberania:

É preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes constituídos [...]. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações, [as quais] [...] não só tencionam o arco, mas o impulsionam a flecha no sentido da constituição (CHIURI; GODOY, 2010, p. 163-165).

Em verdade, o poder constituinte guarda a identidade de submeter, num texto constitucional, todos os demais poderes de governo, porque os sujeita à vontade da nação, tida como absoluta para a fundação da comunidade política (SIEYÉS, 2001).

Daí porque, ao comentar as contribuições de Sieyès, Mendes (2021, p. 102) destaca que o poder constituinte fora delineado a partir de uma noção teológica, “ressaltando sua desvinculação a normas anteriores e realçando a sua onipotência, capaz de criar do nada e dispor de tudo ao seu talento”. O produto constituinte torna-se normado à vontade expressa que o constitui, ao qual se vinculam aqueles que estão submetidos à ordem constitucional instaurada (MENDES, 2021).

Diante disso, poder-se-ia cogitar a possibilidade de que o poder constituinte elaborasse textos constitucionais com disposições normativas quaisquer que sejam, porque, se as escolhas são

feitas ao tempo da elaboração constitucional, em tese, não estariam sujeitas a limitações ou condicionantes.

No entanto, como adverte Silva (2021, p. 47, grifo do autor), “não parece possível supor que o poder de criar uma constituição é absoluto e ilimitado no sentido de poder criar *qualquer* constituição”. Mendes (2021, p. 102), por sua vez, também pondera que “haverá limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte”. Com isso, pode-se falar numa relativa ilimitação do poder constituinte, que passa a condicionar, substancialmente, o produto constitucional que dele será inaugurado.

Nesse sentido, para Elster (1995, p. 365), a elaboração de uma constituição envolve a realização de escolhas coletivas sob algumas restrições, de modo que o exame do *constitution-making* demanda a análise das pretensões pessoais dos criadores do novo documento político, bem como dos arranjos nos quais tais preferências se agregam coletivamente. De tal maneira, afirma-se que os diversos interesses individuais ao tempo do desenho constitucional devem ser agregados em escolhas amplamente realizadas, já que, para serem levados a efeito, dependem da adoção de mais de um constituinte. Disso porque forçoso reconhecer que interesses individuais devem, minimamente, alcançar pretensões identitárias de outros constituintes. Diante disso, Elster (1995) afirma que a elaboração constitucional envolve três elementos: restrições, motivações individuais e sistemas de agregação.

Adiciona-se a isso o modelo teórico apresentado por Knight (2001), segundo o qual as expectativas dos constituintes sobre o futuro da constituição podem modificar suas preferências sobre aspectos procedimentais e estruturais do documento a ser elaborado, especificamente, sobre o detalhamento do texto, as características de alteração pelo emendamento e a interferência do *judicial*

review. Dessa sorte, uma nova constituição fica subordinada às ambições e previsões políticas ao tempo de sua elaboração.

A propósito, observa-se essa característica no movimento de elaboração constitucional na segunda metade do século XX. Como destacam Gaspardo e Andrade (2018), os textos constitucionais do período pós-Segunda Guerra Mundial, então reativos às experiências nazifascistas, assimilaram experimentações e agendas que contrapunham ao modelo estatal totalitarista, como forma de estabelecer previsões normativas, a fim de assegurar estabilidade para o incerto futuro que se iniciava.

A partir dessas premissas, é de se reconhecer que a adoção de uma corte constitucional por uma constituição perpassa o processo anteriormente descrito, envolto na incerteza futura das ambições políticas ao tempo de sua confecção. Nesse ponto específico, é que se avança nas linhas seguintes.

3 DELEGAÇÃO DE PODERES POLÍTICOS ÀS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA ESCOLHA POLÍTICA NA ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL

A previsão do *judicial review*, num texto constitucional, ocorre a partir de interesses individuais, então agregados coletivamente sob restrições, dependendo das expectativas dos constituintes. Com isso, vale o registro, neste momento, de que cortes constitucionais não são produto do acaso, senão prospectivamente projetadas num típico e ordinário processo de elaboração constitucional, dependente da interação dos atores envolvidos.

Destaca-se que o *judicial review* – consolidado em cortes constitucionais com capacidade de revisão política – mostra-se uma realidade institucional mundo afora. A par da rígida distinção⁶ entre

□ Ao pretender extrapolar a classificação de controle de constitucionalidade em prévio/difuso,

os modelos norte-americano e europeu,⁷ Ferejohn (2002) constata que, majoritariamente, no pós-guerra, houve a preponderância do desenho kelseniano, que se destaca pela existência de uma instituição com o poder de controle normativo e de regulação das relações entre os governos nacionais e regionais, cujo exercício das atividades envolve as funções legislativas e jurisdicionais.

A constituição assume o caráter de norma jurídica superior no contexto de limitação de exercício do poder, por decorrência lógica, infere-se a necessidade de sua proteção pelo controle de constitucionalidade⁸ (GASPARDO; ANDRADE, 2018). Daí porque se explica a prevalência do modelo kelseniano no pós-guerra, sobretudo, nas experiências constitucionais que se inauguram após 1945.

Como colocam Gaspardo e Andrade (2018, p. 153-154), uma vez centrado num tribunal constitucional, capaz de anular um dispositivo em desacordo com a constituição, o controle de constitucionalidade passa a refletir a “desconfiança gerada sobre os filtros democráticos tradicionais”, ora marcantes no período anterior.

Com isso, pode-se afirmar que o *judicial review*, produto de um processo constituinte, tem como resultado uma expressiva e significativa delegação de poderes políticos às cortes constitucionais. Para Silva (2009, p. 202), a instituição de um modelo específico de controle de constitucionalidade possui muito mais um caráter

Silva (2009) indica para a multiplicidade de diferenças entre os modelos norte-americano e kelseniano, acrescentando as distinções de ambos com o sistema francês.

□ Para além das diferenças estruturais dos sistemas de controle de constitucionalidade estabelecidos por Kelsen e Marshall, Silva (2009, p. 200) faz a seguinte ressalva: “[...] O que importa na obra de ambos [Kelsen e Marshall] não é a curiosidade histórica, mas a forma como eles fundamentaram a necessidade de um controle judicial de constitucionalidade. E isso pelo fato de que, até hoje, muitos juristas continuam a fundamentar o controle de constitucionalidade com argumentos semelhantes aos usados por Marshall e Kelsen. Nesse âmbito, costuma-se falar da ‘lógica de Marshall’ e da ‘lógica de Kelsen’ [...]”

□ Relevante a contribuição de Mendes (2021, p. 1.185) para o qual “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”. Daí a necessidade do sancionamento de uma inconstitucionalidade, com a anulação da norma em desacordo com o texto constitucional, para a preservação da constituição.

prático (político), ao invés de uma estruturação lógica, pelo que prevalece “um debate sobre desenho institucional, e não a partir de um pretensão raciocínio jurídico-formal”.

De toda sorte, juízes tornam-se atores relevantes e com autoridade política, quer seja pela relevante posição institucional conferida aos tribunais, como pelas atribuições outorgadas aos magistrados, os quais passam a exercer as funções de regular as produções legislativa e administrativa e as ações judiciais (FEREJOHN, 2002). Com isso, as decisões desses tribunais, em verdade, tornam-se típicas escolhas políticas com autoridade reconhecida e confiada pela constituição.

Arantes (2013) sumariza que a delegação de poderes e autoridade políticos a cortes constitucionais pode ser explicada de duas maneiras distintas. A primeira, sob uma lógica normativa, confere atribuições políticas aos tribunais, sob o pressuposto da proteção de direitos contra a tirania estatal, como forma de descentralizar e domesticar o poder. A segunda explicação, enfocando o caráter estratégico, justifica a transferência de poder a um órgão não majoritário em razão do comportamento dos constituintes e das forças e interesses envolvidos ao tempo da elaboração da constituição.

No mesmo intento, Ginsburg e Veersteeg (2013), sintetizando a literatura sobre a matéria, apresentam quatro possíveis teorias para explicar a adoção da revisão constitucional.

De início, conforme as *Ideational Theories*, o *judicial review* seria adotado a partir de uma associação entre o constitucionalismo e a proteção de direitos, pelo que as cortes constitucionais representariam uma forma de proteção das garantias conquistadas após a Segunda Guerra Mundial (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013). De outro lado, de acordo com as *Coordination and Commitment Theories*, a revisão constitucional, dotada de neutralidade, serviria para coordenar os problemas de governabilidade e as disputas que

envolvem a separação de poderes, além de garantir segurança para o crescimento econômico (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013). O terceiro nicho de teorias, *Electoral Market Theories*, insere a adoção da revisão judicial como parte integrante da lógica da política doméstica, pelo que os tribunais seriam criados em virtude das demandas típicas da classe política (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013). Por último, de acordo com as *Diffusion Theories*, a adoção do *judicial review* ocorreria por experiências externas, na medida em que a adesão massiva por países encadearia a difusão das cortes constitucionais entre os estados (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013).

De toda sorte, ao testar a aplicabilidade das referidas teorias, por meio de um levantamento empírico, Ginsburg e Veersteeg (2013, p. 3) encontraram que a adoção do *judicial review* é mais bem explicada pelas *Electoral Market Theories*,⁹ de modo que a delegação de poderes a cortes constitucionais e autoridade aos respectivos juízes ocorre em virtude dos interesses das elites políticas ao tempo da elaboração constitucional. Isto é, a revisão constitucional atende às pretensões político-partidárias futuras dos próprios constituintes.

Ao questionar o porquê da adoção da revisão constitucional, Ginsburg (2003) entende que o *judicial review* serve como um seguro (*insurance*) para os constituintes ante a incerteza política predominante na elaboração da constituição. Por isso, a adoção de cortes constitucionais serve para garantir um mínimo de previsibilidade, a fim de viabilizar o exercício de preferências e interesses políticos no momento posterior à confecção constitucional.

Com isso, o *judicial review* aparece como um instrumento de seguro para o futuro, destinado à manutenção dos interesses político-partidários envolvidos na definição constitucional, o que é

□ Ginsburg e Veersteeg (2013) indicam, expressamente, a ausência de subsídio empírico para explicar a adoção do *judicial review* por fatores relativos a ideologia, demandas do federalismo ou pressões externas.

denominado por *insurance model of judicial review*,¹⁰ sistematizado por Ginsburg:

[...] Assume that constitutional drafters are themselves politicians, who are interested in governing after the adoption of a new constitution. It follows that they will seek to design institutions that maximize their ability to govern under the new constitutional order. The key factor from the drafters perspective is the uncertainty of the future political configuration at the time of constitutional drafting (GINSBURG, 2003, p. 24).

Dessa forma, a partir do *insurance model of judicial review*, seguindo as considerações de Ginsburg (2003), os constituintes buscam estabelecer um desenho institucional que beneficie a si mesmos, suas instituições e interesses, em detrimento das preferências dos cidadãos, dado o cenário de indefinição do futuro.

Acrescentam-se, ainda, as contribuições de Stephenson (2003), para o qual a independência judicial – ora expressa por meio de cortes constitucionais com efetivos poderes de revisão – está diretamente associada a um sistema político que seja competitivo. Por isso, o *judicial review* mostra-se dependente da previsão dos partidos políticos de que continuarão no jogo democrático, já que, para tanto, demandarão um seguro diante das típicas incertezas futuras.

Ginsburg e Versteeg (2013) defendem que a transferência de poder e autoridade às cortes constitucionais associa-se à fragmentação do cenário político, marcadamente, pela ausência de forças partidárias fortes ou definitivas. A possibilidade de contraponto

¹⁰ Importa registrar que o *insurance model of judicial review* é passível de críticas e objeções, como identificado pelo próprio Ginsburg (2003). Tendo em vista os limites deste artigo, não se ocupará deles, muito embora se anote o prolongamento do debate em torno das explicações sobre a delegação de poderes e autoridade às cortes constitucionais.

partidário e de competitividade política reforça a adoção de um Judiciário independente (STEPHENSON, 2003) e do próprio *judicial review*, justamente por atenderem às expectativas e demandas dos políticos por previsibilidade.

Por isso, nota-se uma relação inversamente proporcional entre interesses partidários fortemente definidos ao tempo do desenho constitucional e a adoção de cortes constitucionais. Isto é, se o processo constituinte é dominado por partidos políticos, com preponderante ou exclusiva força política, aumenta-se a previsibilidade do exercício futuro do jogo democrático, pelo que se torna dispensável depositar a confiança futura a um seguro, qual seja o *judicial review*. Nesse mesmo sentido, especificamente tratando da América Latina, Ríos-Figueroa e Pozas-Loyo (2010), ao analisarem empiricamente a origem da independência judicial nas experiências constitucionais do continente, apontam uma íntima relação entre a composição política dos corpos constituintes e a configuração estrutural do Judiciário. Note-se que, nessa perspectiva, as noções de modelos institucionais com judiciários fortes e a delegação de poder e autoridade a juízes observam o mesmo pressuposto, qual seja de que cortes constitucionais refletem as pretensões e configurações político-partidárias, diante de um cenário de incerteza, ao tempo de elaboração da constituição. Assim, confirma-se que os processos constituintes multilaterais – aqueles cuja composição tenha heterogeneidade política – tendem a estabelecer estruturas institucionais típicas do constitucionalismo, quais sejam as cortes constitucionais, muito embora ainda se desafie a noção de real independência de tais instituições judiciais (RÍOS-FIGUEROA; POZAS-LOYO, 2010).

A ampla transferência de poder e autoridade às cortes constitucionais, como pontua Arantes (2013, p. 198), parte do pressuposto da “interação estratégica entre elites interessadas em se proteger da incerteza futura que a própria política democrática acarreta”. Dessa

forma, o *judicial review* torna-se uma aposta, articulada de forma fidejussória pelos políticos, com o objetivo de resguardarem-se das incertezas futuras do processo no qual os próprios constituintes estão envolvidos.

A explicação oferecida pelo *insurance model of judicial review* dialoga com as contribuições de Elster (1995), que, ao analisar as motivações dos constituintes na elaboração constitucional, indica que os interesses comuns – de grupos políticos e representações partidárias – são os fatores mais importantes do processo de confecção de uma constituição, os quais são refletidos nas previsões procedimentais e materiais do novo texto. Por isso, sustenta-se que a criação de cortes constitucionais deriva de pretensões comuns dos constituintes, naturalmente, com significativo peso na definição estrutural.

De mais a mais, a delegação de poder político a cortes constitucionais passa a depender, retomando Knight (2001), da perspectiva futura dos constituintes, a partir dos riscos a serem assumidos. Isso porque, sob a referida lógica de adoção do *judicial review*, estabelece-se uma avaliação dos custos da outorga de autoridade a um órgão político não majoritário, em que a delegação de autoridade a juízes passa a ser menos arriscada do que a incerteza futura do jogo democrático.

Em arremate, é de se constatar que o *judicial review* surge como produto das preferências políticas, ao tempo da elaboração constitucional, como um seguro ante a incerteza futura, então típica do processo democrático.¹¹

¹¹ Muito embora não seja objeto específico deste artigo a análise da delegação de poderes políticos à corte constitucional brasileira, vale mencionar as digressões de Silva (2009), para o qual o controle de constitucionalidade surge no Brasil com a Proclamação da República, tendo sido fortalecido a partir da Constituição Federal de 1988, por meio de alterações que deram mais poderes ao Supremo Tribunal Federal, o que possibilitou maior concentração do controle de constitucionalidade no tribunal. Nesse mesmo sentido, Gasparido e Andrade (2018, p. 156) apontam que, no Brasil, “o fortalecimento do controle de constitucionalidade nasce vinculado

Vale destacar, também, as limitações das *Electoral Market Theories*. O próprio Ginsburg (2003) aponta três objeções a esse modelo de explicação da adoção do *judicial review*, quais sejam a) a existência de outras configurações institucionais – a dificuldade de emendamento da constituição, o bicameralismo e a representação proporcional –, que poderiam substituir as funções institucionais da revisão constitucional; b) de que o uso do termo *insurance* indicaria estritamente para uma aversão ao risco político, o qual seria inevitável; e, c) por último, a existência de uma sinalização, pelos partidos dominantes, ao estipularem um desenho de tribunal constitucional, de que se comprometeriam seriamente a aderir à constituição elaborada (*commitment theory*).

Para além disso, aponta-se a inevitável influência das experiências externas a um país na criação de uma constituição, as quais parecem impulsionar a criação de cortes constitucionais mundo afora, como defendido pelas *Diffusion Theories*. A propósito, Silva (2021, p. 47) faz esse destaque, ao considerar que, “do ponto de vista do direito internacional e das relações internacionais, as limitações do poder constituinte são claras quando se pensa na continuidade do Estado”. Por isso, pode-se cogitar, inclusive, de uma condicionante externa ao poder constituinte para a adoção do *judicial review*.¹²

De toda forma, do que se ocupou em discutir, verifica-se que o *judicial review* é fruto de um projeto não ocasional, previsto ao tempo da elaboração da constituição. A transferência de poder e autoridade a cortes constitucionais visa a garantir, previsivelmente, o exercício político futuro das pretensões dos constituintes. De tal

a um projeto constitucional ambicioso, sobretudo quanto à proposta de revitalização da cidadania, ressinificando (*sic*) os cânones democráticos e inserindo a atuação judicial no centro das disputas sociais por direitos”.

¹² Remete-se para a nota de rodapé 9, na qual se consigna, do ponto de vista metodológico-empírico, a dificuldade em mensurar as pressões externas para adoção do *judicial review*.

forma, torna-se interessante o exame da natureza política desses tribunais e sua articulação institucional como um mecanismo de exercício político, com o que se segue.

4 CORTES CONSTITUCIONAIS: TRIBUNAIS DE E PARA A POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO

Se poder e autoridade políticos são delegados a cortes constitucionais, visando a assegurar as pretensões futuras da elite política, via de consequência, o *judicial review* deve servir aos interesses estratégicos para os quais fora estabelecido. A existência de tribunais mundo afora e a repetição dos modelos de revisão constitucional pelo Judiciário, certamente, indicam para o sucesso desse produto constituinte.

Nesse contexto, é importante fixar a íntima relação existente entre as disposições e a própria natureza dos textos constitucionais com as potencialidades conferidas ao *judicial review*. Muito embora já se tenha tratado de tal questão acessoriamente, retomando o entendimento de Knight (2001), tem-se que a elaboração constitucional envolve mecanismos de barganha e compromisso, de modo que a constituição passa a ser o produto comum das preferências dos vários constituintes.

Por isso, Sweet (2000, p. 38) afirma que os textos constitucionais pós-guerra são fruto de um conjunto de barganhas, ora encerradas num *constitutional contracting*, produzido por meio de intensas e conflituosas negociações entre os partidos. Assim, uma constituição representa as preferências dos próprios políticos e as posições ideológicas sobre o modo como o sistema político-institucional deve ser construído (SWEET, 2000).

Partindo do *insurance model of judicial review*, é de se afirmar que a previsão de uma corte constitucional numa constituição representa a conciliação entre as diversas preferências políticas,

pertencente a um processo mais amplo de negociação e assunção de compromissos recíprocos sobre tantas quantas matérias a serem constitucionalmente previstas. Nessa lógica, o tribunal constitucional está associado às demais configurações do texto, já que produto de uma sistêmica troca de pretensões e objetivos.

Dessa forma, a par dos já mencionados fatores de competitividade política como determinantes do *judicial review*, então apresentados por Stephenson (2003), circunstâncias endógenas da própria constituição também influenciam as capacidades de atuação das cortes constitucionais. Esses tribunais, além de não criados ao acaso, fazem parte de um modelo institucional sistêmico, estruturado por um idêntico parâmetro de funcionamento com as demais instituições.

Um fator relevante desse desenho institucional é apresentado por Lijphart (2003), o qual estabelece uma relação direta entre a rigidez constitucional, representada pela dificuldade de emendamento e modificação do texto, com uma revisão constitucional potencialmente forte. De igual maneira, segue Lipjhart (2003), a previsão de revisão judicial forte associa-se com outros dois fatores institucionais, notadamente, a independência dos bancos centrais e o bicameralismo, todos circunscritos e derivados do modelo federalista.

A partir da linha de raciocínio que aqui se empreendeu, decorre a conclusão de que o projeto estrutural da constituição se conforma ao desenho do *judicial review* também constitucionalmente previsto. Assumindo que as cortes constitucionais são projetadas para servir às expectativas dos constituintes sobre o futuro, pode-se afirmar que outras estruturas institucionais, correlativamente associadas aos tribunais, são, igualmente, projetadas sob idênticos parâmetro e finalidade.

Essa construção reforça o entendimento de Sweet (2000), para o qual o *constitutional contracting* produz, por si mesmo, uma

demanda para o estabelecimento de instituições com as atribuições das cortes constitucionais. Estruturas democráticas fundadas numa constituição exigem a adoção de tribunais para o desenvolvimento da própria política.¹³ A previsão do *judicial review* numa constituição funciona como uma resposta institucional à incompletude da contratualização política, ao tempo da elaboração constitucional, de modo que os tribunais servem para resolução futura de problemas de *uncertainty* e *enforcement* (SWEET, 2000).

Nessa perspectiva, encaminha-se para a conclusão de que a atuação dos juízes constitucionais, viabilizada por uma formação institucional projetada para tanto, funcionaliza os referidos tribunais ao exercício da política da constituição. Isto é, porque inseridas numa engenharia política, as cortes constitucionais são vocacionadas ao ofício político, especificamente, atuando em função das mesmas estruturas que compõem seu substrato.

Ao analisar a tomada de decisões pela corte constitucional norte-americana, Dahl (2009) tem o mesmo entendimento, pelo que os tribunais fazem parte de uma elite política, em que os juízes, no exercício jurisdicional, tendem a favorecer mais os interesses político-partidários estruturais, ao invés de adotarem uma posição sempre contramajoritária. Com isso, o comportamento institucional desses tribunais volta-se à realização dos objetivos de alianças políticas previamente estabelecidas, cujos fins, igualmente políticos, foram anteriormente acordados entre as instituições.

Por tais razões, afirma-se que a gênese das cortes constitucionais – e, por extensão, do próprio *judicial review* –, deriva de uma aliança feita pelo Judiciário com a classe política, como arremata:

¹³ Sobre a relação entre a democracia e o constitucionalismo, Chueiri e Godoy (2010, p. 166) destacam: “[...] pois a democracia também exerce o papel de imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tensiona o tempo todo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretção, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário”.

A Suprema Corte, porém, não é simplesmente um agente da aliança. Ela é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição. A Suprema Corte põe em risco essa legitimidade caso se oponha claramente às principais políticas da aliança dominante (DAHL, 2009).

Todo esse panorama reforça a ideia que se tem desenvolvido, encerrando um aspecto relevante do próprio *judicial review*: a aproximação ou inserção das cortes constitucionais no *locus* típico e próprio da política. Nessa sistemática, decisões judiciais tornam-se escolhas políticas, então direcionadas para a manutenção da estrutura político-institucional sob a qual são constitucionalmente fundadas.

Por isso, novamente recorrendo a Sweet (2000), afirma-se que a autoridade política dos juízes constitucionais é conferida pela própria constituição – a qual, ao dispor sobre as regras jurisdicionais, determinando como os magistrados devem exercer seus ofícios –, delega poder político ao exercício do *judicial review*. Ora, decorre desta afirmação que a delegação de poderes às cortes constitucionais encerra sua legitimidade no próprio texto constitucional, produto de um mesmo contrato político sob o qual se fundam esses tribunais.

Sob essa sistemática, como afirma Sweet (2000), observa-se uma interação entre legisladores e juízes constitucionais, sob um mesmo paradigma de execução da política da constituição.¹⁴ Os modos de revisão constitucional e a forma como o Legislativo realiza

¹⁴ Sobre a interação institucional entre as cortes constitucionais e o Legislativo, consigna Mendes (2021, p. 1.220): “Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos se relaciona íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal”.

as alterações normativas determinam a natureza e o escopo do *judicial review*, pelo que o estágio de desenvolvimento das regras, relevantes para a tomada de decisão dos juízes e legisladores, apresenta-se como produto da própria política constitucional (SWEET, 2000).

Por isso, cabem as afirmações de Dahl (2009), segundo o qual a principal atribuição das cortes constitucionais é conferir legitimidade às políticas básicas da coalizão que logrou êxito. Pode-se afirmar, portanto, que o *judicial review* estará funcionando bem quando viabilizar o exercício político da aliança firmada com a própria classe política.

Vale apontar que a lógica de inserção institucional do *judicial review* também pode ser lida a partir do marco identitário da teoria de Gargarella (2014, p. 16-18): as estruturas fundantes do modelo institucional latino-americano, a “sala de máquinas” da constituição, possui características historicamente dominantes, marcadas por uma tradicional verticalização política e concentração de autoridade. Por isso, as cortes constitucionais estarão condicionadas a uma mesma performance e atuação, já que envolvidas num *design* sistêmico de modelagem institucional.

Ao analisar a relação entre o Poder Legislativo e a revisão constitucional, Sweet (2000) identifica que o aumento da produção de reformas pelo sistema político leva os juízes constitucionais a interferirem no *constitutional rule-making*, verificando-se um incremento da judicialização. Por essa razão, a revisão constitucional torna-se um mecanismo estratégico de exercício político pelas instâncias majoritárias, na medida em que pode ser articulada para a realização de determinado interesse político-partidário.

A associação de interesses políticos entre as instituições demonstra, exatamente, a função de uma corte constitucional independente, então funcionalizada como um seguro futuro

às pretensões políticas (STEPHENSON, 2003). Dessa forma, aos partidos políticos, na representação de seus interesses, são facultadas as possibilidades legítimas de manipulação da revisão judicial a fim de realizar suas pretensões (STEPHENSON, 2003).

O *judicial review* é instrumentalizado no jogo político-democrático para a execução de disputas constitucionais. Com isso, a revisão constitucional funciona como foro de realização dos interesses políticos, servindo de espaço para a (re)discussão de matérias anteriormente aforadas nos espaços deliberativos majoritários. Cortes constitucionais são espaços de exercício político, tipicamente projetados para tanto e institucionalmente condicionados à realização política da constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, no exame dos motivos pelos quais políticos delegam poder e autoridade a juízes constitucionais, sobressaiu a necessidade de examinar os processos de confecção de uma constituição. Encontrou-se que a incerteza futura dos constituintes, ao tempo da elaboração constitucional, é um elemento preponderante para o desenho de instituições com capacidade de revisão judicial.

Observou-se que o poder constituinte é o mecanismo de elaboração de uma nova constituição, por meio do qual se realizam as escolhas políticas definidoras do texto constitucional. Por conectar-se à ideia de soberania, expressa a vontade da nação. Apesar de parecer absoluto e ilimitado, o exercício do poder constituinte é permeado por condicionantes.

Por isso, existem quatro teorias comumente utilizadas para descrever a outorga de poderes políticos a tribunais constitucionais no *constitution-making process*. No entanto, verificou-se que as *Electoral Market Theories* são aquelas que melhor explicam o

fenômeno, apesar das críticas existentes, como também se ocupou. Faz-se, portanto, a ressalva do cabimento de objeções e questionamentos a esse ponto específico, consignando, também, a importante influência das *Diffusion Theories*.

De toda forma, por essa óptica de leitura, conforme o *insurance model of judicial review*, a delegação de poder e autoridade de atores políticos a cortes constitucionais ocorre como um mecanismo de seguro para o futuro, diante da incerteza política após a elaboração da constituição.

Observou-se, também, que o *judicial review* serve para garantir previsibilidade porque é um mecanismo institucional que viabiliza o exercício das preferências e dos interesses partidários dos constituintes, os quais são partes de uma elite política, na qual a própria corte constitucional está inserida.

Com isso, percebeu-se que cortes constitucionais são instituições derivadas de um processo sistêmico-institucional, por meio de um *constitutional contracting*, ora consubstanciado numa constituição. Nesse arranjo, o estabelecimento do *judicial review* mostrou-se necessário para a execução da própria política, a fim de resolver problemas de *uncertainty* e *enforcement*.

Por pertencerem a uma aliança, os referidos tribunais articulam-se para fazer valer as preferências e objetivos político-partidários da mesma classe que representam, porque se demarcou o nítido *locus* da revisão constitucional na política.

Com isso, entendeu-se que cortes constitucionais são espaços de exercício político, tipicamente projetados para tanto e institucionalmente condicionados à realização política da constituição.

REFERÊNCIAS

- ARANTES, R. B. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. (Org.). *Dimensões políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 195-206.
- CHUEIRI, V. K.; GODOY, M. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, p. 159-174, 2010.
- DAHL, R. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, 2009.
- ELSTER, J. Forces and mechanisms in constitution-making. *Duke Law Review*, v. 45, p. 364-396, 1995.
- FEREJOHN, J. Constitutional review in the global context. *Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 49, p. 49-60, 2002.
- GARGARELLA, R. Latin american constitutionalism: social rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 4, iss. 1, article 3, p. 10-18, 2014.
- GASPARDO, M.; ANDRADE, C. R. Abertura constitucional e pluralismo democrático: a tensão na divisão dos poderes sob a ótica das instituições participativas. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 78, p. 149-174, abr. 2018.
- GINSBURG, T. Why Judicial Review? In: GINSBURG, T. *Judicial review in new democracies*. Constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 21-64.
- GINSBURG, T.; VERSTEEG, M. Why do countries adopt constitutional review? *30 Journal of Law, Economics and Organization*, v. 578, p. 1-50, 2013.
- KNIGHT, J. Institutionalizing constitutional interpretation. In: FEREJOHN, J.; RAKOVE, J.; RILEY, J. *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 361-391.
- LIJPHART, A. Constituições: processos de emendas e revisão judicial. In: LIJPHART, A. *Modelos de democracia*. Desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 245-260.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RÍOS-FIGUEROA, J.; POZAS-LOYO, A. Enacting constitutionalism: the origins of independent judicial institutions in Latin America. *Comparative Politics*, New York, v. 42, n. 3, p. 293-311, 2010.

SIEYÈS, E. J. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

SILVA, V. A. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, V. A. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

STEPHENSON, M. "When the Devil Turns ...": the political foundations of independent judicial review. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 32, n. 1, p. 59-89, 2003.

SWEET, A. S. *Governing with judges*. Constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

