



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS – CFCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

REBECCA BIANCA DE MELO MAGALHÃES BRASILEIRO

**CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA: UMA
ANÁLISE DE SUAS CARACTERÍSTICAS E FUNCIONAMENTO**

Recife

2013



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS – CFCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

REBECCA BIANCA DE MELO MAGALHÃES BRASILEIRO

**CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA: UMA
ANÁLISE DE SUAS CARACTERÍSTICAS E FUNCIONAMENTO**

Dissertação apresentada como requisito indispensável à obtenção do título de Mestre em Ciência Política pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, sob a orientação do prof. Ernani Rodrigues de Carvalho Neto.

Recife

2013

Catálogo na fonte
Bibliotecária Maria do Carmo de Paiva, CRB4-1291

B823c Brasileiro, Rebecca Bianca de Melo Magalhães.
Cortes constitucionais da América Latina : uma análise de suas características e funcionamento / Rebecca Bianca de Melo Magalhães Brasileiro. – Recife: O autor, 2013.
108 f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Ernani Rodrigues de Carvalho Neto.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, CFCH. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2013.
Inclui referências.

1. Ciência Política. 2. Tribunais constitucionais – América Latina. 3. Poder judiciário. 4. Juízes. I. Carvalho Neto, Ernani Rodrigues de (Orientador). II. Título.

320 CDD (22.ed.) UFPE (BCFCH2013-145)

RESUMO

Este estudo desenvolve uma revisão de literatura referente à análise descritiva e comparativa das Cortes Constitucionais da América Latina, baseando-se em seu desenho institucional. Para tanto, foram selecionadas as Constituições vigentes dos 19 (dezenove) casos: Argentina (1853) Bolívia (2009), Brasil (1988), Chile (1980), Colômbia (1991), Costa Rica (1949), El Salvador (1983), Equador (2008), Guatemala (1985), Haiti (1987), Honduras (1982), México (1917), Nicarágua (1987), Panamá (1983), Paraguai (1992), Peru (1993), República Dominicana (2002), Uruguai (1967) e Venezuela (1999). Por meio da ferramenta de busca de palavras em texto, foram analisados aspectos pertinentes acerca dos mecanismos de funcionamento do judiciário, com ênfase às Cortes Constitucionais – considerando-se dados como número de membros integrantes, formas de indicação, garantias dos magistrados, duração do mandato, limitação quanto aos temas submetidos, se o controle é difuso ou concentrado, qual o perfil dos legitimados a propor as ações e, finalmente, qual o conteúdo e o ano das últimas emendas referentes a reformas. O objetivo final consiste em traçar quais as estratégias para a construção de um judiciário independente após o período de democratização e quais conseguiram se aproximar mais desse ideal.

Palavras-chave: América Latina, Cortes Constitucionais, Independência do Judiciário.

ABSTRACT

This study presents a literature review concerning the descriptive and comparative analysis of the Constitutional Courts in Latin America, with regard to the institutional design. Therefore, we selected the Constitutions of nineteen (19) cases: Argentina (1853) Bolivia (2009), Brazil (1988), Chile (1980), Colombia (1991), Costa Rica (1949), El Salvador (1983) , Ecuador (2008), Guatemala (1985), Haiti (1987), Honduras (1982), Mexico (1917), Nicaragua (1987), Panama (1983), Paraguay (1992), Peru (1993), Dominican Republic (2002), Uruguay (1967) and Venezuela (1999). Using the tool "word search", we analyzed aspects related to the mechanisms of the judiciary in each constitution, with emphasis on Constitutional Courts - considering data such as number of members members, nomination forms, guarantees of judges, term of office, access, if the control is diffuse or concentrated, the profile of legitimate to propose actions and, finally, what the contents and the year of the last amendments relating to reforms. This aims to trace the strategies for building an independent judiciary after the period of democratization.

Key-words: Latin America, Constitutional Courts, Judicial Independence.

Ata da Reunião da Comissão Examinadora para julgar a Dissertação da aluna **Rebecca Bianca de Melo Magalhães**, intitulada: “**Cortes Constitucionais da América Latina: Uma Análise de suas Características e Funcionamento**”, para obtenção do grau de Mestre em Ciência Política.

Às 14:00 horas do dia 28 de agosto de 2013, no auditório do programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco reuniram-se os membros da Comissão Examinadora para defesa de Dissertação da Mestranda **Rebecca Bianca de Melo Magalhães**, intitulada: “**Cortes Constitucionais da América Latina: Uma Análise de suas Características e Funcionamento**”, para obtenção do grau de Mestre em Ciência Política, composta pelos professores doutores: **Ernani Rodrigues de Carvalho Neto** (Orientador), **Mauro Victoria Soares** (Examinador Titular Interno) e **Thales Cavalcanti Castro** (Examinador Titular Externo). Sob a presidência do primeiro, realizou-se a arguição da candidata Rebecca Bianca de Melo Magalhães, cumpridas todas as disposições regulamentares, a Comissão Examinadora considera a Dissertação APROVADA. E nada mais havendo a tratar, eu, Daniel Neto Bandeira, secretário do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco, labrei a presente Ata que dato e assino com os membros da Comissão Examinadora. Recife, 28 de agosto de 2013.

DANIEL NETO BANDEIRA (Secretário)

Prof. Dr. **Ernani Rodrigues de Carvalho Neto** (Orientador)

Prof. Dr. **Mauro Victoria Soares** (Examinador Titular Interno)

Prof. Dr. **Thales Cavalcanti Castro** (Examinador Titular Externo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O LUGAR DO CONSTITUCIONALISMO NA CIÊNCIA POLÍTICA.....	15
1.1. Cortes Constitucionais e Constitucionalismo(s) na Tradição Jurídica	25
1.1.1. Breve história do advento das cortes constitucionais e principais modelos.....	26
1.1.2. Constitucionalismos e Movimentos Constitucionais	33
2. CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA – MODELOS DE ANÁLISE, AGENDA DA PESQUISA E PRINCIPAIS DEBATES TEÓRICOS..	38
2.1. Aporte Epistemológico: Modelos de análise.....	38
2.1.1. Behaviorismo e o modelo Atitudinal	38
2.1.2. Escolha racional e Modelo estratégico de comportamento judicial	40
2.1.3. Institucionalismo	43
2.2. Principais debates teóricos.....	47
2.2.1. Das relações entre judiciário-executivo e judiciário-legislativo	47
2.2.2. Da ingerência dos tribunais em assuntos políticos.....	47
2.2.3. Análises descritivas e comparativas.....	48
2.3. Principais debates teóricos e agenda da pesquisa	49
2.3.1. Quem mobiliza as cortes constitucionais.....	50
2.3.2. Construindo o poder judicial	52
2.3.3. Exercitando o poder judicial em outras arenas.....	53
2.3.4. Dinâmicas judiciais e democracia	54
3. PANORAMA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA APÓS A REDEMOCRATIZAÇÃO	55
3.1. Cortes constitucionais dependentes?.....	62
3.1.1. Variações no grau de independência	68
3.1.2. Graus de independência revisitados	70

4. HÁ UM DESENHO INSTITUCIONAL FAVORÁVEL À INDEPENDÊNCIA?	78
4.1. Emendas Relacionadas ao Judiciário.....	79
4.2. Método de Seleção dos Magistrados e Perfil das Cortes	82
4.3. Tipos de Controle: Difuso e/ou Concentrado e Limites de Admissibilidade	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	99

Dedicado a Ulisses (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me concedido a paz de espírito suficiente em um dos momentos mais delicados que vivi. Muito equilíbrio foi necessário para fechar este ciclo. Fé, imenso apoio da família e dos amigos foram fundamentais, tantos nomes figurariam neste espaço, que reservo para momentos em que poderei expressar minha gratidão de outras formas.

Para começar, agradeço à minha família que tanto amo, especialmente a Diógenes Veras, adorável esposo, pelo seu amor incondicional, pelas lições de vida que tive ao seu lado. E aos meus pais Robson Bandeira de Melo e Regina Magalhães, pelo imenso carinho e todo esforço dedicado à minha formação, acima de tudo, humanística. Minha gratidão aos meus irmãos e amigos, Robinho, Rodolfo, Dimas, Rebeca, Dione, Jehovah, Yuri, Samara e Violeta, sempre muito presentes.

Meus agradecimentos ao meu orientador, professor Ernani Carvalho, bem como ao coordenador do PPGCP, professor Ricardo Borges, pela compreensão de ambos e por sempre se mostrarem dispostos a ajudar. Especial agradecimento a Daniel, servidor da secretaria, por sua cordialidade constante, seu zelo com os prazos e paciência para nos explicar todas as minúcias dos procedimentos burocráticos do programa.

Agradeço, ainda, ao professor Flávio Rezende pelos conselhos, excelente companhia e pelos livros e artigos sugeridos, que nortearam o capítulo sobre as abordagens e métodos. Agradeço a especial colaboração dos professores José Mario Wanderley e Thales Castro, que foram meus tutores desde a época da graduação em Direito, pelas valiosas contribuições, críticas construtivas e palpites indispensáveis para a pesquisa. Ressalto minha estima e admiração pelo professor Thales, que me concedeu a primeira oportunidade de trabalhar em um núcleo de pesquisas, o NEAL – Núcleo de Estudos para a América Latina e que me apresentou ao mundo das Relações Internacionais.

Agradeço aos meus queridos colegas da turma de mestrado, Christian Veríssimo, Evelyn Veríssimo, Marcella Mostaert e Renan Cabral. Repito o que

sempre digo pessoalmente: foi maravilhoso tê-los conhecido, compartilhado aqueles momentos difíceis e de muito aprendizado. Tenho certeza de que nossa amizade será inabalável diante da distância e dos compromissos cotidianos.

Muito obrigada a todos que contribuíram de alguma forma.

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

Tabela 01: Tipologia de Whittinton para Mudanças Constitucionais

Tabela 2. Classificação da autonomia judicial em vinte países da América Latina, 1945-1975

Tabela 03. Tamanho das Cortes

Tabela 04. Nomeação, Jurisdição e Duração do Mandato

Tabela 05. Indicação dos Magistrados

Figura 01: Distribuição das publicações sobre Judiciários na América Latina

Figura 02. Posição dos casos estudados em 2010

INTRODUÇÃO

A América Latina representa grande interesse para pesquisas que buscam compreender mudanças institucionais, dado seu histórico de oscilação entre ondas de democratização e de períodos austeros e por apresentar, de certa forma, condições ambientais semelhantes.

Selecionamos 19 (dezenove) casos para levantar dados a partir da literatura disponível e analisar o perfil de suas constituições depois das últimas reformas. Veremos que as Cortes Constitucionais são o coração das mudanças institucionais experimentadas, porque tradicionalmente possuem o papel de guarda dos preceitos constitucionais mais caros à sociedade, bem como normas de estrutura, forma de governo e direitos fundamentais.

Seguramente exercem liderança diante do judiciário, porque em muitos casos o tribunal de revisão constitucional é o mesmo responsável por exercer a jurisdição de última instância. E o judiciário, por sua vez, é o responsável em grande parte pela aplicação prática das normas consolidadas, o que se traduz em um processo complexo de interpretações, geração de novos significados e adaptação a novas realidades sociais.

Além do mais, também se espera que exerçam fiscalização sobre os demais poderes, protegendo os indivíduos dos riscos de hipertrofia de um deles ou degeneração dos ideais democráticos.

No entanto, em um sistema de direito constitucional, que é voltado principalmente para proteger os indivíduos e as minorias contra as maiorias, o apoio político para a revisão judicial não pode ser adequadamente analisado pelo modelo do povo contra seus governantes. Outras fontes de estabilidade institucional e fortalecimento oferecem maior potencial explicativo, sobretudo a partir de um olhar sobre as relações entre os diversos atores políticos, as interações propiciadas pelo grande arcabouço herdado das clássicas teorias contratualistas, divisão de poderes e *checks and balances*.

Nesse ponto, os debates trazidos pelo neoinstitucionalismo podem apresentar interessantes explicações para os quebra-cabeças que surgem dos resultados paulatinamente verificados diante de reformas institucionais e tendências na política da América Latina depois do período transicional.

Diante das ferramentas disponíveis, procuraremos discutir se os desenhos apresentados pelas novas faces de suas constituições representam avanços no sentido de se construir um judiciário e, em última análise, uma suprema corte mais independente. Os estudos de décadas passadas apresentam marcante pessimismo, retratando tribunais subservientes e completamente guiados ao sabor do governo dominante, sendo sua independência desenvolvida paulatinamente. Entretanto, aparentemente, alguns fatores para além dos desenhos institucionais podem minar a independência, mesmo diante da construção de estruturas mais propícias a um judiciário livre de pressões políticas indevidas.

Para tanto, no primeiro capítulo discutiremos um pouco do que representa o constitucionalismo para a ciência política, dentro de uma perspectiva institucionalista, que objetiva não apenas delinear o objeto de estudo, mas trazer novas interpretações para as pesquisas encontradas na literatura levantada. Movimentos constitucionais e tradições jurídicas mais dominantes e que tiveram decisiva influência na região estudada também serão evocadas com o objetivo de compreender particularidades dos casos escolhidos, pois verificamos grande influência de estudos sobre a suprema corte americana, a qual apresenta condições muito diferentes das encontradas nos casos selecionados, não apenas ambientais, mas também estruturais.

O capítulo segundo explora as riquezas que as interações entre judiciário e política possuem e traz à baila as principais abordagens (behaviorismo, escolha racional, institucionalismo), debates teóricos e modelos utilizados, buscando mapear, com um fim mais didático, as publicações encontradas e fornecer sugestões de desenhos de pesquisas futuras, sobretudo a partir da utilização de métodos mistos.

No capítulo terceiro, a revisão de literatura pertinente à independência do judiciário na América Latina é examinada, demonstrando as dificuldades e vantagens encontradas na linha de pesquisa. Verificamos que há muitos estudos de caso, porém, há poucos estudos comparativos com maior amplitude, sendo em sua maioria resumidos a uma minoria dos países, o que parece sinalizar que há uma parte quase “desconhecida” da América Latina. Percebemos que as abordagens, métodos e pontos de vista dificultam o trabalho de encontrar consenso em muitos assuntos, muitos autores afirmam que é um desafio obter dados confiáveis. Algumas pesquisas que podem ser consideradas clássicas são revisitadas e representam o que foi obtido a partir de tentativas de medir graus de independência entre os casos, apesar da complexidade que a investigação possui.

Finalmente, o capítulo quarto discute alguns aspectos do desenho institucional presente na atualidade, sendo o principal objeto de análise as disposições constitucionais dos casos escolhidos, no tocante aos mecanismos de funcionamento de suas cortes. Isolamos normas constitucionais combinadas com leis orgânicas e alguma teoria geral do direito constitucional para descrever como o controle de constitucionalidade é executado nos casos, em uma perspectiva comparada, e quais as feições dadas às cortes, no tocante ao tamanho, formas de seleção dos magistrados, acesso a sua jurisdição e os efeitos de suas decisões.

Considerando os desafios de apreender esse fenômeno e as limitações presentes em estudos focados quase que exclusivamente em dispositivos normativos, tentamos apresentar, sob uma perspectiva voltada aos estímulos dados aos atores pelos desenhos institucionais, quais parecem se aproximar mais dos ideais de um judiciário independente.

1. O LUGAR DO CONSTITUCIONALISMO NA CIÊNCIA POLÍTICA

Neste capítulo, o foco se direciona à relevância que os desenhos constitucionais atribuem às Cortes que exercem revisão judicial, aumentando ou diminuindo sua força como instrumento de mudanças. Na Ciência Política, a ideia de desenho institucional diz respeito à real escolha e o conjunto de instituições de um país que os ligam ao governo e dão forma às relações entre seus vários órgãos.

Sobre as instituições, este estudo se apoia em seu conceito clássico, no qual se traduzem em um conjunto de regras e práticas organizadas em estruturas de significado e fontes “relativamente invariáveis frente ao grande volume de relações entre indivíduos e relativamente resistentes às preferências idiossincráticas, expectativas individuais e mudanças circunstanciais externas” (March and Olsen, 1989). Portanto, na verdade, são constituídas por regras e práticas que prescrevem comportamentos apropriados para atores específicos em situações específicas.

Se, por um lado, o conceito de instituição é central para a análise política, por outro, há uma grande diversidade entre as disciplinas, em relação aos tipos de regras e relações construídas como “instituições” (Goodin, 1996). As abordagens para as instituições políticas diferem, sobretudo, na forma como compreendem: (a) natureza das instituições; (b) o processo que transforma as estruturas e regras em impacto político; (c) o processo que transforma o comportamento humano em estruturas e regras e estabelece, mantém, transforma ou elimina as instituições.

Uma suposição central dentro da perspectiva do neoinstitucionalismo, é que as instituições criam elementos de ordem e previsibilidade. Elas moldam, permitem e reprimem atores políticos que agem dentro de uma lógica de ação apropriada. Carregam identidades e papéis e marcam o caráter político, a história e os valores de uma dada sociedade. Fornecem os vínculos que unem os cidadãos, a despeito dos consideráveis fatores que os dividem. Também impactam mudanças institucionais e criam elementos de ineficiência histórica.

Dessa forma, as instituições organizam a política e ordenam a forma como o poder é distribuído, exercido e legitimado. Afetam a forma como os atores políticos serão conduzidos, quais as condutas proibidas, quais as desejáveis, por meio de regras ou costumes.

Entretanto, March and Olsen (1989) observam que a relação causal entre os arranjos institucionais e a política substancial é bastante complexa, visto que as ligações parecem indiretas, não obstante, seus resultados se apresentam de forma mediata.

Há muito interesse tanto em entender como se sucedem os efeitos das instituições nas práticas, para que se possa projetá-las para os sistemas democráticos. Com base na ideia, muitos autores neoinstitucionalistas defendem que a estrutura influencia consideravelmente o protagonismo de determinados agentes no âmbito político, ou seja, partem da premissa de que as estruturas podem influenciar os agentes.

March and Olsen (1989) afirmam que o *status* do institucionalismo na ciência política mudou dramaticamente nos últimos quinze anos. A revolução behaviorista representou um ataque à tradição onde governo e políticas eram principalmente compreendidos em termos formais/institucionais. Nesse viés, o foco no governo institucional, assuntos constitucionais e direito público ficou visto como “intragavelmente formalístico e antiquado” e a principal crítica seria que se trata de uma abordagem relativamente insensível aos fatores não-políticos de comportamento e, portanto, às bases não-políticas das instituições governamentais. O anseio era de penetrar a superfície formal das instituições governamentais e explicar como a política “realmente funciona”(Eulau e March, 1989).

Na sociedade moderna, a política é uma configuração de muitas instituições formalmente organizadas que definem o contexto no qual política e governança têm lugar. Essas configurações variam substancialmente e apesar de serem diferentes da proposição, muitos cientistas políticos provavelmente admitiriam que a variação de instituições explica ao menos algumas das mudanças observadas nos processos políticos e resultados. Portanto, este

estudo acolhe a premissa de que a escolha institucional está fortemente relacionada com os desafios da consolidação da democracia.

Daí advém a relevância do objeto de estudo, qual seja, as disposições constitucionais sobre o tema das cortes dos casos selecionados. Relembrando que as constituições refletem uma sofisticada expressão do que representa o institucionalismo, pois apresentam em um corpo de normas quais os valores mais caros à sociedade e, para a tradição da teoria política clássica contratualista, quais os termos do contrato entre governantes e governados.

Em seu sentido moderno, as constituições aspiram limitar o poder dos governantes, garantir adesão ao Estado de direito e proteger direitos individuais. Como tal, elas se enquadram na concepção de Douglass North de uma instituição como uma restrição imposta socialmente, ou de um conjunto de restrições, sobre o comportamento humano, “Constituições, escritas ou não, são um conjunto de regras, práticas e costumes que os sistemas políticos consideram como sua lei fundamental” (Shane, 2006).

As constituições, instituições por excelência, não são estáticas; e a institucionalização não é um processo inevitável nem unidirecional ou irreversível. Geralmente porque as instituições são amparadas internamente e validadas externamente, e porque suas histórias estão sistematizadas em regras e rotinas, suas estruturas internas não podem ser modificadas arbitrariamente (March and Olsen, 1989).

As mudanças ocorridas são mais frequentemente para refletir adaptação à experiência local e, portanto, mais lentas do que as mudanças dos valores sociais. Em seu corpo, as constituições em geral apresentam dispositivos de segurança (em nome da segurança jurídica e da supremacia constitucional), com o objetivo de evitar violações arbitrárias ao que ficou pactuado na ocasião de sua promulgação.

Há uma famosa citação atribuída a Thomas Jefferson, quando defendia que as constituições deveriam ser reescritas de tempos em tempos: “*dead should not govern the living*”, ao criticar a reverência com que o texto era tratado,

em uma postura que minava os espíritos mais progressistas. O ex-presidente chegou a propor que toda constituição contivesse um prazo de validade correspondente a dezenove anos, o que permitiria que cada geração submetida aos seus desígnios teria a oportunidade de formar uma nova assembleia constituinte.

Bem, muito embora os textos, via de regra, não apresentem um prazo de validade, costumeiramente contêm dispositivos que regulam como as mudanças formalmente irão ocorrer. Na verdade, a atividade humana primária por meio da qual as constituições são convertidas em autorizações operacionais ou de restrição é a interpretação (Shane, 2006); nesse ponto reside o papel fundamental dos magistrados, a aplicação dos textos nos casos concretos, ato que envolve o necessário processo de interpretar e aplicar, tendo sempre como ideal a máxima imparcialidade.

As constituições modernas dedicam um considerável espaço à questão da limitação dos poderes, conforme exploraremos adiante, e portanto, há nítida preocupação em designar mecanismos de “*self-enforcing*”, sendo as cortes constitucionais um deles. Levinson (2011) evoca a metáfora de Ulisses atando-se ao mastro a fim de resistir ao chamado das sereias, para ilustrar como as comunidades se vinculam às normas constitucionais.

“Mas o que é o equivalente às amarras de Ulisses, responsáveis por permitir que uma comunidade política se vincule a normas constitucionais? O quebra-cabeças do constitucionalismo positivo encontra-se em explicar a vontade e a capacidade de poderosos atores políticos a assumirem compromissos sustentáveis para respeitar e defender as normas constitucionais, mesmo quando essas regras estão no caminho de seus interesses imediatos (...) A abordagem padrão para responder a essas perguntas em contextos jurídicos e políticos é invocar estáveis “instituições” de vários tipos de mecanismos de compromisso de confiança. Os tribunais podem impor normas constitucionais (...) Na visão de muitos advogados constitucionais e teóricos, a eficácia do compromisso

constitucional depende, em grande parte, se não inteiramente, da execução judicial dos direitos constitucionais e regras.”¹

É uma consequência natural, portanto, que as Cortes constitucionais acabem participando ativamente dessas mudanças, materializadas no controle de constitucionalidade – aos magistrados que as integram, incumbe aceitar ou rejeitar a aplicação de leis hierarquicamente inferiores, ou mesmo de políticas públicas. Portanto, por meio de seu controle formalizado, possuem o condão de influenciar fortemente mudanças institucionais no curso do tempo. Exatamente sobre esses atores se voltam os olhares do presente trabalho.

Whittington (1999) assevera que, mesmo independente das cortes constitucionais e da criação de emendas, as constituições têm influência direta nos atores políticos (não-judiciais) e pretende-se demonstrar como funciona a constituição na prática e como seu significado muda.

A Constituição é definida por Whittington (1999) como um documento que representa a expressão mais sofisticada da ideia de instituição política. Ela define e obriga o modo como o governo funciona e a política é conduzida. É considerada relevante para ciência política por ser consequência das ações do judiciário que objetivam bloquear ações dos outros poderes. No entanto, a constituição penetra a política, dando forma em seu interior e alterando os resultados.

Com essas ideias em mente, podemos definir o processo de construção constitucional como a elaboração de novos significados em seu âmbito político, por meio de instrumentos relativamente técnicos e tradicionalmente interpretativos, como o texto, a estrutura, a intenção dos autores e precedentes.

Ainda, de acordo com Whittington (1999), depois de um longo período de quase exclusivo interesse nas questões normativas da revisão judicial, acadêmicos têm reconhecido a importância de atores não-judiciais para a construção do significado constitucional, reconhecendo que eles lutam para

¹ LEVINSON, Daryl J. (2011) **Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment**. Harvard Law Review. Vol. 124, N. 3.

reconfigurar, desafiar ou renunciar a esforços judiciais para definir novas interpretações.

A possibilidade de construção indica que nem todas as mudanças no significado constitucional efetivo devem ser concebidas como um processo análogo às emendas, o que os acadêmicos denominam comumente de mutações constitucionais (Dantas, 2003). As mutações podem ser entendidas como novos sentidos agregados paulatinamente ao mesmo texto, sem que haja mudanças drásticas e estruturais, ademais, trata-se de um processo lento e de difícil demarcação temporal, ao contrário das emendas.

A integração da teoria constitucional com o desenvolvimento político deve considerar a existência de emendas constitucionais informais, também denominados momentos constitucionais, o qual tem duas características primárias: são legitimados pelo apoio popular e fortalecidos pela revisão judicial.

Dessa maneira, de acordo com Whittington (1999), a construção constitucional também elucida a relação entre agentes não-políticos e a constituição. Frequentemente juízes supõem possuir o monopólio do conhecimento constitucional e capacidade deliberativa. Outros funcionários do governo são tidos como irrelevantes para o desenvolvimento constitucional, na melhor das hipóteses, ou, na pior, como ameaças à sua ordem.

O autor sugere que, em um extremo, a constituição é totalmente reescrita como uma nova, sendo duas formas possíveis – a revolução e a criação. Uma revolução constitucional, que não precisa ser necessariamente radical, seria marcada pelo abandono do texto anterior em sua totalidade e substituição por um novo e, via de regra, depende de autoridade externa à constituição preexistente (poder constituinte originário). A criação constitucional, por sua vez, envolve a adição de novo texto, a partir de emendas, regulamentadas pela constituição original e a parte acrescentada é tão imperativa quanto o texto emendado. As sutis diferenças entre as formas de mudanças se encontram sistematizadas na tabela 01.

No outro extremo das deliberações constitucionais encontra-se a formulação de políticas. As iniciativas políticas devem objetivar o cumprimento

das promessas constitucionais na prática governamental, devem solidificar o entendimento do significado da constituição e estabilizar ou ajudar a desestabilizar arranjos constitucionais herdados. Nem todas as decisões importantes têm natureza constitucional, mudanças políticas podem trazer alterações severas na distribuição de recursos sociais, beneficiando alguns interesses em detrimento de outros (Dantas, 2003).

Entre esses extremos, nos quais uma constituição é produzida ou adotada, há esforços para elaborar o texto herdado. Frequentemente o único modelo analítico para esta atividade é a jurisprudência e está focada na interpretação. A interpretação engloba um conjunto de diferentes atividades e predispõe a análise do significado constitucional em direção a posicionamentos jurídicos aceitos. O modelo jurisprudencial precisa ser acrescido com um modelo mais explicitamente político que descreva um esforço distinto para entender e reelaborar os significados de um dado texto constitucional (Whittington, 1999).

A construção constitucional também é fiel ao texto existente e busca elaborar um significado com os dados presentes no texto original, tornando o significado constitucional mais explícito sem alterar seus termos e fornece um elemento de criatividade na elaboração do significado constitucional, investigando o texto em busca do verdadeiro sentido de suas palavras ou de seus símbolos.

Nesse ponto a construção constitucional quase se confunde com a política, pois dirigir casos difíceis e questões para as quais a constituição parece não oferecer respostas transcende a analogia entre constituição e lei ordinária, o que dificulta a tarefa de definir a diferença entre constituição e política.

Tabela 01: Tipologia de Whittington para Mudanças Constitucionais

Nível de Deliberação	Características
Formulação de Políticas	Assume consenso sobre princípios fundamentais Resolve apenas ações políticas imediatas Especifica indivíduos e ações governamentais
Interpretação	Permite diálogo entre judiciário e outros poderes Desenvolve-se de forma evolutiva Confia em normas legais Admite ratificação pelo reconhecimento judicial de resultados Especifica regras para ações governamentais
Construção	Considera princípios políticos fundamentais Estrutura práticas políticas futuras Ocorre em momentos de interpretação instável Fornece padrões para conduta política
Criação	Especifica novos princípios políticos Altera as exigências textuais Autoriza ação judicial Estabiliza o significado constitucional
Revolução	Abandona o texto constitucional existente Estabelece nova constituição Depende de autoridade externa à constituição existente

Fonte: WHITTINGTON, Keith E. (1999) **Constitutional Construction**. Cambridge: Harvard University Press.

O conceito de construção constitucional, enfim, nos permite métodos de interpretação de grande alcance e abre também outras áreas da constituição,

sobretudo disposições que norteiam de onde as mudanças surgirão, em consonância com os novos anseios sociais.

Ferramentas tradicionais de interpretação das leis e princípios podem ser exaustivas e não fornecerem um significado constitucional para guiar as ações governamentais. Muitas vezes há obscuridade, ambiguidade, omissão ou mesmo silêncio em relação aos casos em que os preceitos constitucionais podem ou não ser aplicados, sobretudo diante do caráter subjetivo das cartas mais recentes (Dantas, 2003).

Portanto, o advento de um sistema judiciário independente do legislativo está correlacionado a uma miríade de práticas intimamente ligadas com a lei fundamental, mas que não podem ser completamente subordinadas a ela.

Reconhecidamente, para a Ciência Política, o corpo de magistrados corresponde a um *player* cujas decisões afetam de maneira muito relevante a dinâmica da interação política nas sociedades, sobretudo após o advento do chamado controle de constitucionalidade, em sua acepção kelseniana, qual seja, o controle exercido por um órgão do judiciário exclusivamente encarregado de decidir, com base na constituição, que leis devem ou não permanecer no ordenamento jurídico, o qual é mais comumente exercido pelas cortes supremas, de forma difusa ou concentrada.

O modelo jurisprudencial de interpretação adota uma postura legalista, que vê o texto como um conjunto de direitos e deveres, mas a constituição vai além, pois como mencionado anteriormente, é um texto essencialmente político. A construção política da constituição, portanto, permite que sejam preenchidas as lacunas entre os preceitos legais e as sensibilidades constitucionais, dialogando com a autoridade da constituição, mesmo onde o texto não parece ser categórico (Zauli, 2009).

Dessa maneira, as condicionantes, características e consequências dos processos de tomada de decisão no âmbito das instituições judiciais constituem os aspectos centrais para a Ciência Política. E certamente os olhares se voltam ao poder decisório delegado aos juízes que compõem as cortes constitucionais.

Suas decisões, segundo Zauli (2009), seriam “uma função do que eles preferem fazer, temperada pelo que eles pensam que deveriam fazer, mas constrangida pelo que eles percebem que é viável fazer”. Com tal sugestão o autor ilustra as variáveis independentes que informam o núcleo no qual giram diferentes abordagens teóricas sobre a temática da judicialização da política.

As preferências da magistratura seriam o foco privilegiado de um modelo de análise atitudinal, ao passo que o foco deontológico se deve ao modelo legal e da teoria dos papéis e, finalmente, a preocupação com a viabilidade das decisões judiciais seria o centro das abordagens estratégicas.

O fenômeno denominado comumente de judicialização da política se refere justamente à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial nas esferas políticas, de acordo com a clássica conceituação proposta por Vallinder (1995), qual seja, a expansão do campo dos tribunais em detrimento dos políticos, aliada à propagação dos métodos da tomada de decisão judicial para fora da arena judicial propriamente dita. E, concomitantemente, enriquecida por Tate (1995), o qual define como processo pelo qual os tribunais e juízes tendem a interferir progressivamente na produção de políticas públicas e o processo pelo qual os procedimentos administrativos paulatinamente vão se tornando mais legalistas.

Há indícios de que alguns dos fatores que respondem por tal fenômeno estejam marcando presença no contexto sócio-político da América Latina após o período de redemocratização, feitas as devidas ressalvas diante da heterogeneidade dos Estados-membros e as dificuldades em se trabalhar sem um corte temporal mais exato.

De qualquer maneira, as condições apresentadas assemelham-se àquelas que, segundo Tate (1995), facilitariam a expansão do poder judicial em sistemas democráticos: (i) existência de um sistema político democrático; (ii) a separação dos poderes baseada no sistema de *checks and balances*; (iii) a presença de garantias individuais; (iv) utilização dos tribunais por grupos de interesse; (v) uso dos tribunais pela oposição; (vi) inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas

disputas políticas; (vii) percepções negativas diante das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais; (viii) algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais, (ix) ampliação dos legitimados a propor ações de controle de constitucionalidade, (x) ampliação de garantias dos magistrados diante da interferência dos demais poderes, (xi) novos mecanismos de acesso ao judiciário, (xii) apoio popular às deliberações do judiciário.

Pela simples análise do conceito clássico da judicialização da política, concluímos que a independência do judiciário e, com efeito, das cortes constitucionais, pode estar relacionado ao fenômeno, pois um maior protagonismo dos tribunais constitucionais nas arenas políticas pode ampliar o interesse de deter seu controle. Podemos ir além, considerando que sem um certo grau de independência do judiciário dos demais poderes, os tribunais não podem ser usados para contestar reformas políticas, assim sendo, a independência seria uma condição *sine qua non* para a judicialização.

1.1. Cortes Constitucionais e Constitucionalismo(s) na Tradição Jurídica

Antes de se iniciar qualquer estudo que envolva direito constitucional, é interessante revisitar o foco que a tradição jurídica lhe atribui, com suas ferramentas de análise quase sempre dogmáticas e, de certa forma, distantes de outros objetos de análise que não sejam as leis propriamente ditas e a interpretação conferida a elas pela jurisprudência, mitigando os movimentos sociais que lhe dão forma continuamente e que lhe mantém viva.

Tais conceitualizações² são fundamentais porque se o objeto de estudo do presente trabalho são cortes constitucionais, deve-se ter em conta que: (1) os juízes que o integram têm formação jurídica e compartilham dos valores apreendidos ao

² Frise-se que, diante do corte geográfico dado pela pesquisa, que se restringe a uma análise da América Latina, considerando que todas as suas constituições são escritas, maior ênfase é dada à tradição do direito positivo, em detrimento do direito costumeiro.

longo da construção de seus argumentos que terão forte peso no momento em que suas decisões são proferidas; (2) a existência propriamente dita das constituições e da necessidade de haver um órgão direcionado à interpretação e controle de normas que seriam ou não constitucionais, logo, legítimas, surge dessas tradições teóricas.

Ademais, é necessário o entendimento de que a estrutura social mais ampla, em que está situado o indivíduo, também afeta a decisão. Nesta categoria, estão os preceitos culturais a que se vincula o ator por fatores de aprendizado e que poderão ter influência no seu modo de pensar, de falar e, de modo relevante ao estudo, de decidir.

As formas e os procedimentos institucionais que compõem as organizações, no caso, o Poder Judiciário, em determinadas situações, não são adotadas simplesmente porque são mais eficazes ou benéficos (do ponto de vista da escolha racional), mas porque derivadas de práticas culturais e/ou de valores predominantes naquela sociedade.

1.1.1. Breve história do advento das cortes constitucionais e principais modelos

A característica dogmática tão marcante no estudo do direito, traduz-se na busca em compreender as normas postas, tornando-as aplicáveis dentro dos marcos da ordem vigente – a ordem é posta aos juristas como um dado que é aceito e não negado, constituindo uma espécie de limitação dentro da qual são exploradas diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis.

O processo de positivação do direito, no sentido de que as normas foram paulatinamente se tornando escritas entre os séculos XVI e XVIII, contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação na forma escrita aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento e aguça a consciência dos limites. A possibilidade do confronto entre diversos

conjuntos normativos, por outro lado, cresce e conseqüentemente há um aumento na disponibilidade das fontes e o aparecimento das hierarquias entre as leis. Há também uma tendência crescente de atribuir um maior peso ao que está positivado quando em conflito com o que é costume, principalmente diante da concentração do poder de legislar.

A ciência dogmática contemporânea encontrou no conceito de norma um instrumento importante para realizar sua tarefa analítica de identificar o direito. Um de seus grandes teóricos, Hans Kelsen, em sua obra clássica *Teoria Pura do Direito*, afirmava que os comportamentos humanos só seriam conhecidos mediatemente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulados por normas jurídicas e estas, compreendidas como prescrições de uma sanção a um comportamento.

Sua pretensão equivalia a isolar a norma posta dos demais conectivos, excluir seus criadores e seus destinatários. Por adotar uma postura cientificista quase radical, talvez em consonância com o espírito dominante na época, foi duramente criticado por cair em suas próprias armadilhas metodológicas. Inúmeras são as objeções ao caráter restritivo de sua teoria, tendo sido acusada de empobrecer o universo jurídico. Ainda assim, não seria justo ignorar o seu legado, pois sua influência é bastante considerável na construção do que seria a ciência do direito no século XIX.

Também integrando a chamada escola do positivismo jurídico, H. L. A. Hart (2009), debruçando-se sobre o problema da ineficiência das normas diante de situações novas não previstas, criou uma classificação quanto à relevância das normas, dividindo-as entre normas primárias (de obrigação) e secundárias³ (de câmbio, adjudicação e de reconhecimento).

As normas secundárias de câmbio superariam o caráter estático e corresponderiam àquelas que conferem a certos órgãos o poder de legislar, de regular o procedimento legislativo ou o poder de administrar, em respeito ao caráter

³ A terminologia primária e secundária, em face da carga valorativa que carrega, é repelida por alguns autores. É comum a adoção das terminologias “normas de competência” e “normas de conduta”, “normas de organização” e “normas de conduta” (Reale, 1974) são amplamente utilizadas.

dinâmico das leis. As de adjudicação superam o problema da ineficiência, determinando competências judicantes e seus procedimentos (normas de direito processual). Finalmente, as normas de reconhecimento superariam o problema da incerteza, estabelecendo critérios conclusivos para a identificação de qualquer norma como pertencente ou não ao conjunto – grande parte das normas constitucionais é desta espécie: qualquer norma “inferior” que viole os direitos fundamentais é excluída do sistema.

Kelsen levou a sério o problema da relevância das normas, vislumbrando a estrutura do ordenamento como um sistema hierárquico e unitário. Com seus trabalhos e seu projeto da constituição da Áustria de 1920, o jurista preparou um novo modelo de justiça constitucional, oposto ao modelo estadunidense.

No sistema norte-americano, a justiça constitucional é confiada aos magistrados e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não há contencioso administrativo ou judicial, não há nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz. O seu controle de constitucionalidade, por essa razão, é denominado difuso.

No sistema europeu, proposto por Kelsen, o contencioso constitucional, distinto do ordinário, é da competência exclusiva de um tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada. Seria a espécie de controle concentrado de constitucionalidade.

Favoreu (2004) questiona como os europeus puderam adotar o sistema que envolvia um confronto direto e aberto com o legislador, quando o respeito a este havia-lhes impedido, no século XIX e começo do século XX, de adotar o sistema estadunidense, aparentemente menos atentatório aos direitos do Parlamento.

O autor sugere que a maioria dos países europeus, atualmente dotada de um tribunal constitucional, ficou em certo momento tentada a adotar o sistema estadunidense e, posteriormente, o rejeitou; apenas uma minoria (Grécia, Dinamarca, Suécia, Noruega) adotou sistemas bem próximos do modelo estadunidense.

A *sacralização da lei* na tradição europeia é uma primeira explicação para o fracasso do implante do modelo estadunidense. A partir da Revolução de 1789, ao longo do século XIX e início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs e raramente foi posto em dúvida.

O conceito de legitimidade coincide com o de legalidade, isto é, com a conformidade das atividades públicas e privadas com as leis votadas pelo Parlamento (Favoreu, 2004). O direito é cada vez mais identificado com as leis parlamentares, que traduziriam as preferências majoritárias. Na tradição europeia, portanto, a lei reveste-se de uma sacralização muito maior do que a tradição norte-americana, na qual a Constituição é muito mais importante.

A incapacidade do juiz ordinário de exercer a justiça constitucional é outra razão levantada por Cappelletti (1971):

“Os juízes da Europa são geralmente magistrados de carreira, pouco aptos a assumir um trabalho de controle das leis que é inevitavelmente criativo e que vai muito além de suas funções tradicionais de intérpretes e servidores das leis. A própria interpretação das normas constitucionais e especialmente do núcleo central destas, que é a declaração dos direitos fundamentais é normalmente muito diferente da interpretação das leis ordinárias, ela não se coaduna com a *tradicional fraqueza e timidez* do juiz do modelo continental”

A fraqueza e timidez se referem ao fato de esses juízes não terem investidura democrática, como no caso norte-americano. E, no caso da América Latina, também pelo fato de que, em situações de instabilidades políticas, não estiveram ao abrigo de medidas coercitivas em períodos excepcionais, o que será discutido com mais clareza adiante.

A ausência de unidade de jurisdição é outra explicação complementar. De fato, a dualidade ou a pluralidade de jurisdições não é uma garantia para o sucesso do implante, mas um fator de fracasso.

O sistema de tipo estadunidense só funciona bem onde há unidade de jurisdição (países de *common law*), porque neles não há separação entre os contenciosos e a dimensão constitucional pode estar presente em todos os processos, sem necessitar de um tratamento separado e sem risco de chegar a divergências de opinião sobre a constitucionalidade dos textos fundamentais. A justiça constitucional não se divide, ora é difusa (mas encabeçado por uma única corte suprema), ora é concentrada (nas mãos de uma jurisdição constitucional única).

A insuficiente rigidez da constituição pode ser considerada também como outra causa da rejeição do modelo estadunidense em alguns países. No modelo estadunidense, a decisão da justiça que declara uma lei inconstitucional tem como efeito erguer contra a vontade do legislativo uma barreira que se torna intransponível (Cappelletti, 1971).

Já em sistemas onde a lei ordinária tem mais peso, o legislativo pode, com menor dificuldade, vencer essa resistência: as maiorias parlamentares que adotam a lei suspensa por uma sentença judicial devem, para fazer prevalecer sua vontade, confirmar na assembleia nacional a decisão ou medida que tomaram primeiro por via legislativa. Nessas condições, é provável que a autoridade judiciária hesite muito em recusar a aplicação das leis por causa da inconstitucionalidade.

Por sua vez, no tocante à adoção do modelo kelseniano, seu sucesso teria se dado, em resumo, aos seguintes fatores: (1) falta de confiança nos juízes ordinários e, portanto, receio em delegar-lhes maiores poderes; (2) falta de confiança no legislativo, sendo conveniente haver um órgão que lhe desafie com o poder de veto – declarando inconstitucionalidade; (3) por razões teóricas, sendo assegurada maior estabilidade à constituição na medida em que nunca seria confiada a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os criou.

Em relação às críticas ao modelo, aponta-se que ele seria incompatível com a soberania do parlamento e contrário à separação dos poderes.

Às objeções, Kelsen respondeu com base ideia de *segurança jurídica*, partindo do princípio que seria um fim desejável e um dos requisitos para o bem-estar social (sob uma perspectiva utilitarista).

Dessa maneira, argumentava que a legislação seria inteiramente subordinada à Constituição, da mesma maneira que as decisões judiciais e os atos administrativos o seriam à legislação⁴. Com efeito, a alguém teria que caber a guarda da constituição e não seria prudente conceder esse poder-dever ao mesmo órgão responsável por legislar.

Contra a segunda crítica, levantou sua famosa teoria do legislador negativo, segundo a qual o ato de se anular uma lei equivale a impor uma norma geral, residindo a diferença entre promulgação e anulação apenas na livre criação que caracteriza a primeira, porém inexiste na segunda que se resume a retirar sua validade.

Entretanto, outras razões institucionais também favorecem o modelo kelseniano. Como bem assevera Favoreu (2004), o exercício do controle de constitucionalidade concede ao Supremo Tribunal o condão de exercer um contrapeso ao poder majoritário composto pela maioria parlamentar às vezes reforçada por um chefe de Estado eleito na mesma tendência. E, finalmente, o juiz constitucional “deve intervir a fim de garantir um controle efetivo do governo” (Favoreu, 2004).

Elkins (2009) apresenta uma interessante análise sobre o processo de vida e morte das constituições, embora não trate especificamente da revisão judicial, considera-a como um dos fatores de durabilidade. Utilizando métodos mistos, o trabalho desenvolvido acredita que o desenho das constituições importa e pode ser um fator decisivo em sua duração. Realizando o que ele chama de autópsias e histórias da família, analisa minuciosamente que espécies de constituições podem ser criadas predestinadas à durabilidade, a despeito de eventuais turbulências sócio-políticas experimentadas pelo país que as adota.

⁴ Conforme a famosa pirâmide de hierarquização das normas em cujo ápice reinaria a “norma hipotética fundamental”.

Ademais, sob a perspectiva de Elkins (2009), se a Constituição é vaga ou ambígua em um determinado ponto, pode configurar um jogo de coordenação concorrencial entre as partes, permitindo que as partes com interesses em interpretações díspares possam cooperar por meio de uma adaptação do texto dado, ao invés de negociar o documento a partir do zero. Portanto, a revisão constitucional fornece pontos focais para a aplicação ao mesmo tempo que articula a interpretação padrão da barganha constitucional.

Contudo, longe dos ideais contratualistas, em muitos contextos o processo de criação e mudança constitucional não apresenta uma feição multilateral. Com muita frequência o chamado poder constituinte, a despeito de se esperar que representasse o interesse de toda a sociedade, é controlado por um único grupo político (partidário ou não). Tal fenômeno não se verifica apenas em um regimes ditatoriais, mas também em democracias, e possivelmente vai influenciar o novo desenho constitucional.

Dado que a revisão judicial realizada pelas cortes constitucionais direciona-se a normas específicas de especial interesse para a sociedade, as reformas em seus mecanismos podem representar consequências bastante sensíveis no tocante a novas mudanças guiadas pelos anseios sociais (ou de outros grupos políticos). Nesse sentido, Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2010) sugerem que emendas realizadas em um contexto unilateral⁵ irão se afastar dos ideias do constitucionalismo, alterando ou mantendo mecanismos e feições dos tribunais, sobretudo constitucionais.

As cortes constitucionais, como vimos, têm seu papel bem fundamentado nas tradições jurídicas. No entanto, as formas como o controle é realizado variam consideravelmente em relação à liberdade para deliberar. As variações ocorrem principalmente em decorrência do modelo de constitucionalismo adotado, conforme analisaremos a seguir.

Porém, no caso da América Latina, devido à sua característica de justaposição de modelos de constitucionalismo quase antagônicos, as reformas

⁵ Com a presença desproporcional de representantes dos partidos ou grupos sociais presentes no quórum necessário à aprovação da emenda.

pertinentes ao controle de constitucionalidade acabam concedendo maior flexibilidade para os constituintes, tendo em vista que ora podem ser ampliados poderes da corte constitucional, ora é possível mitigá-lo, concedendo maior prestígio às leis deliberadas pelo legislativo.

1.1.2. Constitucionalismos e Movimentos Constitucionais

Para Canotilho (2003), constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos estruturantes da organização político-social de uma comunidade. O processo constitucional representa, portanto, uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Ao mesmo tempo, é mais correto afirmar que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos. Existem diversos movimentos constitucionais com essências nacionais, mas também, com alguns aspectos de aproximação entre si, formando uma rica teia histórico-cultural, considerando os problemas jurídico-políticos a que o movimento constitucional moderno buscou dar resposta.

O constitucionalismo moderno compreende o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo a composição de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político (Canotilho, 2003).

Quanto ao conceito ideal de constituição, este corresponde a um documento no qual se declaram as liberdades onde se fixam o conjunto de direitos fundamentais, o respectivo modo de garantia e, finalmente, a organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

Para evitar cair em armadilhas do alongamento conceitual, é importante partir de uma breve narrativa histórica dos movimentos constitucionais que passaram a ser referidos como modelos ideais, no sentido de constituírem tipologias básicas, que podem mudar de tempero, a depender do local em que são adotadas e podem também dar ensejo a tipologias híbridas, como será visto mais adiante.

Focando nos modelos constitucionais, Canotilho (2003) enumera três espécies ideais: o modelo historicista (constitucionalismo inglês), o modelo individualista (constitucionalismo francês) e o modelo estadualista (constitucionalismo norte-americano). Eles são de grande utilidade, considerando que a construção das constituições latino-americanas são baseadas em um modelo híbrido, com tendências mais voltadas para a tradição francesa.

O modelo inglês tradicionalmente concebe a liberdade como inerente a todos os ingleses e como segurança do indivíduo e de seus bens; a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação do devido processo legal (*due process of law*), onde se estabelecessem regras disciplinadoras da privação da liberdade e as leis do país (*laws of the land*), que devem ser dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes (e não pelo legislador). Em linhas gerais, assim constitui-se o chamado direito comum de todos os cidadãos (*common law*). A partir da Revolução Gloriosa (1688-89), a ideia de representação e soberania parlamentar ganhou estatuto constitucional. O poder supremo passaria a ser exercido por meio da forma de lei do parlamento – fato que veio a originar um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno: *the rule of law*.

O modelo francês difere do modelo inglês substancialmente e tais diferenças podem ser atribuídas, a princípio, às rupturas revolucionárias ocorridas no século XVIII. A Revolução Francesa procurava construir uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos e não de “membros integradores de determinada ordem jurídica estamental”. A defesa dos direitos individuais ia além da tutela das propriedades individuais, atingindo os privilégios do “senhor juiz” ou do “senhor lorde” – a expressão *ancien régime* reflete nitidamente que se tratou de uma ruptura com o velho regime para que houvesse o advento de um novo. Por outro lado, o governo moderado e limitado inglês, com sua constituição mista, deixara obscura uma questão fundamental: como poderiam homens livres e iguais conceber uma lei fundamental direcionada a si próprios? E as respostas advinham das doutrinas contratualistas, para as quais a ordem política era conformada por meio de um contrato social assentado em um plano escrito, que seria a constituição formada

pelo poder constituinte⁶ – uma das categorias mais modernas do constitucionalismo.

E, para finalizar, o modelo norte-americano reafirmou os direitos na tradição britânica medieval e na Revolução Gloriosa (1688), mas sem reafirmar antigos direitos e liberdades e a constituição inglesa, pois o parlamento era visto como tirano. O constitucionalismo americano buscou garantir os cidadãos contra as leis do legislador parlamentar soberano, de modo que o povo também pudesse tomar decisões. Assim tomou forma o que a doutrina denomina de democracia dualista – na qual existem (menos frequentes) decisões tomadas pelo povo e decisões (mais frequentes) tomadas pelo governo. Em momentos raros, o povo exerce o poder constituinte.

Se no modelo francês a constituição serviu para construir uma legitimação do “governo das leis”, no modelo americano ela serviu primordialmente para construir uma ordem política guiada pelo princípio do governo limitado. – e esta constituição protegeria determinados direitos e princípios fundamentais contra os riscos de uma possível “tirania da maioria”, tornando nula qualquer lei hierarquicamente inferior que ferisse tais princípios, por meio do controle de constitucionalidade (*judicial review*).

O Estado constitucional foi fundado não apenas para limitar o poder, mas também para legitimá-lo – por um lado tem-se a legitimidade das leis, dos direitos fundamentais e do processo legislativo, por outro, a legitimidade de uma ordem de domínio e do exercício do poder político.

Nesse viés, há um consenso de que a independência do poder judiciário e a supremacia da lei são características essenciais de uma democracia – muito embora a seja algo questionável, conforme será verificado adiante. Para a tradição do positivismo jurídico, a supremacia da lei pode ser definida como um conjunto de normas que funcione como o mais próximo possível de um ideal equilíbrio contratual entre todos os membros da sociedade⁷.

⁶ No sentido de um poder originário pertencente à Nação, único que pode criar a lei superior de forma autônoma, ilimitada e independente.

⁷ *La loi est l'expression de la volonté générale*. Afirmação solene que abre o art. 6º da Declaração de 1789.

Os regimes constitucionais pluralistas, portanto, nasceram da preocupação de instaurar o governo de leis, por acharem estas mais confiáveis do que o governo dos homens, intuito bem claro nas Revoluções Francesa e Norte-Americana. O apego à lei demonstrado nas constituições resultantes desses movimentos e dos que mais tarde os prosseguiram é tão grande que os juristas vêem nelas um novo tipo de Estado, o Estado de Direito – que deve agir sobre o fundamento e pela forma do Direito.

David (2002) resume que basicamente os sistemas judiciários presentes no mundo podem ser divididos em três grandes grupos: (1) a família *romano-germânica*, que agrega os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano predominantemente codificado (*civil law*); (2) a família da *common law*, que comporta os direitos que se modelaram sobre o direito inglês, predominantemente baseado em costumes e jurisprudência; e (3) a família dos direitos socialistas, composta de países que outrora tinham direitos pertencentes à família romano-germânica, mas que aderiram ao dogma do marxismo-leninismo.

Ginsburg (2003) acrescenta outro elemento de tradição cultural, o que poderíamos incluir como um quarto grupo, (4) a família do *Confucian Constitutionalism*, destacado pelo autor como uma peculiaridade nos sistemas asiáticos, pouco conhecidos pela literatura ocidental, mas que apresentam grande dificuldade em incorporar *o rule of law* e desenvolver a revisão judicial, diante de suas fortes tradições culturais. Acrescentamos que pode ser um fator de impacto em alguns países da América Latina marcados por líderes personalistas, conforme veremos no capítulo 3. O autor assevera:

“O imperador tem pretensões jurisdicionais que abrangem completamente a vida social e política do povo. A única restrição humana sobre o poder do imperador é o dever dos funcionários de demonstrar ao líder onde ele erra (...) Esta concepção unificada do poder é muito diferente do constitucionalismo moderno, com sua desconfiança de autoridade concentrada.”⁸

⁸ GINSBURG, Tom (2003). **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. New York: Cambridge University Press.

A feição do judiciário existente em cada país depende, naturalmente, da tradição jurídica adotada. Portanto, é preciso cuidado na comparação de judiciários que utilizam distintos sistemas judiciários, porque as atividades realizadas e os produtos gerados podem ser muito diferentes. Entre os estudos revisados, poucos definiram explicitamente os limites conceituais de suas proposições em relação aos sistemas de direito aplicados, indicando até que ponto seus achados podem ser generalizados.

Uma observação interessante diz respeito aos temas privilegiados nos diferentes continentes. Em pesquisas referentes a judiciários onde são aplicados direitos originários da família romano-germânica, existe uma preocupação maior com temas coletivos, como a eficiência organizacional e a opinião de usuários. Ao contrário, em países onde o direito utilizado tem como base o direito inglês, principalmente nos Estados Unidos, as pesquisas são mais voltadas para aspectos individuais, privilegiando, por exemplo, características de juízes e mérito de decisões.

Em relação à América Latina, em matéria de justiça constitucional, verifica-se a presença dos modelos norte-americano e francês, coexistindo na maioria dos casos o controle concentrado e o difuso. Mesmo quando há a opção de estabelecer o sistema concentrado, com a presença de uma Corte Constitucional, esta se encontra ligada às Cortes Supremas, sendo uma parte de seus membros simultaneamente juízes desta.

Na verdade, parece apresentar um terceiro modelo, verificado em doze dos casos apresentados – Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Haiti, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela – que mescla em seu tribunal de última instância a competência para apreciar recursos e para julgar com exclusividade ações de constitucionalidade, monopolizando o controle concentrado. Sendo, portanto, o único corpo a deter a palavra final sobre a interpretação constitucional, não permitindo controle de outros juízes comuns.

2. CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA – MODELOS DE ANÁLISE, AGENDA DA PESQUISA E PRINCIPAIS DEBATES TEÓRICOS

É crescente o interesse em investigar o papel que os judiciários exercem nas democracias (jovens ou consolidadas) e, sobretudo, que fatores guiam o processo de tomada de decisões judiciais, e suas consequências práticas e políticas.

Este trabalho preocupa-se em como os desenhos institucionais podem estimular a independência das cortes constitucionais e busca explicar como a distribuição de poder pode influenciar os resultados políticos.

Por se tratar de uma linha de pesquisa muito vasta, naturalmente ampliam-se as abordagens disponíveis voltadas ao tema da *judicial politics*. A partir do objetivo da pesquisa, temos como principais pontos de partida os seguintes: (1) interações entre judiciário e outros órgãos do governo; (2) o grau em que o judiciário afeta os resultados políticos; (3) análises descritivas ou classificatórias das instituições jurídicas.

Entretanto, antes de adentrar no tocante à América Latina, é primordial passar pelas principais abordagens teóricas direcionadas ao fenômeno da *judicial politics*, expondo seus princípios fundamentais para que se possa mapear a literatura revisada, bem como observar como os métodos utilizados podem dialogar e se complementar.

2.1. Aporte Epistemológico: Modelos de análise

2.1.1. Behaviorismo e o modelo Atitudinal

A abordagem behaviorista aplicada em análises sociológicas e políticas, muito popular sobretudo entre os idos de 1950 e 1960, basicamente busca resposta à questão “*por que as pessoas se comportam de tal forma*”. Sendo assim, qualquer comportamento observável poderia ser o foco da investigação

e qualquer explicação para tal comportamento deveria ser suscetível de ser testada empiricamente (Sanders, 2002).

Sob suas lentes, os comportamentos políticos e sociais podem ser analisados e previstos a partir de suas preferências. Na Ciência Política foi largamente utilizada para explicar movimentos de massas, como revoluções, greves, também para compreender as deliberações nas democracias, como as eleições, plebiscitos e referendos e, ainda, direcionado às elites, sobretudo comportamento dos líderes, sua visão de mundo e que fatores determinam sua tomada de decisões (Sanders, 2002).

No tocante ao estudo da judicialização da política o chamado Modelo Atitudinal tem como centro das suas atenções os comportamentos e preferências dos juízes, existindo vários estudos clássicos, voltados primordialmente à Suprema Corte dos Estados Unidos (Dahl, 1957; Clayton, 1999; Sunstein, 2001).

O modelo atitudinal, portanto, trata o Judiciário, não como puramente uma instituição, mas como um conjunto de indivíduos à procura de realizar suas preferências políticas individuais, a partir do fato de que, em tese, os órgãos judiciários seriam menos vulneráveis às características notáveis de cada aparelho burocrático, diferentemente do Legislativo ou do Executivo, em virtude de condições específicas de independência e autonomia (Gilman & Clayton, 1999).

Basicamente a ideia central seria observar como suas ideologias políticas influenciariam no teor de suas decisões e, conseqüentemente, testar a hipótese de que os juízes participavam conscientemente da tomada de decisões políticas quando tinham a oportunidade, a despeito de se esperar que fossem imparciais.

Quanto às maneiras de inferir quais seriam as ideologias dos juízes, poderiam ser deduzidas a partir de suas decisões anteriores, declarações dadas na mídia, sua filiação partidária e, caso não possuía, a filiação de quem o indicou.

Dessa feita, um caráter decisivo para a abordagem atitudinal diz respeito à escolha dos membros da Corte Constitucional. Quais os fatores influenciam a

escolha dos magistrados? As investigações tanto podem ser direcionadas aos próprios juízes, com o objetivo de prever estatisticamente qual será o seu viés nas decisões proferidas futuramente, quanto podem ser direcionadas à autoridade política que o indicou, com o objetivo de analisar se a escolha foi feita a partir do perfil do juiz, prevendo a probabilidade de ele ser alinhado às suas preferências ou não.

Tendo em vista que são variáveis subjetivas e de difícil mensuração, é uma abordagem que, bem como toda a tradição behaviorista, sofreu muitas críticas, sobretudo acerca de a abordagem desprezar as técnicas jurídicas às quais os magistrados se vinculam quando decidem os casos e também ignorar os custos sociais de se expor arbitrariamente em julgados as preferências políticas.

Carvalho Neto (2004), descreve bem os complexos fatores que integram o cálculo dos juízes constitucionais em suas decisões:

“Os juízes são obrigados a levar em consideração uma série de fatores para além das suas inclinações pessoais no plano ideológico. Um desses fatores é a opinião pública, uma vez que a falta de uma legitimidade eleitoral direta dos tribunais tornam-nos mais vulneráveis enquanto órgãos de soberania, especialmente quando enfrentam a vontade de maiorias parlamentares ao declararem a inconstitucionalidade de atos legislativos”⁹.

Para analisar os casos em que darão o seu veredito, os juízes traduzem suas preferências pessoais de natureza político-ideológica em jurisprudência constitucional, muito embora outros fatores pesem em suas decisões. Talvez nessas circunstâncias o modelo atitudinal se faça mais relevante.

2.1.2. Escolha racional e modelo estratégico de comportamento judicial

⁹ CARVALHO, Ernani. (2004). **Em busca da judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23

Este modelo teórico surgiu no debate em torno do modelo atitudinal e da apropriação de aspectos da escolha racional. Trata-se de uma transposição dos métodos e teorias da economia institucional para o amplo espectro das relações políticas e sociais (Segal & Spaeth, 2002). Portanto, no modelo estratégico, os juízes compreendem que a sua capacidade para atingir certos objetivos depende, por sua vez, da capacidade de levar em consideração as preferências de outros atores políticos, tendo condições de escolher entre as alternativas e maximizar sua satisfação. (Carvalho Neto, 2004).

A essência da escolha racional sustenta que quando confrontadas com vários cursos de ação, as pessoas costumam fazer o que elas acreditam que é provável que tenha o melhor resultado global. Segundo Sanders (2002), a escolha racional seria uma ferramenta indispensável para o cientista político, porque há importantes fenômenos que podem ser apenas parcialmente explicados. Entretanto, é uma teoria que precisa do suporte de outras para dar respaldo às respostas que pretende buscar.

Na perspectiva da judicialização da política questionamos, então, quais os escopos e as motivações que determinam as tomadas de decisões pelos magistrados? Nas Cortes Constitucionais, compostas por um colegiado, cada juiz avaliaria os custos e as vantagens potencialmente resultantes da decisão a ser tomada. E, portanto, tenderiam a buscar maximizar seus interesses ou interesses de um grupo dominante.

Incorporando as incertezas de ambos os conjuntos de atores, é possível considerar que os juízes não deliberam baseando-se meramente em um conjunto posto de normas, mas construindo uma explicação para as origens da norma, ou a *ratio legis*, como é denominada no meio jurídico – uma sentença obviamente é carregada de elementos criativos do juiz e, dessa forma, pode refletir tanto suas preferências como sinais de posicionamentos futuros.

Parte-se da premissa de que os políticos que indicam os membros da corte se preocupam não apenas em como eles julgam, mas também quais as suas preferências. Em primeiro lugar, levam-se em conta os custos sociais em destituir um juiz, portanto, indicar magistrados com preferências similares seria

mais eficiente; em segundo lugar, seguindo a lógica da separação de poderes, qualquer mudança na possibilidade de o governo atual reprimir a corte, aumentaria os riscos de que os juízes se distanciassem ainda mais do ideal do governo.

Em uma interessante análise do caso argentino, acerca do intrigante comportamento de cortes sob contextos de ditaduras proferirem decisões abertamente contrárias ao governo, Helmke (2005) compara o comportamento dos juízes em períodos de relativa segurança institucional com períodos de relativa insegurança.

Baseou-se o autor não apenas no percentual de decisões anti-governamentais, mas na disposição dos juízes para decidir contra o governo muda com relação a mudanças em seu ambiente político, utilizando a dicotomia 0 e 1 para decisões favoráveis *versus* decisões desfavoráveis, no período compreendido entre 1976 e 2000. Sua teoria da deserção estratégica apontou que mudanças no comportamento dos juízes dependem de mudanças em suas crenças (*beliefs*) e expectativas sobre as ameaças enfrentadas (Helmke, 2005).

Taylor e Da Ros (2008) analisam no caso brasileiro, por meio dessa abordagem, os padrões de judicialização da política verificados durante os dois mandatos do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998/1999-2002) e comparam-nos com o período subsequente de pouco menos de um mandato e meio, na presidência de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006/2007-abril de 2008). O objetivo seria verificar se ocorreram mudanças ao longo do tempo e dos diferentes governos no acionamento do mais alto tribunal do país para contestação de normas federais por meio do principal instrumento de contestação da vontade majoritária, a Adin.

Considerando que não houve mudanças institucionais relativas ao uso dos instrumentos de judicialização, os autores mantiveram a variável de frequência do uso da Adin isolada, permitindo que se fossem medidos, de fato, componentes relacionados à estratégia em se utilizar dos meios disponíveis.

Enfim, a adoção desses modelos na explicação do comportamento das cortes pode ser salutar para o tema da judicialização da política, pois contribui

para elucidar algumas questões, como: se existiriam forças políticas em confronto; se há influência ou pressão externa; se os magistrados atuam ideologicamente; se ocorreu interferência na aplicação de políticas públicas; dentre outras.

Contudo, esta abordagem teórica não está livre de críticas. Apresenta uma tendência à universalidade do modelo e a à exclusão de demais metodologias que não sigam seus rigores formais.

A inclinação a interpretar o fenômeno do comportamento político judicial, apenas através das lentes da microeconomia, apesar da existência de outras fontes de conhecimento que poderiam levar o pesquisador a pontos avançados, assume o risco de apreender mera parcela do fenômeno, ainda que submetida a extremo rigor de certeza científica, desprezando-se dados de outras origens, cuja ausência poderia comprometer a capacidade preditiva, ampliando a margem de erro, ou esconder relevantes características do próprio fato.

Entretanto, é uma rica metodologia a ser incorporada nas pesquisas que se utilizam de métodos mistos (*mixed methods*), por amplificar a capacidade de compreensão dos fenômenos a que se deseja dar explicações, especialmente no campo da *judicial politics*.

2.1.3. Institucionalismo

Em suas origens o institucionalismo se preocupou largamente em descrever constituições, sistemas jurídicos e estruturas governamentais em perspectivas comparadas ao longo do tempo ou entre países – institucionalismo era a *ciência política*. Entretanto, a revolução behaviorista mudou tudo isso, pois em vez de levar as funções das instituições políticas ao valor nominal, as teorias comportamentais tentavam explicar como e porque os indivíduos agiam de tal forma no “mundo real” e, uma geração depois, teóricos da escolha racional sugeriram explicar a política a partir das interações entre os indivíduos (Sanders, 2002).

A temática das relações entre judiciário e política frequentemente envolvia comparações transnacionais de constituições, que analisavam as semelhanças e diferenças nos poderes dos órgãos governamentais. Segundo March and Olsen (1989), a revolução behaviorista levou cientistas políticos na década de 1950 a um afastamento das comparações estatísticas de constituições. Entretanto, o interesse nas instituições foi renovado nas décadas de 1980 e 1990, o que produziu um maior número de estudos que não apenas comparavam as semelhanças e diferenças das instituições, mas buscavam os efeitos de tais diferenças.

Um dos objetivos do estudo comparativo das instituições é descobrir como diferentes combinações de componentes-chave de desenho institucional afetam aspectos do desempenho democrático, sendo incrivelmente vastos os campos de investigação que se abrem.

O neoinstitucionalismo emergiu em uma reação ao caráter subsocializado das abordagens dominantes – o behaviorismo e a teoria da escolha racional, que teriam reduzido o valor das instituições a não mais do que agregados de preferências dos indivíduos. A virada neoinstitucionalista apresentava novas facetas, distribuídas nas vertentes histórica, sociológica e econômica (Sanders, 2002).

Seus três grandes problemas basicamente envolviam gênese (como surgem as instituições), ordem (como se organizam a ação e o comportamento político) e mudança (como e por que as instituições mudam).

A análise do efeito das instituições políticas sobre o comportamento dos atores ou sobre o conteúdo das decisões políticas tradicionalmente teve grande proeminência nos estudos focados no judiciário, sobretudo em um viés comparativo.

O apelo de que "as instituições importam" foi incorporado à agenda de pesquisa, voltada a responder perguntas como quais são as instituições mais adequadas a incentivar um judiciário mais independente, ou, em última análise, quais instituições favorecem um ambiente propício ao fenômeno da judicialização da política.

Argumentos institucionais mais recentes apontam para características institucionais específicas dentro de duas grandes dimensões da independência e poder para explicar porque e em que medida os juízes constitucionais tendem a dedicar relativamente mais tempo para arbitrar conflitos entre os ramos e níveis de governo ou para defender os direitos.

Tidas como variáveis determinantes na independência e no poder das cortes constitucionais, as instituições geralmente são elencadas como um forte componente na avaliação do comportamento judicial. Reformas institucionais, por sua vez, são eficazes ferramentas de estímulo ao isolamento dos juízes de pressão política indevida (por exemplo, nomeação, posse e remoção) e dar-lhes poder para intervir na elaboração de políticas (por exemplo, poder de revisão judicial).

Do ponto de vista teórico, devemos observar que o chamamento dos tribunais à apreciação das políticas públicas não resulta apenas da extensão dos canais institucionais existentes para tanto, mas também do contexto e das estratégias políticas de potenciais atores no campo judicial (Taylor e Da Ros, 2008).

Como se sabe, a literatura em ciência política adepta ao método comparativo está repleta de argumentos sobre as origens institucionais do uso político da via judicial (Ríos-Figueroa e Navia, 2005; Ríos-Figueroa e Taylor, 2006). O tema central desses estudos se refere ao fato de a estrutura institucional influenciar consideravelmente os padrões de uso das cortes, levando a maior ou menor contestação da política pela via judicial em alguns casos.

Constituições, códigos, leis, doutrinas e jurisprudência sem dúvida motivam, capacitam e constroem os atores judiciais. Consequentemente, investigar considerando esses fatores nas análises, sem dúvida enriquece as explicações para seu comportamento.

Com efeito, Ríos-Figueroa (2011), em uma pesquisa sistemática, fornece uma avaliação minuciosa do quadro institucional em que os juízes constitucionais operam na América Latina e sugere hipóteses testáveis sobre o

impacto das instituições sobre os resultados. Seu trabalho apresenta vários argumentos que consideram um recurso institucional para explicar o comportamento dos magistrados e mapeia a existência ou ausência de determinadas características institucionais em uma amostra de dezoito países, de 1945 até 2005.

Para documentar esta tendência, a pesquisa apresentou um índice que considera cinco características institucionais que visam promover a independência da corte constitucional, isolando-a de pressões políticas indevidas: (1) se o processo de nomeação é feita por próprios juízes ou por pelo menos dois órgãos diferentes do governo; (2) se o período de estabilidade é, pelo menos, maior do que a estabilidade do nomeador; (3) qual a relação entre o processo de nomeação e a duração do mandato, (4) se o processo para remover o magistrado envolve pelo menos dois terços do Legislativo; (5) se o número de juízes constitucionais é especificado na Constituição.

Concluiu que a atividade impressionante na reforma do Poder Judiciário em toda a América Latina nas últimas três décadas sinaliza que, pelo menos, alguns dos envolvidos nos processos de reforma (por exemplo, os políticos ou especialistas) acreditam que a mudança de comportamento pode começar com a mudança institucional.

Apesar das muitas críticas direcionadas ao institucionalismo, estas se desfazem seguindo a mesma linha de raciocínio dos modelos anteriores. Quando entendida não como uma teoria, mas uma ferramenta a ser usada em um desenho de pesquisa para se testar hipóteses, é de enorme valia, sobretudo para a agenda da judicialização da política, considerando sua forte ligação com a tradição jurídica – institucional por natureza. Muitos motivos levam à ideia de que a presença dos debates do institucionalismo devem merecer atenção especial, ou mesmo presença obrigatória.

Na literatura voltada à América Latina, as abordagens neoinstitucionalistas parecem muito pertinentes, onde fatores como forte presença do modelo de revisão constitucional europeu, mandatos vitalícios na magistratura, formalismo do sistema judiciário e apego legalista não somente

reprimem os juízes, mas também influenciam fortemente suas preferências normativas em casos envolvendo políticas públicas.

2.2. Principais debates teóricos

2.2.1. Das relações entre judiciário-executivo e judiciário-legislativo

Das relações entre judiciário-executivo e judiciário-legislativo, as grandes questões versam sobre as razões pelas quais o executivo delegaria poder aos tribunais e que espécie de poder formal é delegado (Skaar, 2003); se os tribunais têm aumentado sua ingerência em assuntos políticos e, em caso positivo, como medir esse comportamento (Carvalho Neto, 2010; Faro de Castro, 1997; Domingo, 2004); como ou quando as cortes exercem controle sobre outras instituições (Helmke, 2005; Marcus Melo, 2010).

A terceira questão possivelmente é a que tem mais representatividade dentre os trabalhos publicados. Parte da suposição de que o exercício dos *checks and balances* é necessário e positivo no sentido de evitar abusos dos outros poderes, sobretudo o executivo, dado o forte presidencialismo marcante. Muito do que foi escrito se direciona ao período austero de ditadura militar ou à fase transicional, trazendo ricas comparações entre os dois recortes temporais.

As análises, por sua vez, dividem-se em outros enfoques a depender do objetivo específico da pesquisa. Enquanto alguns trabalhos são fortemente descritivos, buscando verificar se o controle é exercido ou não e em que condições, outros adotam um modelo mais explicativo, que buscam analisar como o controle sobre os demais poderes ocorre.

2.2.2. Da ingerência dos tribunais em assuntos políticos

A questão se reporta aos efeitos das decisões e do comportamento das cortes na condução das políticas públicas, apresentando frequentemente uma carga valorativa, avaliando em que medida a instituição exerce um papel político - *veto player*, *policy player*, promovendo decisões imparciais e representando a sociedade.

Este enfoque, portanto, relaciona-se à autonomia diante dos demais poderes e a sua função complementar, no sentido de suprir lacunas eventualmente deixadas pelo poder público. Tende a uma abordagem institucional, pois é de suma importância compreender as estruturas que moldam o grau de envolvimento.

2.2.3. Análises descritivas e comparativas

Esse enfoque tanto envolve classificações comparativas de tribunais, como estruturas do judiciário, bem como descrições históricas sobre a evolução das cortes e dos sistemas judiciais.

Também há um viés mais institucional nessas abordagens. Para um primeiro grupo, o cerne da questão reside nas características estruturais que influenciam a dependência do judiciário em relação às outras instituições (Verner, 1987; Johnson, 1976). Outros estudos abrangem medidas do desempenho do judiciário dentro de uma perspectiva comparada, utilizando-se predominantemente de métodos quantitativos, dada a dificuldade em se fazer análises qualitativas de desempenho do judiciário e o interesse crescente de escolas de direito em pesquisas empíricas (Sadek e Oliveira, 2012; Ríos-Figueroa, 2006).

A contribuição desses trabalhos foi valiosa para o desenvolvimento de variáveis e um conjunto de dados que podem servir como base para estudos posteriores, sobretudo em perspectiva comparada. No caso do Brasil, o banco de dados mais utilizado em estudos sobre o Judiciário tem sido o relatório Justiça em Números¹⁰, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

¹⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php>

desde 2003. Há disponíveis os relatórios do supremo em números, de iniciativa da FGV DIREITO RIO¹¹ e também uma excelente base de dados construída por Ernani Carvalho, do PPGCP da UFPE, contendo Ações Diretas de Inconstitucionalidade submetidas ao Supremo.

Nessa mesma linha, há pesquisas mais descritivas, debruçadas sobre uma análise histórica das dinâmicas e instituições que foram cruciais para o desenvolvimento da judicialização da política: revisão judicial, ativismo, independência do judiciário, consequências sociais mais amplas decorrentes de decisões prolatadas, funcionamento do sistema judicial e as relações entre direito, política e sociedade. (Faro de Castro, 1997; Arantes, 2005, Carvalho Neto, 2007).

2.3. Agenda da pesquisa

As pesquisas que vêm sendo realizadas desde os anos 1980 possuem escopos muito amplos, como já foi mencionado, os métodos utilizados são dos mais variados, incluindo teoria dos jogos, métodos quantitativos (*large-n*), qualitativos (*small-n*), estudos de caso e comparativos (*QCA and Fuzzy-Set Analysis*).

A despeito de ser difícil conciliar a literatura disponível, que apresenta muitas vezes resultados contraditórios, e pelo fato de que apenas quatro casos são pesquisados com mais frequência e profundidade (Argentina, Brasil, Chile e México), a região indubitavelmente corresponde a um perfeito laboratório para testar teorias, em decorrência da tímida presença de estudos comparativos mais profundos e dos significativos dados disponibilizados por publicações anteriores.

Diante dos obstáculos em encontrar harmonia na vastidão da literatura disponível, propusemos um rol de assuntos nos quais podem ser encontrados objetivos em comum, seriam eles: (1) atores que mobilizam as cortes

¹¹ Disponível em: <http://www.supremoemnumeros.com.br>.

constitucionais; (2) construção do poder judicial; (3) exercício do poder judicial em arenas políticas; (4) dinâmicas judiciais e democracia.

2.3.1. Quem mobiliza as cortes constitucionais

A primeira área diz respeito aos mecanismos de acesso às cortes constitucionais, se as estruturas institucionais facilitam ou bloqueiam o acesso e em que grau as cortes são usadas como uma alternativa para deliberar sobre assuntos tipicamente políticos.

É interessante fazer uma ressalva teórica: o acesso às cortes constitucionais não teve como finalidade exclusiva limitar a atuação dos demais poderes. Na verdade, o papel das cortes de guarda da constituição em larga escala foi utilizado primordialmente como forma de proteção dos direitos individuais em relação ao Estado. Este ponto é muito marcante no contexto de novas democracias, como o conjunto de casos da América Latina. A presença dos chamados remédios constitucionais, disponíveis a qualquer cidadão, salta aos olhos como uma cicatriz institucional das atribulações políticas passadas.

No entanto, para fins de mensuração do papel das cortes como *players* políticos, é de maior relevância a sua capacidade para exercer funções típicas de outros órgãos do governo ou impor limites à sua atuação e essas atitudes parecem mais expressivas em ações voltadas ao controle de constitucionalidade.

Partindo do princípio de que os tribunais podem ser usados como *veto gates*, ou seja, podem retirar leis do ordenamento jurídico por meio da declaração de inconstitucionalidade, dessa forma, a questão do acesso às cortes é uma esfera que abarca muitas hipóteses inferidas a partir de um olhar sobre os desenhos constitucionais, que têm muitos impactos nos resultados políticos subsequentes (Ginsburg, 2003).

E diante da possibilidade de incorporar prerrogativas do legislativo, voltamos à questão de repensar se as constituições nesse ponto refletem os interesses dos cidadãos por ela regidos. Há algumas razões que nos fazem suspeitar dessa

assertiva, na medida em que os redatores constitucionais são políticos que buscam instituições que lhes concedam benefícios e atendam mais aos seus interesses do que aos dos cidadãos em geral.

À luz desse problema relacionado aos agentes que projetam a constituição, podemos nos perguntar porque haveria interesse em prever a revisão constitucional. A resposta se encontra na necessidade de que a nova constituição garanta facilidades para se governar a médio ou longo prazo, considerando as probabilidades de as oposições tomarem o poder.

Dessa feita, partidos de oposição querem minimizar suas perdas e também precisam de um fórum alternativo no qual possam desafiar as decisões majoritárias quando não haja expectativas de vencer pela via legislativa.

Essas considerações guiam a uma previsão de que o acesso às cortes talvez seja o ingrediente mais importante do poder judiciário, porque é uma escolha que tem a ver com as perspectivas de como estarão posicionadas as forças políticas no sistema constitucional.

Mantendo as demais variáveis constantes, um partido dominante tentará limitar o acesso à revisão judicial, talvez o restringindo às principais instituições políticas. Quando as forças políticas estão em desequilíbrio, por sua vez, aumentarão o acesso às minorias legislativas e cidadãos comuns para oferecer segurança¹² no caso de uma perda eleitoral, pois o controle de constitucionalidade possibilita que essa minoria encontre uma instituição que possa contestar as políticas da maioria (Ginsburg, 2003).

Nesse aspecto, as cortes propriamente ditas saem um pouco da cena e os protagonistas ora são representantes da sociedade como um todo, fazendo uso das cortes como “judicialização dos protestos”, ora são setores específicos, chamados grupos de interesses – tanto podem ser elites quanto representantes de minorias ou classes sindicais.

A Constituição Brasileira de 1946, por exemplo, restringia o acesso à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade apenas ao Procurador-Geral

¹² *Insurance model*

da República; por sua vez, a Constituição de 1988 tem como um de seus marcos a ampliação desse acesso, criticado como exagerado, e que traria prejuízos por aumentar as atribuições da suprema corte e por restringir o controle difuso exercido pelas cortes regionais (Carvalho Neto, 2010).

Tal característica sinaliza como as estruturas favorecem certos atores em detrimento de outros, sobretudo a ampliação do acesso às ações de inconstitucionalidade, o que poderia sinalizar que o STF vem se tornando um poderoso recurso para questionar ou bloquear decisões tomadas na arena política, e, no entanto, apenas poucos *veto players* possuem legitimidade para ajuizar ações para obter tais fins (Carvalho Neto, 2010)

2.3.2. Construção do poder judicial

Uma segunda área da linha de pesquisa busca compreender como as cortes adquirem poder, qual o alcance das decisões proferidas pelos tribunais, considerando que os magistrados são limitados em dois níveis: pelas leis e pelos agentes políticos.

Dentro dessa linha, há dois subtemas: o primeiro corresponde à relação dialética entre poder e independência judicial; o segundo, à interação entre poder e responsabilização judicial (*accountability*).

O poder judicial surge de duas formas: pode ser delegado por líderes eleitos que implementam reformas para confiar poder ao judiciário em novas democracias; ou pode ser conquistado pelos próprios juízes, ao longo de suas reiteradas decisões, cuidadosamente protegidas contra a opinião pública e autoridades políticas (Kapiszewski e Taylor, 2006).

A respeito da primeira forma de construção, há um consenso de que as incertezas políticas podem levar a um aumento da independência das cortes, na medida em que estas podem funcionar como garantidoras dos direitos fundamentais (Ginsburg, 2003).

Porém, a delegação pode ocorrer mesmo onde há estabilidade política, considerando que os tribunais independentes colaboram para manter a imagem de legitimidade às decisões políticas – uma corte que derruba políticas aqui ou ali acaba se tornando legitimadora daquelas às quais não se opôs (Kapiszewski e Taylor, 2008). Muito embora a aparente omissão diante de determinadas decisões políticas não se traduz em uma postura voluntária das cortes, considerando a inércia da jurisdição¹³.

Fazemos uma ressalva nesse ponto, visto que a literatura disponível parece ignorar um ponto importante: a lei. A independência judicial não significa liberdade absoluta para julgar os casos, significa liberdade para julgar o mérito dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, pela jurisdição e pela competência da Corte. Muitas análises complexas e bem fundamentadas têm sido encontradas, mas parecem dar muita atenção aos números, e pouca a outros aspectos igualmente importantes nessa temática.

Quanto à segunda forma de construção, promovida pelos juízes, costuma ser consolidada paulatinamente, por meio de julgamentos simbólicos que vão mudando a tônica da jurisprudência a médio ou longo prazo. O poder cresce, portanto, a partir de muitos casos insignificantes, antes de tomarem grandes proporções e serem alvo de mais notoriedade por parte da opinião pública (Gloppen, Gargarella, Skaar, 2004).

Ampliar o poder judicial inevitavelmente nos faz retornar à questão elementar “quem guarda os guardiões?” Que elucida algumas questões como o possível abuso de poder por parte das cortes.

2.3.3. Exercício do poder judicial em outras arenas

Questionam-se as condições sob as quais as cortes exercem seu poder, desafiando outros órgãos do governo que tenham ultrapassado os limites

¹³ Axioma jurídico, segundo o qual nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer (*ne procedat iudex ex officio*).

estabelecidos, muitas vezes se envolvendo em assuntos políticos, sob a égide de se estar exercendo seu papel de protetor da constituição (Perez-Liñan e Castagnola, 2009).

Os elementos mais envolvidos para explicar a atitude das cortes ao desafiar o governo atual são as conjunturas políticas e fatores institucionais dentro dos tribunais. Com relação às primeiras, há trabalhos que apontam certos contextos políticos como determinantes ao comportamento estratégico dos juízes na Argentina (Helmke, 2005); em contrapartida, sobre México e Brasil, as pesquisas parecem enfatizar como as características das instituições judiciais afetam os padrões de escolhas, reprimem estratégias dos atores políticos e diminuem sua capacidade de desafiar o governo (Arantes, 2005; Ríos-Figueroa e Taylor, 2006).

Destacamos, ainda a questão da opinião pública favorável que forneceria apoio social para encorajar as decisões mais desafiadoras, pois seriam um benefício a ser contabilizado nos cálculos estratégicos sugeridos pelos modelos baseados em escolha racional.

2.3.4. Dinâmicas judiciais e democracia

Finalmente, talvez um dos mais vibrantes debates na literatura encontrada, a relação entre independência judicial e democracia.

Muito das contribuições se devem aos estudos de política comparada com ênfase na América Latina no período de transição para democracia, buscando efeitos potencialmente positivos das cortes na realização do processo, sobretudo como canais de legitimação das decisões políticas.

No entanto, há controvérsias acerca de como exatamente os judiciários afetam as dinâmicas do regime. Ademais, como evidenciado anteriormente, não se pode dizer que a democracia é um requisito suficiente para a independência do judiciário, entretanto, indubitavelmente as cortes são importantes para o funcionamento e consolidação dos regimes democráticos.

Alguns pesquisadores são reticentes quanto ao impacto que a independência das cortes causaria à democracia. Há na Argentina alguns estudos apontando o caso de Menem, que se utilizou de estratégias para reconfigurar as relações executivo-judiciário em seu favor, o que demonstra a fragilidade da independência judicial nesses contextos que parecem eternamente ficar ao sabor do que determina o executivo.

Para além de um ceticismo, estudos expressivos ressaltam como o excesso de autonomia do judiciário poderia ser prejudicial. Os motivos teóricos se aproximam das clássicas objeções ao modelo norte-americano, pois consideram o risco de haver excessiva ingerência em assuntos que deveriam ser de competência legislativa no sentido de permitir que o mesmo órgão que aplica a lei pudesse legislar, usurpando a deliberação que deveria ser majoritária.

Os dados apresentados acerca dos efeitos da independência judicial na democracia parecem contraditórios, mesmo porque foram pesquisas conduzidas segundo metodologias diferentes e, em muitas ocasiões, enviesadas. Ademais, de não foram encontrados muitos estudos sistemáticos envolvendo todos os casos selecionados neste trabalho. A conhecida dificuldade de diferenciar a independência efetivamente observada (*de facto*) daquela garantida na legislação e nos dispositivos constitucionais (*de jure*) torna a tarefa ainda mais árdua; entretanto, exatamente por essa razão se apresenta como um campo muito fértil para pesquisas futuras.

3. PANORAMA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA APÓS A REDEMOCRATIZAÇÃO

Uma análise dos textos constitucionais dos casos selecionados aponta para características comuns de igualdade formal entre seus judiciários e demais poderes, independência das cortes e a marcante importância dada a garantias e direitos fundamentais.

Os tribunais desempenham um importante papel de defensores dos direitos humanos – na verdade as constituições das regiões como um todo dispõem de

vários princípios que se alinham com o movimento internacional de defesa dos direitos humanos.

E, por uma ótica jurídica, uma das funções fundamentais das cortes é fazer com que os direitos básicos sejam aplicáveis, funcionando como limites à atuação do Estado, esta tendência pode ser ilustrada pela ação constitucional *amparo* (Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Venezuela), pela ação popular (na Colômbia) e pelo mandado de segurança (no Brasil), que contribuíram bastante na proteção das liberdades civis e, em certa medida, restringindo ações do executivo, mesmo em contextos de ditadura.

Sob uma perspectiva comparativa, Joel Verner (1984), em sua revisão na literatura disponível até meados dos anos 1980, concluiu que os autores apontavam para um declínio das cortes, fraqueza política e dependência, sobretudo diante do executivo.

A conjuntura se apresentava pessimista, sendo poucas cortes da região consideradas livres para decidir casos baseadas na lei em vigor e nos méritos da causa, sem uma interferência substancial de outros agentes políticos ou governamentais. Na verdade, o poder frequentemente fica centralizado na figura do primeiro ministro ou do presidente e suas decisões raramente são desafiadas pelos tribunais. O consenso era de que havia pouca tradição legal/constitucional em restringir este domínio, característica denominada hiperpresidencialismo.

Sobre a disposição das cortes constitucionas no desenho das constituições, conclui o autor que comumente havia garantia de sua atuação independente, associada à atribuição de poderes significativos e um papel independente na política. Ainda assim, pode-se verificar considerável variação em muitos países no tocante ao desenho institucional de suas cortes propriamente ditas – incluindo fatores como número de magistrados, critérios de seleção, duração do mandato ou requisitos para apreciação de casos, e no quanto, de fato, elas são independentes nos respectivos sistemas políticos.

Gaps entre o que estava descrito nas constituições e o que ocorria de fato, sinalizavam que o judiciário aparentemente não apresentava uma forte posição

para controlar o executivo como previsto constitucionalmente, sua independência, dessa forma, seria mais fictícia do que real. O judiciário “típico” declararia determinada lei inconstitucional ou derrubaria algum decreto executivo apenas sob forte risco de se embaraçar ou se pôr em uma situação delicada – o que frequentemente suas cortes evitariam.

O senso comum poderia nos levar a crer que tal circunstância era obviamente influenciada pelas turbulências políticas sofridas, no entanto, Helmke (2005), mencionando *survey* publicado pelo periódico *The Economist* em 2003, destaca que o percentual de cidadãos latino-americanos que confiam no judiciário caiu de 35% em 1996 para 20% em 2003 e que a imagem do judiciário piorou consideravelmente ao longo da década, apesar de ter coincidido com o período de abertura democrática.

Isso, em tese, não deveria ter ocorrido. Esperava-se que a onda de transições democráticas que varreu a região nos anos 1980 significasse um prenúncio da consolidação das jovens democracias, aliada ao estabelecimento de instituições auxiliares fortes, incluindo judiciários independentes (Helmke, 2005). Sob a égide de democracias estáveis, seria uma consequência natural que fosse formado um corpo de juízes que compartilhassem dos valores tidos como ideais por aquela sociedade e servissem como guardiões leais de sua constituição.

Dessa maneira, temos que, muito embora a democracia seja uma condição *desejável* para a independência judicial, ela está longe de ser suficiente. Por um lado, a solução poderia ser encontrada a partir de reformas institucionais voltadas ao judiciário, tendo sido relativamente comum a promulgação tanto de novas constituições quanto de emendas. Por outro, tais falhas desafiariam soluções tão simplistas, tendo em vista fatores, como elementos culturais, ou mesmo a tradição jurídica civilista, que impediriam que os juízes indicados representassem ativamente os interesses dos cidadãos contra líderes majoritariamente eleitos.

Na verdade, há teorias que desafiam o princípio de que a democracia seria necessária para a independência, em especial aquelas que partem dos

modelos derivados da escolha racional. Helmke (2005) analisa o comportamento de juízes classificados como “dependentes” que atuaram abertamente contra os interesses do governo, em períodos de repressão política.

Mais recentemente, Kapiszewski e Taylor (2008) apontam que o estudo das cortes não vem sendo prioridade entre os pesquisadores dedicados à América Latina, afinal, uma das lições-chave dessa área de pesquisa foi que os tribunais raramente tinham um efeito positivo no desenvolvimento político diante dos excessos do poder executivo.

Apesar de as transições para democracia ao longo da década de 1980 terem representado um impacto significativo nas implicações dos judiciários latino-americanos, a região foi esquecida por muitos estudiosos da “terceira onda democrática”, sendo a maior parte dos estudos comparativos focados no executivo e no legislativo ou na relação entre ambos.

De acordo com Kapiszewski e Taylor (2008) a preocupação central dos primeiros trabalhos nesse sentido correspondeu ao tema de “justiça transicional”, dando ênfase aos desafios entrantados pela reforma (problemas relacionados à independência, acesso, eficiência e *accountability*), bem como até que ponto essas reformas no desempenho das cortes contribuiria para o crescimento econômico.

Mais recentemente o foco da literatura tem sido ampliado, abordando também outros temas correlatos, como a contribuição para a justiça social e para a independência do judiciário. No primeiro tema, o olhar é direcionado à contribuição dada pelo desempenho do judiciário diante das desigualdades sociais enfrentadas pelos países e como podem preencher lacunas deixadas pela legislação, inclusive discrepâncias entre a legalidade (formalidade) e a prática efetiva. Por sua vez, no segundo tema há mais destaque no papel das cortes como instituições políticas robustas, ou seja, decidindo sobre disputas entre órgãos governamentais e exercendo freios e contrapesos diante do executivo e do legislativo.

Este trabalho se preocupa com a independência das cortes constitucionais no período contemporâneo, e se alinha à corrente da literatura

que analisa os tribunais primordialmente a partir da perspectiva dos desenhos institucionais, examinando as estruturas que sustentam e dão forma, o que, em última análise, explica como os tribunais distribuem o poder político e de que forma influenciam os resultados políticos.

Um desafio apontado por Kapszewski & Taylor (2008) seria a vastidão do tema, pois este compreende vários sub-temas, como judicialização da política, independência do judiciário e poder das cortes e os cientistas se utilizam de inúmeras ferramentas para examinar e explicar a variação de tais fenômenos.

Comumente os juristas analisam sob o prisma do processo legal, doutrina e jurisprudências, cientistas políticos destacam o impacto da estrutura institucional e normas culturais, as motivações estratégicas e atitudinais para o processo de tomada de decisões dos juízes. São utilizados inúmeros métodos de análise – quantitativo, qualitativo, comparativo ou teoria dos jogos para análise dos dados e inferências.

Talvez justamente por conta dessa diversidade o programa de pesquisa se encontre tão descoordenado. As questões escolhidas pelos pesquisadores variam bastante, a falta de coordenação é infeliz, porém, compreensível.

Kapszewski & Taylor (2008) apresentam a mais recente publicação com uma expressiva revisão de literatura focada no fenômeno da judicialização da política na América Latina. Foram examinados 90 trabalhos, sendo: (1) todos focados primordialmente na judicialização da política (*judicial politics*); (2) escritos em inglês; (3) fossem ao menos uma dissertação completa, livro, capítulo de livro ou artigo publicado em revista acadêmica renomada entre 1980 e 2006; (4) analisasse ao menos um país da América Latina.

Os autores apresentam as seguintes conclusões acerca da distribuição da literatura disponível, de acordo com o tipo de publicação, escopo e países sob análise: (1) o conjunto de trabalhos é formado majoritariamente por textos curtos, sendo aproximadamente 77% artigos ou capítulo de livros, 32% capítulos de livros, 11% de dissertações e 12% de livros; (2) 69% das publicações abordam um único país enquanto que 31%, sobre mais de um; (3) apenas quatro países dentre todos da região são objeto de 80% de todas as pesquisas, o que

é espantoso, pois conclui-se que boa parte da região permanece ignorada ou pouco estudada, conforme demonstra a Figura 01. Com efeito, temos na linha de pesquisa um *dark side of Latin America*, considerando a grande quantidade de estudos profundos sobre poucos casos e quase ausência com relação à maioria deles.

As cortes constitucionais que mais são estudadas são Argentina, Brasil e México e por esses motivos não é raro encontrar discordâncias entre especialistas da área, sobretudo em relação ao grau de independência das cortes diante de outras instituições políticas, tendo em vista a carência de comparações sistemáticas na região como um todo. Os desacordos são atribuídos, ainda, à falta de dados empíricos, à ampla variedade de critérios de mensuração da independência das cortes, aos recortes temporais nos estudos disponíveis e, finalmente, ao viés dos pesquisadores.

É uma realidade intrigante e digna de nota, já que aparentemente não haveria motivos para que tão pouca ou nenhuma atenção fosse dedicada aos demais casos. Mas não é a única lacuna nessa linha de pesquisa, pois quando observamos qual a especificidade do tema, deparamo-nos que quase todos utilizam apenas as supremas cortes como dados para investigação, como se apenas estas representassem o judiciário. Poucos incluem tribunais recursais federais e estaduais, ainda menos observam juízos de primeiro grau e praticamente nenhum trabalho aborda as dinâmicas dentro do próprio judiciário. Nesse sentido, os autores concluem que tal conjuntura representa certamente uma rica oportunidade para novas pesquisas, sobretudo em uma perspectiva comparada:

“Em resumo, a abundância de estudos de casos referentes a poucos países, os quais em sua maioria oferecem cuidadosa e detalhadamente uma rica oportunidade para meta-sínteses e comparações. Poderiam certamente trazer importantes retornos importantes para os ramos mais amplos da judicialização da política. Ampliando o apelo de Martin Shapiro de que os estudiosos não estudam leis além da constituição, não estudam outros tribunais além do supremo e nenhum país além dos

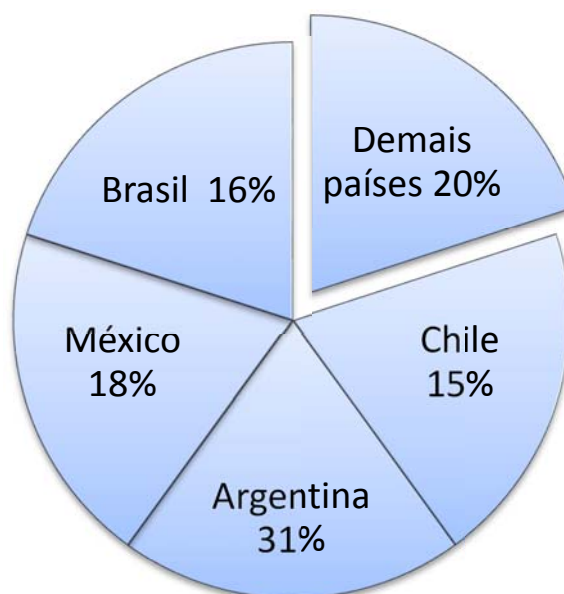
Estados Unidos. Nós sugerimos análises comparativas mais aprofundadas entre os tipos de lei, os tribunais e os países.”¹⁴

Possivelmente um fator determinante para que tenhamos este quadro seriam as dificuldades em obter os dados e interpretá-los, pois a análise de decisões judiciais requer um considerável conhecimento teórico acerca dos sistemas jurídicos a serem examinados. Outro fator talvez esteja relacionado com a relevância que de fato as supremas cortes possuem nos sistemas da região, onde há marcante controle de constitucionalidade concentrado.

De qualquer forma, não podemos ignorar as facilidades oferecidas por este campo tão promissor e pouco explorado, que incluem o fato de todas as constituições serem escritas e o acesso aos documentos ser muito fácil, todas estarem disponíveis em uma mesma língua, todos os casos apresentam contextos históricos e sociais paralelos, bem como cultura jurídica semelhante.

¹⁴ KAPISZEWSKI, D. and THAYLOR, Matthew (2008). **Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America.**

Figura 01: Distribuição das publicações sobre Judiciários na América Latina



KAPISZEWSKI, D. and THAYLOR, Matthew. **Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America**, 2008.

3.1. Cortes constitucionais dependentes?

A literatura mais clássica sobre a América Latina parece unânime em condenar o seu judiciário como dependente, de uma forma geral. Isolando-se os efeitos dessa dependência ou independência nos resultados políticos, pretendemos nesse primeiro momento testar algumas hipóteses sugeridas pela literatura. Se levarmos em conta o recorte histórico e a forma como isto pode conduzir as respostas encontradas¹⁵, podemos pensar que no período posterior à democratização as conjunturas estariam diferentes.

Entretanto, não é recomendável opor amarras que condenem hipóteses a apenas funcionarem em determinados momentos históricos, ligando a dependência necessariamente a períodos de repressão, como se fossem

¹⁵ GEDDES, Barbra (1990). **How the cases you choose affect the answers that you get: selection bias in comparative politics.**

variáveis mutuamente dependentes. Na verdade, há inúmeros trabalhos consolidados apontando o contrário (Helmke, 2005; Ginsburg, 2003).

Tal consideração poderia dar ensejo a uma perspectiva otimista, de crescimento do poder judicial (*judicial empowerment*) acompanhando a evolução histórica de democracias em consolidação. Com efeito, poderíamos imaginar idealmente o período autoritário, onde haveria tribunais dependentes (*under constraints*) e, posteriormente, no período de redemocratização, poderíamos conceber uma construção paulatina de aumento de poder do judiciário, para finalmente avançar até a contemporaneidade, onde poderia ser verificado o ativismo judicial.

Aparentemente não é dessa forma que funciona.

Uma grande contribuição do trabalho de Verner (1984) são os fatores principais para a explicação da dependência do judiciário apresentado, em ordem de relevância: a tradição de domínio do executivo na região; a instabilidade política; a tradição jurídica *civil law*; a estrutura do sistema judiciário e processual, muito complicado e burocrático, dificultando o acesso da população; o uso limitado da revisão judicial; base de apoio popular às cortes fraca ou ausente, diante do ambiente socioeconômico desfavorável; estabilidade do cargo; qualificações e histórico profissional dos magistrados;

Revisitando alguns dos fatores propostos para a explicação da dependência do judiciário apresentados, depreendemos o seguinte:

(1) Da tradição de domínio do executivo na região

Aponta-se o hiperpresidencialismo como determinante do enfraquecimento do judiciário, visto que os presidentes, em tese, usufruiriam de fortes poderes constitucionais.

A hipótese dominante aponta que o grau de independência dos juízes depende de sua liberdade em relação à influência do executivo. É muito comum se partir do princípio de que, a despeito da clara limitação dos poderes e dos *checks and balances* impostos pelas constituições locais, o poder da figura do

presidente é tão forte que as Supremas Cortes podem lançar poucos impedimentos à sua ação, mesmo exercendo a interpretação constitucional.

Dessa forma, a partir das conclusões trazidas por Joel Verner (1987), haveria uma relação direta entre a dependência diante do executivo, ou mesmo do legislativo e uma maior tendência a se proferirem decisões tímidas, quando diante de casos que envolvessem atos “inconstitucionais” por parte dos governantes. Sendo, portanto, a pressão exercida pelo executivo diretamente proporcional à relevância política dos temas submetidos àquelas cortes.

Entretanto, o recorte temporal do momento em que foi realizada a revisão de literatura ora discutida apresentava uma conjuntura diferente da atual e, naturalmente, alguns comentários precisam ser tecidos. Naquela ocasião, havia fortes indícios de que as cortes eram subordinadas ao domínio de um executivo centralizador, forte e paternalista, não havendo muita diferença entre os judiciários de casos extremos como a Cuba revolucionária esquerdista e o Brasil governado por uma ditadura direitista.

Sob a ótica do suposto domínio do executivo como um fator determinante na dependência do judiciário, inevitável questionar – seria o presidencialismo uma escolha institucional mais ou menos favorável para formar um judiciário forte? É um dos pontos centrais do artigo recente de Marcus Melo (2009), que traz à baila o paradoxo de presidentes fortes e democracias robustas. Conclui que o papel do sistema ampliado de *checks and balances*, o que inclui cortes constitucionais atuantes, talvez seja a chave para entender o sucesso do presidencialismo exagerado, pois países que apresentam as instituições judiciais mais efetivas são as que tem apresentado melhor desempenho democrático.

Portanto, podemos concluir que a despeito do ambiente desfavorável à independência, as cortes não só possuem capacidade para construir seu poder como o seu fortalecimento é um fator de incremento à democracia.

(2) Da tradição jurídica *civil law*

Outro fator que aparentemente limita a independência das supremas cortes é a natureza do sistema jurídico adotado e as tradições jurídico-filosóficas predominantes na região.

Como exaustivamente elucidado no primeiro capítulo, a escolha pelo modelo europeu com forte influência do caráter normativo, tende a minar a liberdade nos magistrados. Muito embora a região apresente um sistema híbrido, permitindo um controle de constitucionalidade difuso (Ríos-Figueroa, 2009), certamente em comparação com sistemas *common law*, os tribunais possuem menos suporte para exercer plenamente a revisão judicial e menor espaço para “legislar”, dado o menor peso da jurisprudência.

Na tradição civilista os juízes são concebidos como aplicadores da lei, sua formação dogmática acaba refletindo em um perfil de magistrados menos ativistas, à proporção que há menos possibilidades de decisões mais criativas e, dessa feita, menor engajamento por parte das cortes. Talvez uma interessante abordagem a investigações sob essa perspectiva seria a vertente sociológica do institucionalismo.

Ainda sobre a estrutura do sistema judiciário, Favoreu (2004) observa que, apesar de adotar largamente o sistema europeu, os mecanismos de funcionamento se aproximam do modelo norte-americano: temos um paradoxo de um maquinário que permite uma aplicação flexível da lei, mas ao mesmo tempo exige uma interpretação rígida.

Entretanto, diante das críticas quanto aos *gaps* entre os textos constitucionais e o que de fato ocorre no “mundo real”, o argumento de que o sistema jurídico adotado pode ser um fator determinante da diminiuição do protagonismo do judiciário fica enfraquecido. E, ainda, em razão do caráter subjetivo dos princípios constitucionais, ambiguidades e obscuridades presentes nas normas, um grande espaço se abre às possibilidades para um judiciário mais independente.

Em suma: A escolha do modelo europeu e a tradição normativa em maior alcance talvez possa restringir o ativismo judicial ou a judicialização da política, mas não parece apresentar correlação com a independência das cortes.

(3) Do uso limitado da revisão judicial

O uso limitado da revisão judicial na América Latina frequentemente é mencionado como fator de aumento na dependência das cortes. Os tribunais constitucionais aparentemente não gozam de um poder satisfatório para declarar atos legislativos ou executivos inconstitucionais.

No tocante ao poder difuso (exercido por qualquer jurisdição), acaba sendo mitigado, pois o poder de declarar inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* fica reservado ao legislativo, fica restrito a determinados casos (pertinência temática) ou é exercido apenas por uma corte constitucional.

Há variações consideráveis entre os casos selecionados no tocante ao uso da revisão judicial. Em um extremo, o Equador, onde apenas o congresso tem autoridade para declarar inconstitucionalidade; em outro, o Brasil, onde o supremo possui total competência de revisão constitucional e a utiliza de maneira efetiva.

O “amparo”, criado pelo direito mexicano, foi copiado por muitos países da região. Este *writ* permite que o Supremo verifique se determinado ato legislativo ou executivo é aplicado de forma que atinja interesses ou direitos de determinado grupo ou indivíduo. Os efeitos do ato podem ser suspensos e a norma pode ser declarada inconstitucional.

(4) Acerca da base de apoio popular às cortes

Certamente que, para aumentar o apoio popular, os tribunais precisam inovar e acompanhar as mudanças sociais.

No entanto, raramente as supremas cortes apresentam uma base de apoio popular e operam em ambientes sócio-economicamente desfavoráveis. Aliado a isso, a natureza da tradição jurídica *civil law* atenua a influência de forças sociais e dos costumes.

Verner (1984) afirma que “uma população pobre, analfabeta, rural e politicamente oprimida” não pode oferecer bases confiáveis para apoiar candidatos, muito menos para apoiar supremas cortes. E sem base popular, as cortes ficam mais vulneráveis a intervenções do executivo. Acrescentam-se as

percepções da sociedade de que decisões jurídicas são enviesadas em favor das classes mais altas, bem como o acesso ao judiciário parece se apresentar difícil.

Para além do apoio popular, outros fatores ambientais podem causar variações da independência, como o grau de liberdade política, de desenvolvimento econômico, efetividade da opinião pública, força de candidatos e grupos de interesse e, finalmente, o estado de outras instituições políticas.

Por essa perspectiva, a independência sofreria forte influência das condições ambientais, em detrimento dos estímulos institucionais.

Nossas objeções são no sentido de que atribulações políticas ou contextos de crise não se traduzem necessariamente em queda na independência do judiciário e o contrário também é verdadeiro – em conjunturas aparentemente mais favoráveis (mais uma vez o caso argentino) houve registros de que o judiciário teve sua independência diminuída em relação a períodos de crise. Dessa forma, podemos resumir que a despeito de ser possível haver uma correlação entre instabilidade e dependência, não parece haver uma relação causal.

(6) Da estabilidade do cargo

E nossa observação nesse ponto se voltam às estruturas lançadas pelos desenhos constitucionais com o objetivo de proteger os magistrados da influência, muitas vezes nefasta, da opinião pública em suas decisões.

E, ademais, protegê-los em relação à influência do executivo e do legislativo. Em geral são regras voltadas à estabilidade do cargo, exatamente para evitar que o magistrado seja removido arbitrariamente por conta das consequências de seus julgamentos – o objetivo é manter intacta a sua imparcialidade.

Dessa forma, quando há maior estabilidade, há consenso de que as decisões são mais livres do que quando tomadas em contextos nos quais os juízes teriam que considerar quais os efeitos de seu veredito nas chances de reeleição ou nova indicação para o cargo por algum membro do executivo ou do legislativo.

Quando há presente essa escolha constitucional, fazem-se muito relevantes as abordagens da escolha racional.

(7) Das qualificações e histórico profissional dos magistrados

Há relação entre as qualificações histórico-profissionais dos juízes e a independência judicial ou o tipo de decisões dadas pelas cortes? Não há muitos estudos empíricos para responder a questão, mas todas as constituições, exigem que o candidato tenha sido advogado por um período de tempo, e algumas impõem que os potenciais juízes tenham servido em cortes de primeiro grau. Alguns contêm requisitos mais subjetivos como “um advogado de notável formação e íntegro” , “conhecida moralidade e competência” ou “notável saber jurídico e reputação ilibada”.

Apesar de ser pouco explorado, a relação entre experiências pessoais e profissionais dos juízes e sua independência, o contexto parece indicar que poucos estudantes de direito pretendem ser juízes, que é um corpo integrado majoritariamente pelas elites, e que a indicação dos magistrados não parece priorizar a experiência anterior como magistrado, como é o caso do atual presidente do Supremo no Brasil, que advém do Ministério Público.

As origens dos candidatos poderiam sinalizar como seria o teor de suas decisões, partindo do princípio de que um ex-promotor teria um viés mais acusatório e uma postura mais agressiva em seus julgamentos, uma tendência menos corporativista em relação aos demais magistrados, sendo pouco atuante nas causas de interesse do conselho da magistratura, por exemplo. Por abordagens mais voltadas ao modelo atitudinal, poderiam ser concebidas ricas inferências em pesquisas futuras.

3.1.1. Variações no grau de independência

Outra valiosa contribuição do artigo de Verner (1987) são comentários sobre uma classificação anterior, realizada por Kenneth F. Johnson (1976), comparando 20 países da América Latina de acordo com seus graus de independência, utilizando um recorte temporal de 1945-1975, cujos resultados

se encontram na Tabela 2. Embora sua metodologia tenha sido criticada em muitas ocasiões, a gradação proposta por ele é uma das poucas tentativas de disponibilizar os dados relativos à autonomia do judiciário dentro da América Latina, em um panorama mais abrangente no tocante à escolha dos casos sob análise.

Sua investigação, baseada em pesquisas de opinião, traz os seguintes resultados acerca do grau de independência dos tribunais: (1)Independente-ativista - Costa Rica; (2) Ativista-atenuado - Chile e Uruguai; (3)Estável-reactivo - México; (4)Reativo-complacente - Argentina, Brazil, Colômbia e Venezuela; (5) Minimalista - Bolívia, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá e Peru; (6) Personalista - Cuba, República Dominicana, Haiti, Nicarágua e Paraguai.

Os critérios utilizados por Johnson (1976) incluíam respeito às decisões dos tribunais, coragem em suas convicções, liberdade em relação ao executivo, decisões fundamentadas por lei e confiança do povo e dos líderes políticos nos processos judiciais maior do que nas decisões arbitrárias do executivo/legislativo/forças armadas.

Por ser uma pesquisa completamente baseada na percepção dos indivíduos sobre o judiciário, difere substancialmente deste trabalho, o qual se funda na perspectiva dos desenhos institucionais como estímulos ao comportamento dos agentes.

Entretanto, como a estipulação de graus de independência dos órgãos a partir dos casos selecionados de uma forma satisfatoriamente abrangente, foi uma considerável contribuição à linha de pesquisa, é interessante repensar sobre as suas conclusões, ilustradas na tabela seguinte.

Tabela 2. Classificação da autonomia judicial em vinte países da América Latina, 1945-1975

País	1945	1950	1955	1960	1965	1970	1975	Total
Argentina	40	25	19	42	40	30	35	231
Bolívia	17	23	19	23	23	25	20	150

Brasil	30	38	40	40	36	25	21	230
Chile	41	44	44	44	45	40	19	277
Colômbia	42	37	32	40	40	37	37	265
Costa Rica	44	45	44	44	46	40	43	306
Cuba	31	39	29	18	13	14	18	162
Rep. Dominicana	15	16	14	12	25	26	24	132
Equador	21	23	28	34	29	28	24	197
El Salvador	24	24	26	29	29	29	26	187
Guatemala	25	27	23	29	26	27	23	180
Haiti	19	18	23	18	12	13	12	115
Honduras	17	21	25	26	25	26	21	161
México	30	31	36	38	38	34	33	240
Nicarágua	18	18	15	20	23	24	18	136
Panamá	36	28	19	30	31	24	24	192
Paraguai	18	17	16	16	18	21	16	122
Peru	30	26	21	34	34	29	24	198
Uruguai	45	47	48	45	45	39	19	288
Venezuela	31	27	20	35	37	36	39	225

Fonte: Kenneth Johnson, *Scholarly Images of Latin American Political Democracy in 1975*.
Latin American Research Review, vol. 11, n. 2.

3.1.2. Graus de independência revisitados

Independente-ativista

A Corte Suprema da Costa Rica foi a única a ser considerada totalmente ativista-independente, sendo considerada resistente às invasões contra sua independência, mantendo-se firme e autônoma, no período após 1948. Sua Constituição de 1949, ainda vigente, traz como mecanismos de composição das cortes, indicações pelo presidente confirmadas pela assembleia legislativa. Mandatos de oito anos, com possibilidade de recondução e possibilidade de

impeachment, com o quórum de 2/3 dos votos da assembléia legislativa. O amparo e a revisão judicial são de sua competência.

Os membros da assembleia constituinte de 1949 aparentemente não confiavam no executivo nem no legislativo, portanto a constituição concedeu ao supremo o direito de determinar a constitucionalidade das leis, conduzir processos de *impeachment*, funcionar como tribunal de recursos em todos os casos envolvendo o livre exercício de direitos individuais e políticos. Ainda, sempre que a assembleia legislativa deliberasse sobre leis que afetassem o judiciário, a suprema corte teria que ser consultada.

Aparentemente a corte demonstrou sua independência em inúmeros casos em que declarou inconstitucionais leis muito caras aos demais poderes, sobretudo ao executivo. Parece haver unanimidade acerca de sua notável liberdade diante de influências externas e para Johnson (1976), a pontuação da corte se mostrou notadamente alta entre 1945 e 1975, fato o autor também atribuiu a alguns fatores ambientais, como um executivo relativamente mais fraco, um sistema partidário efetivo e população letrada.

Ativistas-atenuadas

Os judiciários do Chile e do Uruguai foram classificados como sistemas ativistas-atenuados. Até idos de 1973 foram cortes independentes, porém tal caráter foi “atenuado” pelos golpes militares ocorridos.

Antes do golpe de 1983, a corte do Uruguai era considerada a mais independente da América Latina. Na metade dos anos 1960 tinha um perfil que se assemelhava ao da Costa Rica, gozando de considerável grau de independência e *rule of law*.

“Depois do golpe de 1973, muitos juízes foram destituídos de suas funções, submetidos a um estado probatório de quatro anos, podendo ser afastado por conveniência do conselho de segurança nacional, considerado hierarquia mais elevada. Todas as decisões contrárias aos seus interesses eram vetadas ou nulas. O ato institucional n. 8 do Conselho, submeteu todas

as cortes ao controle das forças armadas e a Suprema Corte perdeu seu poder de revisão judicial e sua independência”¹⁶

Com história semelhante, o Supremo do Chile também era considerado uma instituição autônoma até antes de 1973. Os candidatos eram nomeados pelo presidente a partir de listas formadas pelos próprios magistrados. No período de Allende (1970-1973), a corte se envolveu em várias disputas partidárias com o poder executivo. Allende pretendia revisar a corte, o que os magistrados consideraram inconstitucional, obviamente.

A autonomia da corte foi abruptamente atenuada após a deposição de Allende em 1973. O tumultuado período em que Pinochet esteve no poder permitiu que as pessoas fossem detidas fora de cadeias, não havia recurso a cortes superiores, mas apenas julgamentos sumários por cortes militares. Diante das claras violações à Constituição Chilena, a Suprema Corte nada fez, declarando-se incompetente para julgar recursos a decisões dos tribunais militares. Tal comportamento contrastava com sua postura na era Allende. Diante de tantas prisões ilegais, torturas e violações a direitos humanos, apenas três ações de amparo foram julgadas pela Suprema Corte entre 1973 e 1978.

Ademais, a constituição de 1980 concedeu a Pinochet a autoridade para indicar e destituir juízes e determinar a jurisdição da corte constitucional chilena, perdeu sua atribuição de exercer a revisão judicial desde 1973, ficando submetida aos desígnios do governo militar.

Muito embora os dois casos trazidos pela classificação estudada indiquem que cortes independentes podem perder seu status a depender de crises político-econômicas muito severas. Entretanto, como já citado anteriormente, há casos em que a independência das cortes persiste a despeito de também atravessarem períodos turbulentos. Desta feita, continuamos inclinados a acreditar que ferramentas institucionais podem influenciar a resistência das cortes, que permanecem independentes em momentos de crise.

¹⁶ VERNER, Joel G. (1984). **The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of Literature.**

Estáveis-reativas

A corte do México foi a única a ser incluída no grau de estável-reativa. Essa espécie de corte é considerada estável no sentido de não ter passado por interferências diretas em sua autoridade, por um executivo arbitrário ou regime militar vigente. É reativa porque põe limites gerais ao legislativo e ao executivo e não é ativista, por não tentar fazer ou mudar políticas públicas de iniciativa do governo. Entretanto, o autor considera uma corte emergente, dada sua história linear de progressão de poder.

É respeitada pelo governo, desde que se limite a questões não-políticas, ou seja, à guarda dos direitos fundamentais do indivíduo. A relação entre ambos aparenta ser colaborativa. O autor observa que provavelmente a estabilidade do sistema unipartidário mexicano apoia o seu poder de atuação.

“O cidadão típico enxerga a corte suprema como a intérprete técnica da lei e como protetora contra arbitrariedades cometidas por indivíduos ou pelo executivo em caso de tentativa de influenciar políticas públicas básicas aos seus interesses.” ¹⁷

De 1917 até 1960 a corte apreciou 3.700 ações de amparo contra o executivo, sendo 34% das decisões contrárias ao governo. A corte opera com certo grau de independência em relação ao executivo, em alguns momentos exercendo controle sobre presidente e ministros, mas seu foco de ação não se mostra em influenciar assuntos políticos. Sua função política central é garantir direitos fundamentais e interesses dos indivíduos e minorias. (Casanova, 1965 *apud* Verner, 1984)

Reativas-complacentes

Cortes classificadas pelo autor como reativas-complacentes apresentam histórias relativamente desarticuladas e irregulares e parecem sofrer vasta influência da instabilidade dos ambientes políticos nos quais se encontram

¹⁷ Idem

inseridas. Em alguns momentos são capazes de impor amplos limites às ações governamentais, em outros momentos se tornam complacentes diante das ameaças do executivo, persuadidas ou forçadas a cooperar, sob pena de arriscar sua existência.

Operando em conjuntura turbulenta, mas em condições sócio-econômicas relativamente desenvolvidas, essa espécie de corte é geralmente reativa em períodos de estabilidade política e governo civil e complacente em períodos instáveis. Os resultados da pesquisa incluem nessa classificação os casos da Argentina, do Brasil, da Colômbia e da Venezuela. Todos experimentaram atentados diretos à sua integridade e independência e suportaram longos períodos de governo militar, mostrando-se relativamente independentes em períodos estáveis e subordinadas ao executivo em governos militares autoritários.

Minimalistas

As cortes de Bolívia, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá e Peru foram classificadas como minimalistas.

Frequentemente apresentam continuidade institucional, mas exibem pouca independência com relação a outras agências governamentais. Desempenham funções políticas mínimas, sendo completamente dependentes e subordinadas às forças políticas externas. Apenas raramente, ou nunca, decidem um caso contra a vontade do executivo, legislativo ou militar e parecem existir apenas para legitimar decisões políticas decididas em outras esferas que não a judicial.

Personalistas

Os tribunais de Cuba, República Dominicana, Haiti, Nicarágua e Paraguai foram classificados como personalistas, tendo em vista que todas foram claramente subordinadas à pessoa do ditador em seu respectivo país e por longos períodos se encontraram completamente dominadas por regimes

personalistas – Duvaliers no Haiti; Trujillo na República Dominicana; Somozas em Nicarágua; Stroessner no Paraguai e Batista e Castro em Cuba.

O autor acrescenta que, sem dúvida, a corte mais subordinada de todos os casos sob análise é a do Haiti, cuja corte é conhecida por sua subserviência e corrupção. Entretanto, poucos comentários foram encontrados acerca dos outros casos.

Conclusões

A tipologia proposta naturalmente tem muitas falhas, no sentido de atribuir demasiadamente a independência a fatores ambientais e ser enviesada pelo recorte temporal e pela análise basicamente apenas em períodos de instabilidade, para além de jogar casos heterogêneos em um mesmo pacote; destacamos o perfil de cortes reativas-complacentes, no qual cortes do Brasil e Venezuela foram classificadas com quase o mesmo grau de independência.

Entretanto, foi uma interessante análise a partir das relações entre os tribunais constitucionais e outras agências do governo, levando em conta a perspectiva do apoio popular e condições estruturais relacionadas ao sistema partidário. Acrescente-se que trouxe à luz casos que permanecem pouquíssimo estudados na literatura levantada, como Haiti, Honduras e República Dominicana. E o mais interessante é que, mesmo em 2010, algumas de suas classificações se confirmam, conforme a figura 02¹⁸.

Em um trabalho recente, Perez-Liñan e Castagnola (2009) analisaram, sob uma perspectiva comparativa e histórica, os países Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá e Uruguai entre 1904 e 2006, resultando em uma confirmação de algumas dessas classificações. Ressalte-se que este trabalho focou em testar a teoria de dependência do judiciário diante do executivo, atribuindo como um dos fatores

¹⁸ Respostas médias dos executivos entrevistados à seguinte pergunta (escala de 1 a 7): o Judiciário em seu país é independente de influências políticas dos membros do governo, cidadãos ou empresas: 1 = não, fortemente influenciada, 7 = sim, totalmente independente. Esta questão é uma parte da Pesquisa de Opinião Executiva do Fórum Econômico Mundial

determinantes a alta rotatividade dos membros das supremas cortes e não trabalhou com pesquisas de opinião.

Como a tentativa do presente estudo é buscar isolar as influências ambientais, a classificação é útil no sentido de manter as condições ambientais em uma constante para se inferir proposições acerca de suas diferenças estruturais.

A maioria dos acadêmicos reconhece que as formas de mensuração da independência do judiciário se baseia em conceitos diferentes de independência (muitas vezes se confundindo com judicial power ou *rule of law*) e, conseqüentemente, acabam apresentando valores pouco consistentes entre os países. De qualquer maneira, as evidências sugerem que Chile, Costa Rica e Uruguai apresentam melhor desempenho, seguidos de Brasil, Colômbia e México. No outro extremo, Equador, Paraguai e Venezuela com os piores índices. Haiti, apesar de não ter sido incluído na pesquisa, provavelmente também figuraria em situação semelhante, se seguirmos a classificação anterior.

Interessante que Costa Rica, Chile e Uruguai, que lideram na mensuração do grau de independência em 2010, coincidem com os dois *clusters* propostos por Johnson (1976), como Independentes-ativistas e ativistas-atenuadas. Veremos adiante que os três casos apresentaram relativa estabilidade constitucional no tocante a emendas que envolvessem reformas no judiciário. Na verdade, o Uruguai não apresentou emendas recentes. Quanto ao Chile, houve duas, em 1997 e 2005. Por sua vez, a Costa Rica, em 1989, 1993 e 2003.

Em seguida, as estáveis-reativas e reativo-complacentes México, Argentina, Brasil, Colômbia e Venezuela tiveram grandes mudanças em alguns casos. Apenas Brasil, Colômbia e México apresentaram desempenho relativamente melhor em 2010 e pode-se dizer se encaixariam nos perfis sugeridos.

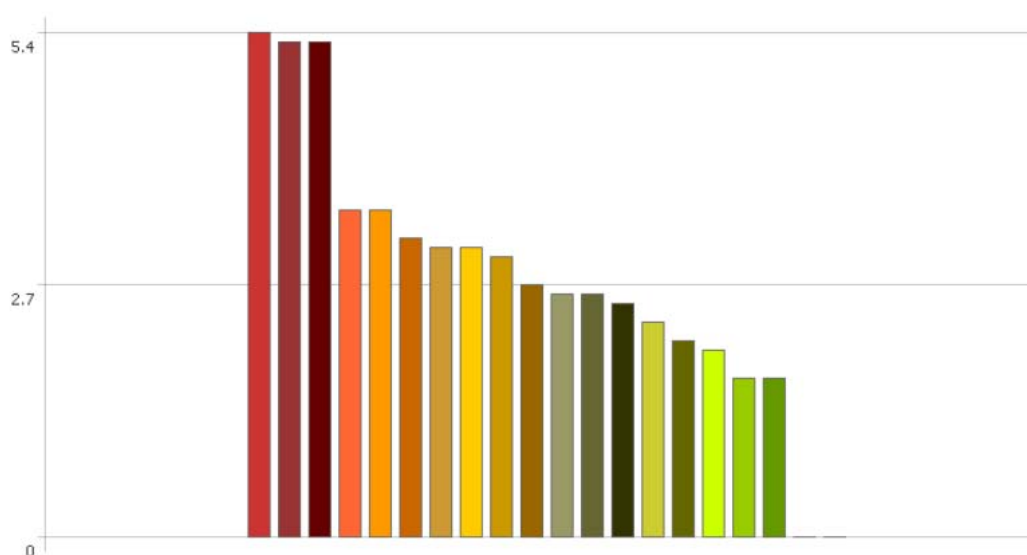
Por outro lado, os resultados apresentados para Argentina pioraram, mas não tanto como a Venezuela, que passou a figurar como caso extremo de pior desempenho. Por outro lado, República Dominicana, El Salvador e Honduras que eram consideradas minimalistas ou personalistas pontuaram muito bem, se

equiparando ao nível dos dois primeiros grupos. Com relação a emendas, a Argentina não apresentou reformas significativas no judiciário. Por sua vez, a Venezuela apresentou emenda no ano de 2009. El Salvador, em 1991 e em 2006; República Dominicana, em 1994 e 2010 e Honduras, em 2000 e 2003.

Finalmente, as minimalistas e personalistas, que incluíam Bolívia, Equador, Guatemala, Panamá, Peru, Nicarágua e Paraguai parecem ter se mantido constantes em relação aos resultados mais recentes. A Bolívia apresentou emendas em 1995, 2002 e 2009; Equador em 1984, 1993 e 1996; Guatemala não apresentou emendas significativas; Honduras, em 2000 e 2003; Panamá apenas em 1983; Peru, em 1995; Nicarágua, em 1995 e 2000; e Paraguai também não apresentou emendas pertinentes.

Embora as pesquisas tenham apresentado uma perspectiva do cidadão e tenham considerado todo o judiciário e não apenas as cortes constitucionais, trazem valiosas contribuições em como os agentes têm se movimentado para buscar mudanças ou se permanecem inertes.

Figura 02. Posição dos casos estudados em 2010



	Judicial independence (WEF)
Chile	5.4 (2010)
Costa Rica	5.3 (2010)
Uruguay	5.3 (2010)
Brazil	3.5 (2010)
Colombia	3.5 (2010)
Mexico	3.2 (2010)
Honduras	3.1 (2010)
Dominican Republic	3.1 (2010)
El Salvador	3 (2010)
Guatemala	2.7 (2010)
Argentina	2.6 (2010)
Peru	2.6 (2010)
Panama	2.5 (2010)
Bolivia	2.29 (2010)
Nicaragua	2.1 (2010)
Ecuador	2 (2010)
Paraguay	1.7 (2010)
Venezuela	1.7 (2010)
Cuba	N/A
Haiti	N/A

Fonte: Inter-American Development Bank, 2010¹⁹

4. HÁ UM DESENHO INSTITUCIONAL FAVORÁVEL À INDEPENDÊNCIA?

O que determina o caráter da revisão judicial da forma como ela funciona nas novas democracias? Ginsburg (2003) aposta na importância do desenho institucional das cortes, porque reflete em grande parte as escolhas daqueles que as projetam: “as barganhas políticas envolvidas no início do regime democrático e incorporadas no texto constitucional vão certamente incluir algumas disposições para revisão judicial”²⁰.

Fatores institucionais que parecem impactar a independência e poder das cortes constitucionais frequentemente são utilizados para explicar seu comportamento e, partindo dessa premissa, mecanismos importantes como

¹⁹ Disponível em: http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=IDB-WP-237

²⁰ GINSBURG, Tom (2003). **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. New York: Cambridge University Press.

composição das cortes, jurisdição, seleção dos membros e tempo do mandato comumente figuram detalhadamente nos textos constitucionais.²¹

A independência das cortes é certamente um ideal desejável, tendo em vista a necessidade da maior imparcialidade possível por parte de um julgador e por essa razão, as ferramentas institucionais buscam intervir no sentido de manter os juízes isolados de interferências externas, e aumentar sua autonomia.

Este capítulo observa as escolhas refletidas nos textos constitucionais dos casos selecionados e sua importância na revisão judicial, com ênfase nas maiores dimensões nas quais os sistemas de revisão judicial variam: o acesso às cortes, efeito e modulação temporal das decisões, tamanho das cortes e a duração do mandato.

Frise-se que, no entanto, este trabalho não alcança verificar se realmente os efeitos institucionais são obtidos, pois é um processo que envolve muitas complexidades; como as instituições não funcionam em um vácuo, muitas vezes o seu impacto é mediado pelos contextos políticos, sociais e ideológicos.

Exatamente por esse motivo, considerável parte dos trabalhos encontrados na revisão de literatura optam por utilizar como forma de mensuração pesquisas de opinião, com o objetivo de auferir como o judiciário é visto pela sociedade, se os cidadãos o consideram independente, eficiente, corrupto ou acessível.

Entretanto, um bom começo para avaliar se as instituições produzem impacto é especificar claramente o quadro institucional e os incentivos lançados aos indivíduos.

4.1. Emendas Relacionadas ao Judiciário

Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2010) colheram dados acerca das emendas às constituições latino-americanas referentes ao judiciário, no período compreendido entre 1945 e 2002. Seu objetivo era testar a hipótese de que processos de construção constitucional multilaterais (envolvendo um maior

²¹ Embora em alguns casos, como a Bolívia ou Costa Rica, as disposições gerais relativas ao funcionamento e composição da corte constitucional se encontram em lei orgânica específica.

número de atores políticos) apresentavam maiores avanços aos anseios democráticos do constitucionalismo do que processos unilaterais. Muitas conclusões dessa pesquisa são de grande utilidade para auferir se há novos desenhos favoráveis à independência do judiciário e quais dos casos aparentam ter se aproximado mais significativamente.

Tabela 03. Constituições e Emendas ao Judiciário na América Latina (1945-2013)

Unilateral	Multilateral
Argentina 1949	Argentina 1957*, 1994
Bolívia 1947, 1967	Bolívia 1995*, 2002, 2009
Brasil 1967	Brasil 1947, 1988, 1993*, 1998*, 2004*
Chile 1980	Chile 1970*, 1997*, 2005*
Costa Rica 1949	Colômbia 1957*, 1968*, 1979*, 1991, 1997*, 2001*
República Dominicana 1966	Costa Rica 1989*, 1993*, 2003*
Equador 1946, 1967	República Dominicana 1994*
El Salvador 1950, 1963	Equador 1945, 1978, 1984*, 1993*, 1996*, 1998
Guatemala 1956	El Salvador 1983, 1991*, 2012*
Haiti 1950, 1957, 1964, 1983, 1987*	Guatemala 1945, 1965, 1985
Honduras 1957, 1965	Haiti 2012*
Nicarágua 1948, 1950, 1974, 1987	Honduras 1982, 2000*, 2003*
Panamá 1946, 1972, 1983*	México 1994*, 1999*
Paraguai 1967, 1992	Nicarágua 1995*, 2000*
Peru 1993, 1995*	Peru 1979
Venezuela 1947, 1953, 1999	Uruguai 1952, 1967
	Venezuela 1961

* Emendas constitucionais que afetam instituições relacionadas ao judiciário

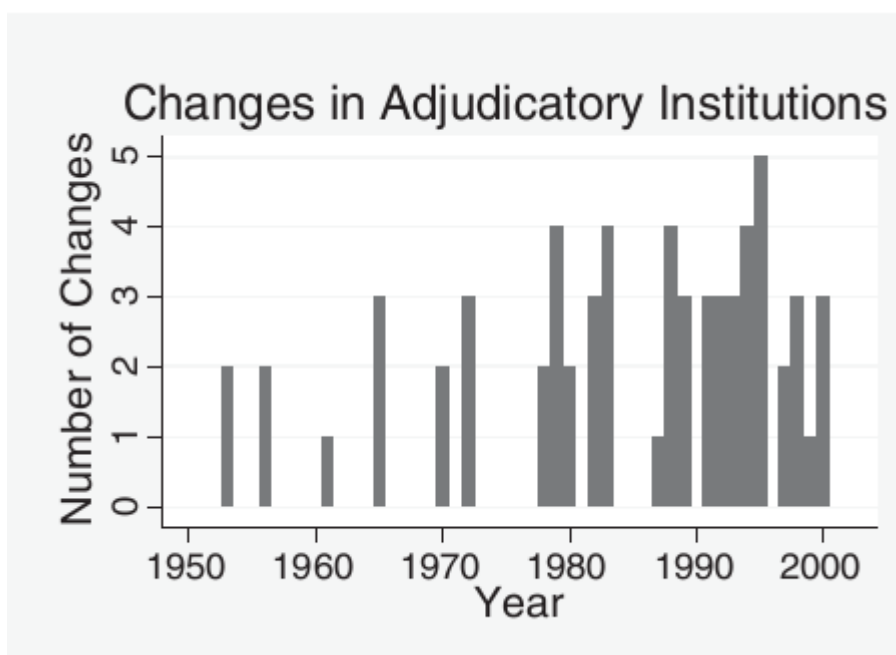
Fonte: POZAS-LOYO, Andrea; J. RÍOS-FIGUEROA (2010). Enacting constitutionalism: The origins of independent judicial institutions in Latin America. Comparative Politics.

Atualizamos a tabela sugerida, para alcançar até 2013, incluindo casos que apresentaram reformas pertinentes às cortes constitucionais desde 2005 até 2013: Bolívia (2009), Colômbia (2009), El Salvador (2006), Haiti (2012), México (2011), República Dominicana (2010) e Venezuela (2009). Adicionamos o Haiti, que não figurava na pesquisa na qual nos embasamos.

Nosso critério para interpretar como unilateral e multilateral foi diferente do original, que foi auferido a partir da porcentagem de representantes dos partidos ou grupos sociais presentes no quórum necessário à aprovação da emenda. Em nosso estudo, com fins exploratórios, consideramos apenas a presença ou ausência de um presidencialismo autoritário e a repercussão internacional da emenda, como o emblemático caso da reeleição de Evo Morales, em 2009 ou o mandato vitalício de Duvalier no Haiti, em 1964.

Destacamos que significativa parte dos casos selecionados apresentaram emendas constitucionais voltadas ao judiciário entre as décadas de 1990 e 2000, conforme figura 03, entretanto não necessariamente ocorridas em um ambiente em condições democráticas favoráveis. Ainda assim, destacamos algumas reformas positivas, como a instituição da Corte Constitucional na República Dominicana em 2010, que até então não existia.

Figura 03. Reformas no Judiciário da América Latina



Fonte: POZAS-LOYO, Andrea; J. RÍOS-FIGUEROA (2010). Enacting constitutionalism: The origins of independent judicial institutions in Latin America. Comparative Politics.

4.2. Método de Seleção dos Magistrados e Tamanho das Cortes

Geralmente os constituintes definem o número de membros da corte. O maior *trade-off* em determiná-lo é entre rapidez da decisão ou precisão do veredito, pois quanto maior o número de magistrados, menores as chances de cometer erros. Dessa feita, Ginsburg (2003) relaciona cortes menores a mais partidos dominantes, porque “há menos facções preocupadas com sua representatividade e menor necessidade de manter os juízes divididos” e porque, naturalmente, não haveria interesse em aumentar os gastos no orçamento.

Pela análise dos casos selecionados, há grande variação, sendo a média equivalente a 10,36 membros, de acordo com a tabela 04. Desprezando Costa Rica e Venezuela, pois destoam consideravelmente dos demais casos, teríamos uma média de 8,41 membros, o que quase coincide com o número apontado por Ginsburg (2003) correspondente à média de demais jovens democracias analisadas, qual seja, 8,25 membros.

Destacamos que algumas das cortes não possuem jurisdição apenas constitucional, portanto, acumulam funções de realizar o controle de constitucionalidade e atuar como cortes recursais de última instância (como no Brasil). Talvez isso explique em parte a hipertrofia da Costa Rica e da Venezuela, visto que não parecem corroborar a teoria de que seria um sinal da existência de menos partidos dominantes.

Tabela 04. Tamanho das Cortes

Quantidade de Membros					
5	GUATEMALA	URUGUAI			
7	BOLÍVIA	CHILE			
9	ARGENTINA	COLÔMBIA	EQUADOR	HAITI	PARAGUAI PANAMÁ
11	BRASIL	MÉXICO			
13	REPÚBLICA DOMINICANA				
15	HONDURAS	EL SALVADOR			

16	PERU	NICARÁGUA
22	COSTA RICA	
32	VENEZUELA	

Fonte: A autora, com base nas constituições

De fato, um dos poucos consensos encontrados na literatura revisada diz respeito à importância de manter o judiciário livre dos abusos do executivo na América Latina e de exercer sua função de *accountability* – sem entrarmos no mérito dos riscos de um judiciário hipertrofiado.

Com o objetivo direcionado a minimizar as influências indesejadas em sua imparcialidade, os desenhos constitucionais tendentes a proteger seu isolamento da ingerência de outros atores, em geral envolvem disposições sobre indicação, formas de remoção do cargo e mandato dos magistrados (Ríos-Figueroa, 2009).

Em relação à nomeação dos membros, a independência judicial é um objetivo central da maioria dos sistemas jurídicos e os sistemas de indicação são vistos como um mecanismo fundamental para atingir esse objetivo. Juízes que são dependentes de alguma forma em relação à pessoa que os nomeia, tornam-se menos propensos a conceber decisões neutras e de alta qualidade.

“As nomeações estão entre os temas mais cruciais do *design*. Os constituintes não são propensos a adotar a revisão judicial a menos que acreditem que os magistrados serão nomeados de forma imparcial. Se os constituintes acreditam que provavelmente irão perder as próximas eleições, então não estarão na posição que lhes permita indicar os juízes, portanto, mecanismos partidários são particularmente pouco atrantes. A tarefa normativa é escolher um mecanismo de seleção que maximize as chances de que o juiz interprete o texto de acordo com as intenções de seus criadores.”²²

Os sistemas de nomeação dos magistrados geralmente são baseados em indicação por instituições políticas, pelo próprio judiciário, por um conselho de justiça ou por sufrágio. Os métodos de seleção variam dentro dos países, de

²² GINSBURG, Tom (2003). **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. New York: Cambridge University Press.

acordo com os níveis de jurisdição e também variam consideravelmente de um país para outro, sendo mais comum arranjos entre indicações por instituições políticas e pelo próprio judiciário.

Ginsburg (2003) divide as formas de nomeação em três espécies, que não obstante, podem ser combinadas: profissional, cooperativa e representativa. A escolha dos membros com base no critério profissional, geralmente são feitas pelo próprio tribunal, sendo recomendável no sentido de favorecer um perfil mais técnico na nomeação. O critério cooperativo requer que dois ou mais órgãos estejam envolvidos no processo de escolha, sendo comum que o chefe do executivo nomeie e a escolha seja aprovada pelo corpo legislativo. E finalmente, o critério representativo, que utiliza múltiplas autoridades para a escolha.

Ríos-Figueroa (2009) sugere que a forma que proporciona maior garantia é a da indicação por parte do judiciário, pois evita que atores externos possam exercer alguma influência naqueles membros que nomearam. No entanto, verificamos que nenhum dos casos selecionados utiliza tal critério.

Tabela 05. Nomeação, Jurisdição e Duração do Mandato

Corte Constitucional	Jurisdição Constitucional é separada do contencioso?	Autoridades que designam os membros	Duração do mandato	Renovação do mandato	Qualidades universitárias ou profissionais exigidas dos membros
Argentina	Não, Suprema Corte	Presidente, com aprovação de exposição pública e aprovação do senado	Vitalício		6 anos de cidadania argentina, renda de 2 mil pesos anuais, 8 anos de advocacia.
Bolívia	Sim, Tribunal Constitucional Plurinacional	Sufrágio universal	6 anos	Não	8 anos advocacia, experiência em Constitucional Administrativo ou Direitos Humanos
Brasil	Não, Supremo Tribunal Federal também é recursal	Presidente, com aprovação do senado	Vitalício		notável saber jurídico e reputação ilibada

Chile	Sim, Tribunal Constitucional Plurinacional	- 3 juízes (Supremo) - 1 advogado (Presidente) - 2 advogados (Conselho de Segurança) - 1 advogado (Senado)	8 anos	Sim	15 anos de título e destaque na atividade profissional, universitária ou pública
Colombia	Sim, Corte Constitucional	- 3 (Supremo) - 3 (Presid.) - 3 (Senado)	8 anos	Não	Colombiano nato e advogado, 10 anos experiência, não ter sido condenado a sentença privativa de liberdade
Costa Rica	Não, Suprema Corte de Justiça	Assembleia Legislativa	8 anos	Sim	10 anos advocacia ou função jurídica pública por 5 anos
El Salvador	Não, Suprema Corte	Conselho nacional de justiça e assembleia legislativa	9 anos	Não	40 anos, advogado de competência e moralidade notórias ou juiz 1a inst 6 anos ou juiz 2a inst 9 anos
Equador	Sim, Corte Constitucional	Senado aprova indicados por presidente, suprema corte e outros oficiais	9 anos	Não	10 anos advocacia ou docência. Ter terceiro nível em direito. Demonstrar probidade e ética. Não ser filiado a partido.
Guatemala	Sim, Corte Constitucional	1 - Congresso Nacional; 1 - membro do Tribunal Supremo; 1- presidente da república; 1- pela Universidade de San Carlos, 1 - Ordem dos Advogados	5 anos Obs.: alternam a presidência, cada um 1 ano	Não	Advogado; boa reputação; ao menos 5 anos de formado;

Haiti	Não, Suprema Corte (Cour de Cassation)	- Indicados pelo Senado, aprovados pelo Presidente	- 10 anos ou vitalício - contradição entre arts. 174 e 177	Não	Escola de magistratura (lei específica regula)
Honduras	Sim, Corte Constitucional	Congresso Nacional - de uma lista oferecida por órgãos do governo e ONGs	7 anos	Sim	Juiz por 5 anos ou advogado por 10 anos
México	Não, Suprema Corte de Justiça	Nomeado pelo presidente e aprovado pelo Senado	15 anos	Não	Formado em direito 10 anos, boa reputação, ter residido no país ao menos 2 anos
Nicarágua	Não, Suprema Corte de Justiça	Congresso Nacional	5 anos	Não	Juiz por 5 anos ou advogado por 10 anos e boa reputação
Panamá	Não, Suprema Corte de Justiça	Presidente	10 anos	Não	10 anos como advogado, professor de direito ou funcionário público (prática jurídica)
Paraguai	Não, Suprema Corte de Justiça	Indicados por conselho da magistratura, aprovados pelo Senado e pelo Presidente	Vitalício		Doutorado em direito, 10 anos advogado, juiz ou professor universitário
Peru	Não, Suprema Corte de Justiça	Indicados por conselho da magistratura, aprovados pelo Congresso e pelo Presidente	5 anos	Não	Juiz por 10 anos ou advogado por 15 anos

República Dominicana	Sim, Corte Constitucional	- Indicados pelo Conselho do Judiciário (presidente, líderes das casas legislativas, do supremo tribunal e membro de partido não representado)	9 anos	Não	formado em direito, 12 anos advogado, docente, juiz ou membro do ministério público
Uruguai	Não, Suprema Corte de Justiça	Indicados pelo Presidente, aprovados pelo Congresso Nacional	10 anos	Sim, mas depois de um intervalo de 5 anos	10 anos advogado ou 8 anos magistrado ou membro do ministério público
Venezuela	Não, Supremo Tribunal de Justiça	Indicados pelo Comitê de Postulação Judicial e aprovados pelo Congresso Nacional	12 anos	Não	honra, boa reputação, 15 anos advogado e pós-graduação, professor ou juiz

Fonte: A autora, com base nas constituições e leis orgânicas da magistratura

Todos os casos apresentam o critério cooperativo ou o representativo. Sendo a Bolívia²³ o único a se utilizar do sufrágio universal. Observamos que uma lista de pré-candidatos é aprovada pela Assembleia Legislativa e posteriormente as eleições são organizadas em cada estado. Recentemente a Corte Suprema da Argentina declarou a inconstitucionalidade da Reforma Judicial proposta pelo governo de Cristina Kirchner que pretendia adotar este método²⁴.

As críticas a essa forma de seleção afirmam que submeteria a suprema corte ao poder político dos partidos e da maioria governamental e dessa forma violaria

²³ O sufrágio universal foi adotado na reforma constitucional de 2009.

²⁴ O jornal El País interpretou a atitude como um freio “en seco” ao que seria “uno de los asaltos más flagrantes a la separación de poderes que se recuerdan en una democracia homologada”. “Separación de Poderes: El Supremo argentino frena el intento del Gobierno de socavar la independencia judicial”, El País, editorial de 23/06/2013.

a separação dos poderes, com sérias consequências para a imparcialidade e a independência judiciais. Ademais, haveria prejuízo para uma das funções das cortes constitucionais de exercer um contraponto à regra do “*winner takes all*”, onde as eleições são um tudo ou nada do jogo político (Ferejohn; Pasquino, 2004).

Entretanto, observamos que em 13 dos casos há interferência direta do presidente em pelo menos uma das fases do processo seletivo ou em uma parcela dos membros escolhidos, conforme a tabela 05. Apenas em um caso extremo a escolha fica unicamente nas mãos do chefe do executivo, no Panamá.

Este perfil se alinha com a ideia de que os presidentes querem maximizar sua influência na corte, tanto com o escopo de controlar a revisão judicial quanto de exercer controle indireto nas cortes de primeira instância, porque logicamente é mais fácil lidar com um perfil de juízes que tenham sido escolhidos a dedo por ele ou por seu partido do que pela oposição. Dependendo da configuração institucional, é possível que os presidentes escolham os candidatos e que eles sejam aprovados pela assembleia.

No entanto, embora não haja interferência explícita do executivo na indicação, há a possibilidade de que os presidentes instruem seus aliados do legislativo a nomear os seus favoritos ou negociar “cotas” de juízes com a oposição no congresso (Pérez-Liñan; Castagnola, 2009).

Os mesmos autores concluem que há um interesse, portanto, em disponibilizar vagas nas cortes. Haveria incentivos para que os magistrados se aposentassem, quando a destituição não fosse feita de forma mais direta, como um *impeachment* (diante dos custos sociais de tomar uma medida arbitrária). As constituições foram unânimes em prover estabilidade aos cargos, sendo o *impeachment* sempre ligado a causas de mau comportamento ou corrupção. Ressaltamos que a subjetividade das causas de perda do mandato disposta nas constituições de todos os casos em análise parecem deixar espaço para manobras de rotatividade dos membros.

Tabela 05. Indicação dos Magistrados

Interferência do Presidente									
Fase	ARG	BRA	HAI	HON	MEX	PAR	PER	REP	URU
Número de membros	GUA	COL	CHI						
Monopólio	PAN								
Ausência	NIC	QUE	ELS	COS	BOL	VEM			

Fonte: A autora, com base nas constituições e leis orgânicas da magistratura

Atento a outro fator que poderia também pesar para além das causas de perda do cargo, Ríos-Figueroa (2009) analisa a duração do mandato. Se o mandato do juiz fosse mais longo do que o de quem o indicou, os riscos de dependência diminuiriam, portanto seria ideal que o mandato do magistrado fosse mais longo do que o da autoridade que o nomeou.

Mantendo as demais variáveis constantes, quanto maior a duração do mandato, maior imparcialidade terá o juiz para decidir, por ficar mais livre de pressões políticas. Assim sendo, em tese seria ideal que os mandatos fossem sempre vitalícios. Por sua vez, a possibilidade de recondução em mandatos limitados pode influenciar na dependência, pois acaba se tornando uma forma de recompensa para magistrados “fieis”.

Ocorre que nem sempre um mandato vitalício é mais longo do que aquele de termo definido, em todos os casos (Argentina, Brasil e Paraguai) em que a duração é vitalícia a aposentadoria compulsória se dá aos 75 (setenta e cinco) anos de idade e por isso pode ocorrer de a duração acabar sendo menor do que um mandato com duração de 15 (quinze) anos, como no caso do México.

Talvez uma fórmula para medir o grau de independência com base no perfil dos magistrados escolhidos seja interessante. Ríos-Figueroa (2009) apresenta uma função entre autoridades que nomeiam, autoridades de destituem e duração. Apesar de não haver fontes confiáveis de como ocorrem as manobras políticas de aposentadoria e destituição que possivelmente poderiam influenciar

nos resultados, é realmente impactante o critério de escolha e permanência dos membros no grau de independência, sobretudo diante do fato de estarem dispostos na constituição.

Perez-Liñan e Castagnola (2009) contabilizaram quantos magistrados eram nomeados como membros das cortes a cada ano em 11 países (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá e Uruguai) de 1904 a 2006; auferindo a frequência com que as mudanças ocorriam e, em alguns casos, o ciclo era influenciado pela chegada de novo presidente ao poder.

“O resultado indica que os realinhamentos executivos tiveram consequências políticas mais brandas para o supremo tribunal no início do século XX do que mais tarde. A análise dos coeficientes mostra que, entre 1904 e 1944, o efeito das novas administrações sobre a nomeação de novos juízes era virtualmente indistinguível de zero, entre 1945 e 1977, cada mudança de governo aumentou a nomeação de juízes por 26 por cento e entre 1978 e 2006, a nova administração aumentou o número de indicações em 34 por cento.”²⁵

No período de 1978 a 2006 – que cobre a primeira publicação utilizada na revisão de literatura e o momento atual – apresentou uma maior correlação entre a nomeação de juízes e novas eleições, fato que o autor atribuiu ao importante papel de *veto players* dos tribunais constitucionais e à judicialização da política, o que ocasionou uma maior corrida em busca do controle. Dessa forma, concluímos que aparentemente a terceira onda de democratização não contribuiu positivamente para a independência dos judiciários, sobretudo as cortes constitucionais.

4.3. Tipos de Controle: Difuso e/ou Concentrado e Acesso às Cortes

²⁵ PÉREZ-LIÑÁN, A., & CASTAGNOLA, A. (2009). **Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-term View (1904-2006)**. *Journal Of Politics In Latin America*, 1(2), 87-114

Os magistrados das cortes constitucionais possuem uma posição muito privilegiada dentro do judiciário, pois podem declarar nulo qualquer lei ou ato do governo que contrarie a constituição.

Como mencionado no terceiro capítulo, tal fato concedeu ao judiciário um protagonismo na proteção dos direitos individuais contra o Estado, todas as constituições apresentam traços dessa característica e há várias ações constitucionais à disposição de qualquer cidadão que tenha seus direitos fundamentais violados.

Por outro lado, também lhe concede poder de *veto player* e isso tanto pode significar necessidade de tomada de decisão em assuntos polêmicos sobre os quais os políticos prefeririam não se posicionar (por conta de impactos nas eleições, por exemplo), como pode significar a possibilidade de coligações entre as cortes e interesses partidários ou de classes específicas. É algo que se deseja naturalmente evitar, pois seria uma influência negativa à imparcialidade e, consequentemente, à independência.

Portanto, amplas variações se apresentam no tocante ao controle de constitucionalidade, sobretudo quando se dirige a uma norma em abstrato²⁶, o qual aparece limitado em alguns casos a poucos órgãos jurisdicionais ou permitem apenas que poucos possam figurar como titulares da ação de inconstitucionalidade. Por outro lado, alguns casos apresentam maior abertura em relação aos legitimados. Com relação aos órgãos jurisdicionais que exercem o controle, podem ser todos os juízes de qualquer instância (difuso) ou pode ser apenas a cargo de um tribunal específico (concentrado).

No tocante aos efeitos do controle de constitucionalidade, podem anular a norma em sua origem, declarando-a inconstitucional, o que irá atingir a todos os indivíduos mesmo que não figurem no processo como titulares (contra todos ou *orga omnes*) ou, podem proteger apenas as partes que moveram a ação contra os efeitos da inconstitucionalidade (*inter partes*). Importante diferenciá-los, pois

²⁶ Norma em abstrato significa que inexistente uma relação jurídica concreta configurando que o titular da ação tenha sido efetivamente prejudicado pela suposta inconstitucionalidade. Quando há prejuízos para o titular da ação, diz-se que o controle é concreto.

podem determinar qual o alcance das decisões proferidas e certamente pesam na amplitude do poder das cortes em comento.

Quanto à aplicabilidade temporal de suas decisões, tanto pode ser *ex nunc* (não retroativa) quanto *ex tunc* (retroativa até a data do fato), há também a possibilidade de modular os efeitos, como no caso brasileiro – ao mesmo tempo em que promulga a decisão, o tribunal determina a partir de que momento os efeitos irão valer.

As formas de controle encontradas nos casos podem significar muito sobre o poder concedido às suas decisões e é uma interessante forma de mensurar sua força, porque é um dos casos em que poucas variáveis influenciarão nos efeitos “reais” em contraposição aos efeitos descritos nas constituições, já que esses mecanismos são obedecidos rigorosamente pelos magistrados, em respeito à segurança jurídica.

Percebemos nitidamente a simbiose entre um modelo constitucional norte-americano, que responde a sistema *common law* e tradição jurídica apoiada por uma sistema *civil law*, gerada a partir da incorporação de instrumentos processuais de ambos os modelos, apresentando muitas peculiaridades e diversas combinações possíveis dentre as formas de controle de constitucionalidade, as quais exploramos na tabela 08.

Tabela 06. Espécies de controle de constitucionalidade

Concreto	Indivíduo ou grupo ofendido diretamente por violação à norma constitucional
Abstrato	Não há ofensa direta, apenas denúncia de que norma existente é contrária à constituição
Concentrado	Centralizado em um único tribunal
Difuso	Possibilidade de controle por qualquer juiz ou tribunal

<i>Contra todos</i>	Os efeitos atingem a coletividade
<i>Inter partes</i>	Os efeitos atingem apenas os ofendidos, titulares da ação
<i>Ex nunc</i>	Não retroage, efeitos a partir da promulgação da sentença
<i>Ex tunc</i>	Efeitos alcançam fatos anteriores, tornando a norma nula desde seu nascimento
Modulação	Possibilidade de determinar a partir de que momento a decisão será aplicável

Fonte: A autora

A partir das dicotomias presentes na tabela 06, deduzimos que o controle abstrato garante à decisão judicial um efeito muito amplo, equiparado à função de legislar; enquanto que o concreto parece atender ao papel de protetor de direitos individuais tradicionalmente atribuído ao judiciário, sobretudo nos períodos de turbulências políticas (sem entrarmos no mérito da efetividade da proteção).

Por sua vez, o controle concentrado transfere considerável poder aos tribunais constitucionais, que ficariam com o monopólio das decisões dessa natureza; o difuso parece ser mais interessante no sentido de ampliar o acesso a maior quantidade de indivíduos possível, mas parece descentralizar e diminuir a influência das cortes constitucionais.

Quanto aos efeitos, decisões que atingem a coletividade obviamente significam maior poder para a corte; decisões *inter partes* se assemelham às condições elucidadas sobre as normas em concreto.

Finalmente, quanto à temporização dos efeitos *ex tunc*, também se equiparam a quase legislar, enquanto que o efeito *inter partes* condiz com os objetivos dos remédios constitucionais, de conceder proteção aqueles que recorrem às cortes. A modulação de efeitos parece propiciar o maior grau de

liberdade de ambos, porque permite que a corte utilize seu *feeling* para determinar a partir de que momento sua decisão será aplicável.

Em resumo, o controle abstrato e com acesso restrito parece mais apropriado para servir como canalização de demandas políticas, mas é ineficaz para garantir direitos individuais; por sua vez, o controle concreto e com efeito *inter partes* é mais adequado para proteger os direitos individuais. Finalmente, o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato é o mais político dos instrumentos processuais existentes.

Tendo os conceitos em mente e a valoração que podem simbolizar em possíveis mensurações dos poderes dados pelo desenho constitucional, a tabela 07 apresenta o perfil dos casos selecionados.

O que podemos deduzir a partir desta acumulação assistemática de mecanismos processuais é que ela reflete, de um lado, a possível ineficiência sistema difuso (a partir dos anos cinquenta do século XX a tendência tem sido concentrar o controle de constitucionalidade) e, por outro lado, a necessidade de resolver a obrigação de dar coerência ao sistema. Em 2004 no Brasil, por exemplo, a emenda n. 45 deixou muitas opiniões divididas quanto à súmula vinculante do STF, muitos juízes entenderam como uma afronta ao seu livre convencimento – exatamente por conta da tradição *civil law*.

Tabela 07. Acesso às cortes, tipo de controle e efeitos da declaração

Corte Constitucional	Legitimados para propor ação de inconstitucionalidade abstrata	Tipo de Controle e Efeitos da Declaração
Argentina	Não há, o controle é totalmente concreto	difuso e inter partes, quando exercido pela suprema corte (como recursal), pode ser erga omnes
Bolívia	Presidente, membro da Assembleia Legislativa, Maxima autoridade dos territorios e defensor publico	concentrado apenas, inter partes ou erga omnes, concreto ou abstrato, ex nunc. Efeito vinculante

Brasil	Presidente da República; Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa;o Governador de Estado ou DF; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da OAB; partido político com representação no Congresso Nacional;confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.	concentrado e difuso; concreto e abstrato; possibilidade de modulação temporal
Chile	Presidente da República, do Senado ou da Câmara. 1\4 dos membros de 1 das casas; ação popular	concentrado e difuso; concreto e abstrato;
Colombia	Presidente, membro da Assembleia Legislativa e Maxima autoridade dos territorios autonomos	concentrado e difuso; concreto e abstrato; possibilidade de modulação temporal
Costa Rica	Qualquer pessoa, sociedade ou associação	concentrado e difuso, concreto e abstrato, erga omnes e inter partes
El Salvador	Qualquer pessoa ou o ministério público	concentrado e abstrato; difuso e concreto
Equador	Qualquer cidadão	apenas em 2008 passou a exercer jurisdição - inter partes e concentrado
Guatemala	Qualquer cidadão	abstrato e concreto; inter partes e erga omnes;efeito <i>ex nunc</i> ; .
Haiti	Qualquer cidadão	inter partes e efeitos <i>ex nunc</i>
Honduras	Qualquer cidadão	erga omnes; <i>ex tunc</i>
México	apenas órgãos do governo	concentrado e difuso; concreto e abstrato; possibilidade de modulação temporal
Nicarágua	Qualquer cidadão	abstrato e concreto; inter partes e erga omnes;efeito <i>ex nunc</i> ;
Panamá	Qualquer cidadão	concentrado e erga omnes

Paraguai	Qualquer cidadão	concentrado; <i>inter partes</i> ou <i>erga omnes</i> ; <i>ex nunc</i>
Peru	Presidente, Procurador-Geral, "Defensor del pueblo"	difuso e concentrado; <i>erga omnes e inter partes</i> ; <i>ex nunc</i>
República Dominicana	Qualquer cidadão	difuso e concentrado; <i>erga omnes e inter partes</i> ; <i>ex nunc</i>
Uruguai	Não há ADIN, o controle é totalmente concreto. Assembleia toma conhecimento da sentença e decide se exclui a norma ou não.	concentrado, <i>inter partes</i> e <i>ex nunc</i>
Venezuela	De ofício ou como tribunal de recurso ao controle difuso, dando efeito vinculante	difuso e concentrado; <i>erga omnes e inter partes</i> ; <i>ex nunc</i>

Fonte: A autora.

Tabela 08. Efeitos e Acesso aos instrumentos de controle de constitucionalidade, 2013.

	Efeitos		Acesso	
Tipo de Instrumento	Erga Omnes	Inter Partes	Aberto	Restrito
Concreto; centralizado	Honduras	Brasil	Brasil	Bolívia
	Bolívia	Chile	Costa Rica El Salvador	Chile
	México	Costa Rica Rep. Dominicana El Salvador Guatemala Panamá Paraguai Peru Uruguai Venezuela	Guatemala Honduras Panamá Paraguai	Equador México Peru Uruguai Venezuela
		Argentina Bolívia	Argentina Bolívia	

Concreto; Descentralizado	Nenhum	Brasil Colômbia Equador El Salvador Guatemala Honduras México Panamá Peru Venezuela	Brasil Colômbia Equador El Salvador Guatemala Honduras México Panamá Peru Venezuela	Nenhum
------------------------------	--------	--	---	--------

Fonte: A autora

Consideramos, portanto, que judicialização da política estaria mais atrelada à possibilidade de modificar a lei em abstrato e com efeito *erga omnes*, tendo em vista a equiparação à lei de que a decisão judicial se reveste, pois obriga a todos e apresenta a anterioridade. Ocorre que as pesquisas parecem não ter atentado para esta sutileza, jogando todos os tribunais constitucionais no mesmo grupo dos que teriam poder para “fazer política”.

É certo que decidir parcialmente em benefício de uma minoria e indo de encontro ao que a constituição de fato quer dizer poderia ser considerada uma forma de fazer a política (*policy making*), entretanto, há de se convir que existe uma clara diferença entre “legislar” e “julgar”.

O controle de constitucionalidade difuso em um país *civil law* não vai dar o condão de legislar, pelo simples fato de que em sua tradição jurídica a lei é hierarquicamente superior à jurisprudência, de forma que uma *decisão inter partes* no máximo iria conseguir criar um precedente para novas ações análogas, como fora discutido no item 4.3., o que levaria tempo considerável para que as reiteradas decisões contrárias a determinada lei se consolidassem e tornassem tal norma sem efeitos.

Por essas razões, não podemos considerar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes* como um ato de legislar, especialmente em contextos onde não há o controle concentrado, como na Argentina.

Finalmente, imaginamos que os aspectos mencionados podem significar excelentes termômetros para auferir o poder concedido às cortes constitucionais e como se aproximam do ideal de independência, sendo a independência relacionada a operar com imparcialidade e em respeito ao *rule of law*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou trazer à discussão como se encontram as feições institucionais dispostas ao longo da América Latina no tocante à disposição de suas cortes constitucionais e em como tais desenhos podem ser determinantes ao criar condições favoráveis à sua independência.

Resgatamos abordagens neoinstitucionalistas por acreditarmos que o desenho constitucional tem grande influência nos resultados políticos futuros, ao passo que também nos dizem muito sobre as condições ambientais nas quais foram criadas.

O espaço reservado para dispor sobre quem exercerá o papel de guarda da constituição, por sua tamanha responsabilidade em assegurar que os compromissos simbolizados na constituição sejam cumpridos, sem dúvida pode ser interpretado como um dos que possuem maior destaque.

Em primeiro lugar, a duração do mandato por ser em muitos casos vitalícia permite que quem ocupe o cargo se mantenha no poder por algumas gerações e no âmbito legislativo, o tempo é potencializado por conta das constantes mudanças e novas leis promulgadas.

Em segundo lugar, diante da profunda responsabilidade, já que o espaço delegado a esse conjunto de magistrados requer uma postura de busca contínua entre de um equilíbrio entre flexibilidade e austeridade, entre ceder às necessárias mudanças clamadas pela sociedade e não se dobrar aos interesses alheios ao bem estar social, de elites ou de uma maioria tirânica.

Diante do que representam as cortes constitucionais na arena política, a polêmica e os debates acalorados que se insurgem, sobretudo no tocante à sua influência na qualidade democrática, parecem apontar para muitas contradições na literatura revisada. Mesmo porque, a própria teoria constitucional em seus primórdios não deixou espaço para a unanimidade.

Dado o peso para a ciência política que as cortes constitucionais representam, estas mereceram atenção desde os clássicos da teoria política até pesquisas mais atuais e filiadas às mais diferentes abordagens e adotando diversas metodologias.

O corte geográfico dado pelos estudos da América Latina propicia um verdadeiro laboratório para testar as hipóteses surgidas nessa linha de pesquisa, e permitiu o surgimento de muitas discussões teóricas quais tentamos expor brevemente. Dentre os mais marcantes, a delegação e construção do poder judicial e o seu exercício dos domínios políticos, bem como as relações entre independência judicial e poder de um lado e dinâmicas democráticas de outro.

O enfoque escolhido aqui se voltou à análise das condições propiciadas pelos desenhos institucionais a um movimento de maior protagonismo das cortes, cujos resultados, examinados sob a ótica das expectativas dos cidadãos diante dos magistrados, podem ser divididos em três momentos.

O primeiro momento apresenta a missão das cortes de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos contra abusos dos poderes majoritários, sobretudo em períodos ditatoriais (independência das cortes como requisito para a democracia); O segundo momento apresenta tendência a buscar resultados estratégicos, em consonância com seus interesses egoísticos o que, em última análise, aponta os magistrados como corruptos e alinhados a grupos de interesse elitistas (riscos de ampla autonomia no supremo). E, finalmente, o terceiro momento representa sua função de instrumento de luta pela democracia, no sentido que se espera que tomem decisões contrárias às do governo quando necessário e punam os culpados por desrespeitar as regras constitucionais (função de *accountability*).

Verificamos que o cenário atual contradiz muito do que se pensava acerca de a dependência do judiciário da América Latina se encontrar diretamente relacionada às instabilidades políticas, outros fatores parecem influenciar mais fortemente o jogo de interesses que pode minar a independência, e a judicialização da política parece ser determinante. Por outro lado, a maioria dos

casos apresentou emenda referente ao judiciário muito recentemente, o que dificulta a mensuração dos efeitos.

Ressalte-se o curto alcance que os dados utilizados representam, pois nos baseamos quase exclusivamente em normas encontradas nas constituições e leis correlatas, bem como os riscos de se cair em generalizações sempre à espreita em estudos com um viés mais comparativo e descritivo.

Deduzimos, no entanto, que de acordo com as últimas reformas ocorridas, as constituições parecem se direcionar para configurações mais propícias à independência. Porém, diante dos dados encontrados na revisão de literatura, talvez essas mudanças ocorram no sentido de demonstrar legitimidade de suas instituições diante dos clamores sociais.

Mas exatamente a aparência de legitimidade concedida pela roupagem jurisdicional com que se revestem as disputas políticas é um fator que pode acabar ocasionando a dependência por outros motivos que não os clássicos levantados à época de autoritarismo enfrentada na região.

As conclusões apontam, ainda, para uma dependência *de facto* muito maior do que a *de jure*, mesmo porque em todas as constituições se afirma a independência do judiciário. No entanto, o seu exame só seria possível indo além dos dispositivos legais, talvez cruzando dados com pesquisas baseadas em opinião, como as que foram apresentadas.

Apesar das tentativas em realizar a pesquisa de maneira sistemática e objetiva, traçando limites em torno da literatura vasta e heterogênea disponível, como mencionado antes, a temática envolve uma grande complexidade. Seria uma tarefa hercúlea coordenar as reformas constitucionais de todos os casos com as mudanças sociais ocorridas desde meados de 1970.

Certamente também por conta disso, este trabalho apresenta muitas falhas, talvez importantes obras não tenham sido citadas, talvez os dados examinados tenham sofrido influência de uma postura excessivamente jurídica e com uma boa dose de dificuldade em caminhar no solo das análises muito mais ricas e profundas permitidas pela Ciência Política. Entretanto, um dos

verdadeiros objetivos seria abrir espaço para investigações futuras, demonstrando as oportunidades presentes no tema escolhido, esperamos ter alcançado.

REFERÊNCIAS

ALMOND, Gabriel. (1966). **Political science: the history of discipline**. In: Robert Goodin e Hans-Dieter Klingemann (eds.), *A new handbook of political science*, Oxford, Oxford University Press.

ARANTES, Rogerio B. (2000). **The Judiciary, Democracy and Economic Policy in Brazil**. In: *Handbook of Global Legal Policy*. NAGEL, Stuart (Ed.). New York: Marcel Dekker.

BARROSO, Luís Roberto (2012). **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva.

BAUM, Lawrence (2008). **Judges and Their Audiences. A Perspective on Judicial Behavior**. New Jersey: Princeton University Press.

CANOTILHO, José Joaquim G. (2003) **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.Coimbra: Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro (1971). **The judicial review in the contemporary world**. Indianapolis: Bobbs-Merril Company

CLAYTON, Cornell W. (1999). The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old institutionalisms. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches**. Chicago, University of Chicago Press.

CARVALHO, Ernani. (2004). **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**.*Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23

_____. (2007) **Revisão judicial e judicialização da política no direiteito ocidental: aspecto relavantes de sua gênese e desenvolvimento**. *Revista de Sociologia e Política*.

_____. (2010). **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro**: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 23

_____. (2013) **O poder dos juízes**: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, 21, n. 45.

COLOMER, Josep. *Comparative Constitutions*. . In: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah and ROCKMAN, Bert. A. (2006) **The Oxford Handbook of Political Institutions**. New York: Oxford University Press.

CHRISTENSEN, A. N. (1969). **The Evolution of Latin America Government**. New York: Holt.

DAHL, Robert A. (1957). **Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker**. *Role of Supreme Court Symposium* n.1

DANTAS, Ivo (2003). **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá.

DAVID, René. (2002). **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes.

DOMINGO, Pilar (2004). **Judicialization of Politics or Politization of The Judiciary? Recent Trends in Latin America**. *Democratization*, 11, V. 1.

DREWRY, Gavin. **Political Institutions. Legal Perspective**. In: GOODIN, Robert E. and KLINGERMAN, Hans-Dieter (1996) **A New Handbook of Political Science**. New York: Oxford University Press.

DUNCAN, Raymond (1976). **Latin American Politics**. New York: Praeger.

ELKINS, Zachary (2009). **The Endurance of National Constitutions**. New York: Cambridge University Press.

FARO DE CASTRO, Marcus. (1997). **The Courts, Law and Democracy in Brazil**. *International Social Science Journal*.

FAVOREU, Louis (2004). **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Editora.

FLICK, Uwe (2009). **Introdução à Pesquisa Qualitativa** Porto Alegre: Artmed.

GEDDES, Barbra (1990). **How the cases you choose affect the answers that you get: selection bias in comparative politics**.

GIBSON, James. Judicial Institutions. . In: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah and ROCKMAN, Bert. A. (2006) **The Oxford Handbook of Political Institutions**. New York: Oxford University Press.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. (1999). **Beyond Judicial Attitudes: Institutional approaches to Supreme Court Decision-Making**. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme Court Decision-Making: new institutional approaches**. Chicago, University of Chicago Press.

GINSBURG, Tom (2003). **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. New York: Cambridge University Press.

GLOPPEN, GARGARELLA, SKAAR, Elin. (2004). **Democratization and the Judiciary: The accountability function of courts in new democracies**. London: Frank Cass Publishers

FEREJOHN, J.; PASQUINO, Pasquale. (2004) **Constitutional Adjudication: Lessons from Europe**. Texas Law Review, n. 82

HART, H. L. A. (2009). **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes.

HELMKE, Gretchen (2005). **Courts Under Constraints. Judges, Generals, and Presidents in Argentina**. New York: Cambridge University Press.

HELMKE, Gretchen and ROSENBLUTH, Frances (2009). **Regimes and the rule of law: judicial independence in comparative perspective**. Annual review of Political Science.

JOHNSON, Kenneth (1976) **Scholarly Images of Latin American Political Democracy in 1975**. Latin American Research Review, vol. 11, n. 2

KAPISZEWSKI, D. and THAYLOR, Matthew (2008). **Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America.**

KELSEN, Hans (2003). *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes.

KELSEN, Hans (1985). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

LAMBERT, Jacques (1967). **Latin America: Social Structures and Political Institutions**. Berkeley: University of California Press.

LANDMAN, Todd. (2008) **Issues and Methods in Comparative Politics: An Introduction**. Routledge: London and New York.

LEVINSON, Daryl J. (2011) **Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment**. Harvard Law Review. Vol. 124, N. 3.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P (1989). **Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics**. New York: The Free Press.

MARSH, David; STOKER, Gerry (ed.) (2002). **Theory and Methods in Political Science**. New York: Palgrave MacMillan.

MILLER, Warren. (1998), **Political behavior, old and new**, in Robert Goodin e Hans-Dieter Klingemann (eds.), *A new handbook of political science*, Oxford, Oxford University Press.

MIRANDA, Jorge (1996). **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora.

MORENO, Francisco José (1970). **Justice and Law in Latin America: A Cu Example**. Journal of Inter-American Studies and World Affairs, vol. 12, n. 3.

MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman; EPSTEIN, Lee (2002). **Courts, Judges and Politics. An Introduction to the Judicial Process**. New York: McGraw Hill.

NEEDLER, Martin C. (1965). **Latin American Politics in Perspective**. New Jersey: Princeton.

PÉREZ-LIÑÁN, A., & CASTAGNOLA, A. (2009). **Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-term View (1904-2006)**. *Journal Of Politics In Latin America*, 1(2), 87-114.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. (2007). **Presidential impeachment and the new political instability in Latin America**. New York: Cambridge University Press

POLLOCK III, Philip H. (2005) **The Essentials of Political Analysis**. Washington DC: CQ Press.

POZAS-LOYO, Andrea; J. RÍOS-FIGUEROA (2010). **Enacting constitutionalism: The origins of independent judicial institutions in Latin America**. Comparative Politics.

POSNER, Richard A. (2008). **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press

RAGIN, Charles C.; BERG-SCHLOSSER, Dirk; MEUR, Gisèle de. Political Methodology: Qualitative Methods. In: GOODIN, Robert E. and KLINGERMANN, Hans-Dieter (1996) **A New Handbook of Political Science**. New York: Oxford University Press.

REALE, Miguel (1974). **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Jose Bushatsky Ltda.

RIOS-FIGUEROA, Julio (2007) **Fragmentation of Power and The Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002**. *Latin American Politics & Society*, vol. 49, no. 1.

_____. (2009) **The Institutional Setting for Constitutional Justice in Latin America**. APSA 2009 Toronto Meeting Paper

RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Mathew M. (2006) **Institutional Determinants of the Judicialization of Policy in Brazil and Mexico**. *Journal of Latin American Studies*, vol. 38, no. 4.

RIOS-FIGUEROA, Julio; NAVIA, Patricio (2009). **The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America**, *Comparative Political Studies*, vol. 38, no. 2.

ROBBERS, Gerhard (ed.) (2007). **Encyclopedia of World Constitutions**. New York: Facts on File, Inc.

SADEK, M. T.; OLIVEIRA, F. L. (2012). **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 9

SANDERS, David (2002). Behaviouralism. In: MARSH, David; STOCKER, Gerry (eds.) **Theory and methods in Political Science**. New York: Palgrave MacMillan.

SEGAL, Jeffrey A (2008). Judicial Behavior. In: WHITTINGTON, K. E.; KELEMEN, R. D.; CALDEIRA, G. A (eds.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. (2002). **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. New York, Cambridge University Press.

SHANE, Peter M. Analyzing Constitutions. In: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah and ROCKMAN, Bert. A. (2006) **The Oxford Handbook of Political Institutions**. New York: Oxford University Press.

SHAPIRO, M. (1986). **Courts: a comparative and political analysis**. Chicago: The University of Chicago.

SKAAR, Elin. (2002). **Judicial Independence: A Key to Justice. An analysis of Latin America in the 1990's**. Phd Diss. Department of Political Science University of California, Los Angeles.

SILVA, José Afonso (2008). **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros.

SUNSTEIN, Cass (2001). **Designing Democracy. What Constitutions Do**. New York: Oxford University Press.

SUSTEIN, Cass; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres (2006). **Are Judges Political? An empirical analysis of Federal Judiciary**. Washington DC: Brookings Institution Press.

TATE, C. N. (1995) Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. N. & VALLINDER, T. (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University.

TAYLOR, Matthew M. and DA ROS, Luciano (2008). **Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política**.

VALLINDER, T. (1995) When the Courts go Marching. In: TATE, C. N. & VALLINDER, T. (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University.

VERGOTTINI, Giuseppe de (2004). **Diritto Costituzionale Comparato** (Voll I). Bologna: Casa Editrice Dott. Antonio Milani.

VERNER, Joel G. (1984). **The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of Literature**. Journal of Latin American Studies, vol.16, n. 2. Cambridge University Press.

WHITTINGTON, K. E.; KELEMEN, R. D.; CALDEIRA, G. A (2008). The study of Law and Politics. In: WHITTINGTON, K. E.; KELEMEN, R. D.; CALDEIRA, G. A (eds.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press.

WHITTINGTON, Keith E. (1999) **Constitutional Construction**. Cambridge: Harvard University Press.

ZAULI, Eduardo Meira. (2011). **Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil**. *Revista de Sociologia e Política*.