revista DEBATES

Há um desenho institucional favorável à independência judiciária? Um panorama das constituições vigentes na América Latina

Is there an institutional structure conducive to judicial independence? An overview of ruling constitutions in Latin America

Rebecca Magalhães
Ernani Carvalho

Resumo

O que determina o caráter da revisão judicial da forma como ela funciona nas novas democracias? Fatores institucionais parecem impactar a independência e poder das cortes e, portanto, frequentemente são utilizados para explicar seu comportamento. Mecanismos como composição das cortes, jurisdição, seleção dos membros e tempo do mandato comumente figuram detalhadamente nos textos constitucionais, sinalizando que a autonomia das cortes é tradicionalmente um ideal desejável pelos constituintes. Neste artigo pretendemos analisar como certas características podem ser determinantes na promoção da independência judicial e, finalmente, verificar quais se encontram presentes nas cortes constitucionais na América Latina.

Palavras-chave

Independência Judicial; América Latina; Cortes Constitucionais.

Abstract

What determines the nature of judicial review and the way it operates in the new democracies? Institutional factors seem to impact the independence and power of courts and therefore are often used to explain their behavior. Mechanisms such as composition of the courts, jurisdiction, and selection of members of the term commonly listed in detail in constitutional texts, signaling that the autonomy of the courts is traditionally a desirable ideal for constituents. This article aims to analyze how certain characteristics may be crucial in promoting judicial independence and ultimately determine which are present in the constitutional courts in Latin America.

Keywords

Judicial Independence; Latin America; Constitutional Courts.

Introdução

A construção das regras constitucionais reflete em grande medida o ambiente contratual das diversas forças políticas que amparam e legitimam o processo político. A busca das motivações, de como se deu essa construção, é essencial para o entendimento de seus desdobramentos.

Neste artigo exploramos um pequeno segmento desta busca, com foco na América Latina, mais especificamente, nas configurações disponíveis nos textos constitucionais vigentes de 19 casos selecionados (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela). O objetivo consiste em verificar quais constituições apresentam características mais favoráveis à independência do judiciário, de acordo com modelos propostos pela revisão de literatura apresentada.

A partir da ferramenta de busca textual, todas as constituições foram analisadas, no que diz respeito aos dispositivos acerca de suas cortes constitucionais, para então se dar início a um estudo comparativo e sistemático entre cada uma delas. 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 composição das cortes, jurisdição, seleção dos membros e tempo do mandato comumente figuram detalhadamente nos textos constitucionais[1].

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. Portanto, a independência judicial, nesse sentido, pode ser considerada como uma condição necessária, embora não suficiente, para a realização do *rule of law*.

Os estudos dessa linha de pesquisa comumente separam a independência judicial em duas dimensões: *de jure* e *de facto*, sendo a primeira correspondente às premissas constitucionais ou legais que regulam garantias de independência do judiciário e a segunda, tocante à independência factualmente obtida pelas cortes em determinado cenário político (HAYO e VOIGT, 2007; RÍOS-FIGUEROA, 2007).

O que determina a independência judicial e como opera nas novas democracias? Este artigo parte da hipótese de que um alto grau de independência *de*

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

jure é a forma mais eficiente de incrementar a *de facto*. Para Ginsburg (2003, p. 23) a configuração das cortes constitucionais 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".

Por vários motivos a América Latina se torna um laboratório fértil para linhas de pesquisas relacionadas a mudanças institucionais, uma vez que a região é marcada por períodos de oscilação entre ditadura e democracia, com constituições democráticas recentes e mudanças constantes em seus textos.

A literatura examinada demonstra que há poucos estudos comparativos com maior amplitude, sendo em sua maioria resumidos a poucos países, o que parece sinalizar que há uma parte relativamente inexplorada 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 foram revisitadas e representam o que foi obtido a partir de tentativas de medir graus de independência em perspectiva comparada, apesar da complexidade que a investigação possui.

Quanto às variáveis apresentadas pela literatura disponível, comumente orbitam entre forma de nomeação dos juízes das cortes superiores, duração do mandato, quantidade de membros das cortes, possibilidade de recondução, procedimento de destituição, salário e formas de redução ou aumento, acessibilidade, temática dos casos admitidos e alcance das decisões (VERNER, 1984; HAYO e VOIGT, 2007; ELKINS, GINSBURG e MELTON, 2009; RÍOS-FIGUEROA, 2007). Este trabalho enfatizou as maiores dimensões objetivas em que os sistemas variam: o acesso às cortes, o efeito e a modulação temporal das decisões, o tamanho das cortes e a duração do mandato.

O acesso é um elemento que reflete muito a posição das forças políticas no sistema constitucional, pois quando amplo, descentraliza o poder de trazer questões a um maior número de atores. Em regra um partido dominante irá preferir mantê-lo restrito; em um contexto de fragmentação partidária, buscar-se-á sua ampliação (GINSBURG, 2003). Portanto, quanto maior o número de instituições com poder de veto, maior probabilidade de aumento do poder do judiciário.

Os efeitos e limites temporais de aplicabilidade das decisões judiciais relacionam-se diretamente com o impacto que os magistrados esperam de seu poder decisório, ainda que contrário aos interesses de outros membros do governo (HAYO e VOIGT, 2007). Esmiuçados no item "Tipos de Controle: Difuso e/ou Concentrado e Acesso às Cortes", os efeitos derivam do conceito de *stare decisis*,

expressão que significa "ficar com as coisas decididas". Tradicionalmente os sistemas de *common law* concediam um forte peso à jurisprudência, vinculando decisões futuras. Conforme esta característica aproxima a função do judiciário de quase-legislar, quanto mais amplos os efeitos, maior tenderá a ser a independência do judiciário.

Por fim, o tamanho das cortes e duração do mandato correlacionam-se não apenas com a interferência dos atores que os nomeiam, mas também com o perfil dos magistrados – mais ou menos favorável ao empoderamento das cortes.

Frise-se que, no entanto, este trabalho não pretende 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, parte considerável das publicações encontradas na revisão da literatura opta por utilizar como forma de mensuração pesquisas de opinião, com o objetivo de medir 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.

Emendas Relacionadas ao Judiciário

Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2010) colheram dados acerca das emendas às constituições latino-americanas referentes ao judiciário, entre 1945 e 2002. O objetivo dos autores era testar a hipótese de que processos multilaterais de construção constitucional (envolvendo um maior 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 verificar se há novos desenhos favoráveis à independência do judiciário e quais dos casos aparentam ter se aproximado mais significativamente.

Quadro 1 – Constituições e Emendas ao Judiciário na América Latina (1945-2013)

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

* Emendas constitucionais que afetam instituições relacionadas ao judiciário.
Fonte: Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2010).

Atualizamos o quadro sugerido, para alcançar até 2013, incluindo nos achados da pesquisa citada 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 tinha como base a 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, e o mandato vitalício de Duvalier no Haiti, em 1964.

É possível observar que significativa parte dos casos selecionados apresentaram emendas constitucionais voltadas ao judiciário entre o período de 1990 e 2000, entretanto não necessariamente ocorridas em um ambiente democrático favorável. Ainda assim, destacamos algumas reformas interessantes, como a instituição da Corte Constitucional na República Dominicana em 2010, que até então não existia. Há claros sinais de que houve iniciativas para mudanças no judiciário, consolidadas nas constituições atuais. Com base nesses achados o próximo passo é naturalmente investigar sobre em que pontos as reformas têm sido mais significativas.

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 se cometer erros. Dessa feita, é possível relacionar cortes menores a mais partidos dominantes, porque, conforme Ginsburg (2003), 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 o Quadro 2. 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. Ou seja, a razão para que o tamanho seja maior nesses dois casos específicos deve-se ao fato de que foram aglutinadas o que antes eram duas cortes, uma com a função de atuar como tribunal revisional e outra como corte constitucional.

Quadro 2 – Tamanho das Cortes

Quantidade de mebros	
5	Guatemala
5	Urugrai
7	Bolívia
7	Chile
9	Argentina
9	Colombia
9	Equador
9	Haiti
9	Paraguai
9	Panamá
11	Brasil
11	México
13	Republica Dominicana
15	Honduras
15	El Salvador
16	Peru
16	Nicarágua
22	Costa Rica
32	Venezuela

Fonte: Os autores, 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 analisados 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.

> Appointments are among the most crucial of design issues. Constitutional designers are unlikely to adopt constitutional review unless they believe it will be carried out by impartial appointees. If designers believe they are likely to lose postconstitutional elections, they will be not in a position to appoint judges. So overly partisan mechanisms are especially unattractive. The normative task is to select an appointment mechanism that will maximize the chances that the judge will interpret the text in accordance with the intentions of constitution writers (GINSBURG, 2003, p. 42)[2].

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 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 os nomearam. No entanto, verificamos que nenhum dos casos selecionados utiliza tal critério.

---

[2] 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 atraentes. 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 (tradução dos autores).

Quadro 3 – 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 de 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 Constituciona	- 3 (Supremo) - 3 (Presidente) - 3 (Senado)	8 anos	Não	Colombiano nato e advogado, 10 anos de experiencia, não ter sido condenado a sentença privativa de liberdade.
Costa Rica	Não, Suprema Corte de Justiça.	Assembleia Legislativa.	8 anos	Sim	10 anos de 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 de 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: Os autores, com base nas constituições e leis orgânicas da magistratura.

Todos os casos apresentam o critério cooperativo ou o representativo. Sendo a Bolívia[3] 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

[3] O sufrágio universal foi adotado na reforma constitucional de 2009.

inconstitucionalidade da Reforma Judicial proposta pelo governo de Cristina Kirchner que pretendia adotar este método[4].

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 a separação dos poderes, com sérias consequências para a imparcialidade e a independência judiciais. Além do mais, 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 e 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 o Quadro 4. 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 instruam seus aliados do legislativo a nomear os seus favoritos ou negociar "cotas" de juízes com a oposição no congresso (PÉREZ-LIÑÁN e 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 a destituição sempre ligada 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. Também enfatizamos a dificuldade em mensurar a correlação, uma vez que o fim do mandato muitas vezes ocorre simplesmente por aposentadoria voluntária.

---

[4] 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 de junho de 2013.

As condições mencionadas sinalizam um indesejável espaço para influência do executivo em eventual mudança de mandato, uma vez que não há clareza nas disposições constitucionais quanto aos requisitos para destituição. Perez Liñan e Castagnola (2009) concluem que há influência forte do papel dos executivos em manter uma "corte leal", não raro mudanças na composição das cortes acompanharem alterações partidárias.

Quadro 4 – 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	EQU	ELS	COS	BOL	VEN			

Fonte: Os autores, com base nas constituições e leis orgânicas da magistratura.

Quanto ao grau de interferência na nomeação dos membros, cujas regras são explicitamente dispostas nas constituições, é possível concluir que será maior a interferência do executivo quanto maior for seu poder de escolha. O Quadro 4 demonstra que, em ao menos uma das fases de indicação, o presidente tem participação direta na maioria dos casos, as demais fases são decididas pelo legislativo ou por sufrágio. Em três casos (Guatemala, Colômbia e Chile) o Presidente pode escolher sozinho determinada quantidade de magistrados. No Panamá, o Presidente detém monopólio na indicação; por fim, na última linha, há total ausência de sua participação em quaisquer fases.

Atento a outro fator que poderia também pesar para além das causas de perda do cargo, Ríos-Figueroa (2007) 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 a 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 "fiéis".

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 e Navia (2005) apresentam uma função entre autoridades que nomeiam e destituem os membros das cortes e duração do mandato. Apesar de não haver fontes confiáveis de como ocorrem as manobras políticas relacionadas a aposentadoria e renúncia, 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.

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

> The analysis of conditional coefficients shows that, between 1904 and 1944, the effect of new administrations on the appointment of new justices was virtually indistinguishable from zero; between 1945 and 1977, every government change increased the appointment of justices by 26 percent (significant at the .05 level), and between 1978 and 2006, new administrations in-creased the number of appointments by 34 percent (significant at the .01 level) (PÉREZ-LIÑÁN e CASTAGNOLA, 2009, p. 106)[5].

O 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 implicou uma tendência de maior controle sobre o processo de nomeação, sobretudo as cortes constitucionais.

---

[5] 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 (tradução dos autores).

Tipos de controle: difuso e/ou concentrado e acesso às cortes

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.

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, o controle de constitucionalidade apresenta amplas variações, sobretudo quando se dirige a uma norma em abstrato[6], aparecendo limitado em alguns casos a alguns 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 podem determinar qual o alcance das decisões proferidas e certamente pesam na amplitude do poder das cortes.

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

[6] Norma em abstrato significa que inexiste 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.

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*[7], 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 no Quadro 5.

Quadro 5 – 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
Contra todos	Os efeitos atingem a coletividade
Inter partes	Os efeitos atingem apenas os ofendidos, titulares da ação
Ex nunc	Não retroage, efeitos a partir da promulgação da senten(
Ex tunc	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: Os autores.

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 momentos de turbulências políticas (sem entrarmos no mérito da efetividade da proteção).

[7] Para um aprofundamento neste hibridismo que se caracteriza por toda América Latina vide: Carvalho (2010).

Por sua vez, o controle concentrado transfere considerável poder aos tribunais constitucionais, que ficariam com o monopólio das decisões dessa natureza; o difuso possui a vantagem de ampliar o acesso à 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; enquanto 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, ao passo 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 tenha o poder de definir a partir de quando 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.

> A literatura neoinstitucional da ciência política que aborda o tema da judicialização tomou a revisão abstracta da legislação como foco do debate empírico e aponta o desenho institucional como elemento potenciador da judicialização (CARVALHO, 2009, p. 316).

Tendo os conceitos em mente e a valoração que podem simbolizar em possíveis mensurações dos poderes dados pelo desenho constitucional, o Quadro 6 detalha quem está habilitado a oferecer as demandas e qual o alcance do controle constitucional em cada corte.

Quadro 6 – 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, Máxima autoridade dos	Concentrado apenas, *inter partes* ou *erga omnes*; concreto ou abstrato; *ex nunc*;

	territorios e defensor publico.	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 autônomos.	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 *ex nunc*.
Haiti	Qualquer cidadão.	*Inter partes* e efeitos *ex nunc.*
Honduras	Qualquer cidadão.	*Erga omnes*; *ex tunc.*
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 *ex nunc*.
Panamá	Qualquer cidadão	Concentrado e *erga omnes*
Paraguai	Qualquer cidadão	Concentrado; *inter partes* ou *erga omnes; ex nunc*.

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

Fonte: Os autores.

O que podemos concluir 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*.

Quadro 7 – Efeitos e Acesso aos instrumentos de controle de constitucionalidade de 2013

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

Fonte: Os autores.

Consideramos, portanto, que a 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, 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 aferir 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.

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.

■ Rebecca Magalhães é Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: magalhaes.rebecca@gmail.com.

■ Ernani Carvalho é Professor do Departamento de Ciência Política da UFPE e Pesquisador do CNPq. Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: ernanicarvalho@gmail.com.

Referências

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207, jan.-abr. 2010.

_____. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, Lisboa, v. XLIV, n. 191, p. 315-335, 2009.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons from Europe. *Texas Law Review*, Austin, EUA, n. 82, p. 1671-1704, 2004.

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

HAYO, Bernd; VOIGT, Stefan. Explaining *de Facto* Judicial Independence. *International Review of Law and Economics*, v. 27, n. 3, p. 269-290, set. 2007.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal; CASTAGNOLA, Andrea. Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-term View (1904-2006). *Journal of Politics in Latin America*, Hamburg, Germany, v. 1, n. 2, p. 87-114, 2009.

POZAS-LOYO, Andrea; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Enacting constitutionalism: The origins of independent judicial institutions in Latin America. *Comparative Politics*, New York, v. 42, n. 3, abr. 2010.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics & Society*, Miami, v. 49, n. 1, p. 31-57, abr. 2007.

_____. *The Institutional Setting for Constitutional Justice in Latin America*. Toronto: APSA Annual Meeting Paper, 3-6 set. 2009.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; NAVIA, Patricio. The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America. *Comparative Political Studies*, v. 38, n. 2, p. 189-217, mar. 2005.

VERNER, Joel G. The Independence of Supreme Courts in Latin America: a Review of Literature. *Journal of Latin American Studies*, Cambridge, Inglaterra, v. 16, n. 2, p. 463-506, nov. 1984.

Texto recebido em 19 de agosto de 2014.
Aprovado em 15 de setembro de 2014.