



CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA E SUAS TENSÕES COM O PODER EXECUTIVO: DIFICULDADES, ESTRATÉGIAS E DESAFIOS

CONSTITUTIONAL COURTS IN LATIN AMERICA AND ITS TENSIONS WITH EXECUTIVE BRANCH: DIFFICULTIES, STRATEGIES AND CHALLENGES

Fabício Castagna Lunardi

Doutor (2018) e Mestre (2014) em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharelado em Direito (2004) e especialização em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, (2006). Juiz de Direito da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios desde 2009. Membro do Grupo de Trabalho 'Decisões Criminais' na ENFAM-Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Grupo de Trabalho para Otimização de Julgamentos do Tribunal do Júri, no CNJ

Resumo

O presente artigo tem como objetivo investigar qual é o papel das Cortes Constitucionais na América Latina, considerando as peculiaridades institucionais e regionais dos diferentes países, bem como os seus contextos mais ou menos democráticos. A partir desse recorte, pretende-se analisar, especificamente, como os Tribunais Constitucionais da região se comportam quando confrontados com interesses governistas e de elites políticas, quais são suas peculiaridades e semelhanças, como são moldados por suas instituições, sua cultura jurídica, seus contextos, bem como pela sua inter-relação com os demais Poderes. A fim de atingir os seus objetivos, a pesquisa se desenvolve com base na opção de uma linha crítico-metodológica, a partir de estudos da ciência política e de análises comparativas. Ao final, conclui-se que, na América Latina, diante dos sistemas presidencialistas adotados, há um grande potencial para que Cortes Constitucionais entrem em confronto com o Presidente para buscar o equilíbrio entre os Poderes; comumente é realizado um cálculo estratégico pela Corte quando a decisão tende a desagradar o governo ou as elites políticas; as garantias institucionais de independência judicial, a cultura jurídica e fatores conjunturais, relacionados à unidade ou à fragmentação da base governista, tendem a influenciar na decisão das Cortes; a atuação dos Tribunais Constitucionais nos países latino-americanos possuem grande complexidade, e a sua real

capacidade de melhorar as condições democráticas é muito mais limitada do que teorias constitucionais *standard* sugerem.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais. América Latina. Poder Executivo. Comportamento estratégico. Democracia.

Abstract

This paper has a purpose to investigate what is the role of the Constitutional Courts in Latin America, considering institutional and regional peculiarities of the different countries, as well as their more or less democratic contexts. From this resource, it analyzes, specify, how the region's Constitutional Courts behave when confronted with political interests and political elites, what are their peculiarities and similarities, how they are shaped by their institutions, their legal culture, their contexts, and their interrelationship with the other Branches. To achieve its objectives, a research is developed based on the choice of a critical-methodological line, based on studies of political science and comparative analysis. In the end, it can be concluded that in Latin America, given the presidential systems adopted, there is great potential for Constitutional Courts to confront the President to strike a balance between the Branches; a strategic calculation is often performed by the Court when a decision is to displease the government or as political elites; how institutional guarantees of judicial independence, a legal culture and conjunctural factors, related to the unity or fragmentation of the government base, may influence the decision of the courts; the role of the Constitutional Courts in Latin American countries is highly complex, and their real ability to improve democratic conditions is much more limited than the standard constitutional theories have suggested.

Key-words: Constitutional Courts. Latin America. Executive Branch. Strategic Behavior. Democracy.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Grande parte dos estudos contemporâneos sobre Tribunais Constitucionais e controle de constitucionalidade se desenvolvem a partir de teorias constitucionais que consideram os contextos estadunidense e/ou europeu, extraindo conclusões para problemas teóricos ancorados em situações ideais. Contudo, essas teorias constitucionais *standard* costumam ser subcomplexas para investigar o papel das Cortes Constitucionais em democracias mais recentes ou mais frágeis. Nesse contexto, é possível observar que elas geralmente não dão respostas satisfatórias para os problemas vivenciados, por exemplo, pela maioria dos países latino-americanos.

Com essa perspectiva, não se pretende minimizar a importância dos estudos de direito constitucional que buscam delimitar os espaços de atuação do Judiciário.

Mas talvez seja mais produtivo analisar se, na América Latina, as Cortes Constitucionais estão conseguindo cumprir uma das suas funções principais, qual seja, a de contrabalancear o poder concentrado no governo central e melhorar as condições democráticas de atuação das instituições políticas, dentro de determinado tempo e contexto.

É nesse espaço ainda pouco explorado que se desenvolve a presente pesquisa. Assim, com base numa perspectiva dinâmica e contextualizada, este artigo pretende investigar as condições em que as Cortes Constitucionais atuam na América Latina, considerando as peculiaridades institucionais e regionais dos diferentes países, bem como os seus contextos mais ou menos democráticos. Nesse ínterim, busca-se analisar como os Tribunais Constitucionais latino-americanos se comportam quando confrontados com interesses governistas e de elites políticas, quais são suas peculiaridades e semelhanças, como são moldados por suas instituições, sua cultura jurídica, seus contextos, bem como pela sua inter-relação com os demais Poderes.

A fim de atingir os seus objetivos, a pesquisa se desenvolve com base na opção de uma linha crítico-metodológica. A partir de estudos da ciência política, pesquisas empíricas realizadas por outros autores e análises comparativas, buscar-se-á investigar qual é o novo papel das Cortes Constitucionais na América Latina, e como elas atuam quando precisam enfrentar o governo central, diante da possibilidade sempre iminente de descumprimento, direto ou indireto, retaliação ou reversão.

Assim, inicia-se este artigo abordando qual é o novo papel das Cortes Constitucionais no constitucionalismo latino-americano, quais são as adversidades que comumente enfrentam e quais os seus desafios. A seguir, busca-se analisar como se dá a interação dos Tribunais Constitucionais com o Poder Executivo e a classe política, como ocorre a aferição pela Corte dos custos associados a tais reações, bem como se isso pode moldar o comportamento do Tribunal ao decidir ou não contra as preferências do governo. Também se analisa como o comportamento dos membros da Corte pode ser influenciado pela cultura jurídica e por questões institucionais, tais como a forma de sua composição, de indicação dos seus juízes, o tempo de mandato, as suas garantias, dentre outros aspectos. São objeto de investigação, ainda, o ambiente ou o contexto em que as Cortes Constitucionais operam, tais como o controle político-partidário do parlamento pelo governo, a tendência de concentração de poder no governo central, o histórico de restrições aos demais Poderes

Constituídos pelo chefe do Executivo, a tendência de que as Cortes Constitucionais de países latino-americanos entrem em confronto com o governo central, para limitar o poder do Presidente e garantir o equilíbrio entre os Poderes.

Enfim, a presente investigação pretende ser um convite à reflexão sobre o novo papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais na América Latina, a partir de uma perspectiva dinâmica e contextualizada, na sua inter-relação com os demais atores políticos, em seus respectivos contextos, buscando-se lançar novas luzes sobre o constitucionalismo latino-americano.

2. O NOVO PAPEL DAS CORTES NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DIFICULDADES E DESAFIOS

O estágio atual de estudos sobre o papel dos Tribunais Constitucionais latino-americanos na política foi precedido por quatro estágios anteriores, como aponta Matthew Taylor (2014, p. 1), quais sejam: a primeira onda, focada em reformas judiciais e efeitos dos tribunais sobre o desenvolvimento econômico; a segunda, que colocou ênfase no legado do autoritarismo relacionado à justiça; a terceira, que se dedicou a estudar a contribuição dos tribunais à justiça social; e a quarta onda, focada na política judicial e na judicialização da política. No estágio atual (que se poderia chamar de quinta onda), há diversos pesquisadores da América Latina estudando o papel dos tribunais na formulação de políticas na região.¹

Fora dos países da América do Norte e da Europa Ocidental, é possível observar que os Tribunais Constitucionais encontram outros contextos institucionais, com muito mais adversidades, razão pela qual a sua atuação e os seus riscos devem receber também um outro olhar.

Em democracias mais jovens com contextos políticos mais instáveis, os

¹ “Correspondingly, scholars of Latin America are increasingly analyzing the role of courts in policymaking throughout the region. This recognition of courts’ policy relevance builds on four previous waves of political science research on courts in the region (Kapiszewski and Taylor 2006, 1–2): a first wave focused on judicial reforms (for example, Hammergren 1998, 2007; Prillaman 2000; Ungar 2002) and courts effects’ on economic development (for example, Buscaglia and Ulen 1997); a second wave focused on the justice-related legacy of authoritarianism (for example, McAdams 1997; Barahona De Brito et al. 2001); a third wave focused on courts’ contribution to social justice (for example, Méndez et al. 1999; O’Donnell 1994); and, finally, a wave focused on judicial politics (for example, Chavez 2004; Hilbink 2007) and the ‘judicialization’ of politics (for example, Gloppen et al. 2004, Sieder et al. 2005)” (TAYLOR, 2014, p. 1).

Tribunais Constitucionais se encontram em posições mais arriscadas e são chamados a arbitrar conflitos de natureza eminentemente política, sobretudo quando as instituições competentes estão enfraquecidas ou entrincheiradas. Nessa perspectiva, ocupam um papel mais central do que em democracias mais maduras,² ao mesmo tempo em que são maiores os riscos que enfrentam e mais complexa é a sua atuação.

Desse modo, para analisar a questão da revisão judicial em países da América Latina, não são suficientes proposições altamente abstratas ou que considerem apenas os problemas de contextos institucionais de democracias mais maduras, como a estadunidense.³ Ao contrário, analisar o papel dos Tribunais Constitucionais nas democracias latino-americanas exige investigar, também, toda a complexidade em que eles estão inseridos, as suas dificuldades e seus desafios.

Nessa perspectiva, é preciso considerar, a princípio, que a concepção clássica de separação de poderes não pode ser colocada como um critério normativo e institucional transcendente e irretorquível, como se qualquer outro desenho institucional não pudesse ser admitido⁴ ou fosse algo inconstitucional e antidemocrático. Dentro de uma perspectiva crítica e reflexiva, não se pretende seguir estritamente o modelo clássico de separação de poderes – tampouco propor um novo modelo –, senão utilizá-lo como um parâmetro, a fim de avaliar a dinâmica de como as instituições reais se comportam, como elas se aproximam ou se distanciam desse

² “I argue that the growing literature has great potential to expand our thinking about the relationship between democracy and law, particularly outside the relatively stable North American and western European contexts that have informed most theorizing to date. In more unstable environments, courts find themselves in more risky positions, but also may be called on to perform essential governance functions when other institutions are weak or ineffective. These courts thus may have more constraints but also more opportunities for innovation than do their counterparts in stable democratic environments. Instability requires careful consideration of the role of time, as judicial power can ebb and flow in response to particular circumstances” (GINSBURG, 2012, p. 720).

³ A esse respeito, Ran Hirschl (2000, pp. 440/441), criticando alguns autores como Mark Tushnet, afirma que, ao se analisar a revisão judicial, não se pode considerar apenas o contexto abstrato ou o contexto institucional dos Estados Unidos. Seria necessário considerar os contextos políticos e judiciais de cada país.

⁴ “Este livro defende que as críticas à ‘judicialização da política’ e à ‘insegurança jurídica’ são pautas conservadoras que tendem a transformar a separação de poderes, segundo suas feições clássicas, em um critério normativo transcendente para denunciar a suposta falta de qualidade de nossas instituições. Como se não fosse possível desenhar o Estado de outra maneira e como se toda mudança em tal desenho fosse indesejável e inadequada *prima facie*. Evidentemente, podemos criticar o desempenho atual das instituições e do Judiciário pelas mais diversas razões. Mas o que me parece inadequado em uma sociedade democrática é congelar os seus modos de agir e seu papel na separação de poderes ao ditar regras para a realidade a partir da teoria do direito ou da teoria política. O conceito de separação de poderes em suas feições clássicas e os modelos de racionalidade judicial não são algo a ser necessariamente preservado. Tais conceitos devem ajudar a refletir sobre a dinâmica institucional real e avaliar os rumos que ela eventualmente esteja tomando, tendo em vista os interesses em conflito na sociedade civil. Não devem ser valorizados em si mesmos, mas em função de sua gênese e de seu devir conflitivo” (RODRIGUEZ, 2013, pp. 20/21).

modelo, quais as consequências disso para o Estado e para a sociedade e quais os rumos institucionais dos diversos países numa perspectiva comparada.

Ao abordar as problemáticas da atuação dos Tribunais Constitucionais e da expansão da jurisdição constitucional, grande parte dos estudos constitucionais estadunidenses, com foco mais normativo, põe ênfase na chamada “dificuldade contramajoritária”⁵, colocando a democracia e o ativismo judicial em tensão. Todavia, nos países latino-americanos, os problemas democráticos são muito maiores e mais complexos do que o da “dificuldade contramajoritária”.

Aliás, há diversos incentivos para que as decisões de Tribunais Constitucionais sejam convergentes com a opinião da maioria.⁶ Com efeito, decisões contramajoritárias podem desgastar a imagem da Corte e diminuir o seu capital político, bem como dificultar o cumprimento da decisão judicial.

Portanto, em países da América Latina, a dificuldade contramajoritária está longe de ser o principal problema democrático vivenciado pela atuação dos Tribunais Constitucionais.

Então, para entender o papel dos Tribunais Constitucionais nas democracias latino-americanas, é imprescindível conhecer os contextos em que atuam, os problemas que enfrentam e os seus desafios.

Do ponto de vista empírico, observa-se que, nos países latino-americanos, a redemocratização foi seguida de um aumento do poder dos Tribunais Constitucionais e de um avanço das suas decisões sobre questões políticas e de implementação de direitos fundamentais. Com isso, não se pretende negar essa tensão entre democracia e ativismo judicial, ou entre democracia e constitucionalismo, senão colocar um ponto de interrogação na aplicabilidade das teorias que tem na sua base o contexto dos países do Norte ou que pressupõem contextos ideais de democracias mais

⁵ Trata-se de expressão cunhada e desenvolvida por Alexander Bickel (1986), que norteia grande parte das críticas direcionadas por constitucionalistas à revisão judicial de disposições normativas aprovadas por majorias parlamentares.

⁶ “A literatura indica alguns fatores que podem ser fortemente indutores de uma convergência entre a opinião da maioria e os julgamentos das cortes constitucionais. São eles: i) o critério político de seleção dos membros das cortes; ii) a sujeição dos ministros às mesmas influências, valores e tendências ideológicas a que se encontra sujeita a população de um modo geral; iii) a importância de preservar a credibilidade e a legitimidade do tribunal como instituição, tendo em vista que nenhum poder é capaz de se manter sistematicamente em desalinho com a opinião pública sem se colocar em risco; iv) a ocorrência de um diálogo social, por meio do qual decisões judiciais fortemente rejeitadas tendem a ser revistas; v) a preocupação dos ministros de uma suprema corte com a opinião pública como grupo de referência, seu desejo de reconhecimento, suas eventuais aspirações profissionais futuras” (MELLO, 2017, p. 420).

desenvolvidas e estáveis.⁷

Considerando estudos empíricos em diversos países, não é possível afirmar que Cortes Constitucionais sempre tiveram um papel ativo na transição democrática ou que sempre atuaram para recrudescer a democracia.⁸ Contudo, autores que analisam o papel efetivamente desempenhado pelo Judiciário nas democracias da América Latina, como Gretchen Helmke (2011, p. 27-54), sugerem que os Tribunais atuaram, predominantemente, na consolidação da transição democrática e em apoio às diversas concepções de democracia. Esses estudos que focam em aspectos empíricos sobre a atuação das Cortes Constitucionais na consolidação democrática comumente põem em segundo plano as questões envolvendo a dificuldade contramajoritária e buscam, primariamente, investigar as funções dos Tribunais na governança democrática, analisando, sobretudo, como eles complementam instituições políticas.⁹

Assim como ocorreu, de forma geral, em âmbito mundial, o aumento dos papéis das Cortes Constitucionais em questões políticas também é um fenômeno que pode ser observado nos países latino-americanos. Ao mesmo tempo, as constituições que se sucederam nesses países também aumentaram, em geral, a independência e o poder jurídico dos Tribunais Constitucionais, sendo possível observar um fortalecimento no plano institucional. Como aponta a pesquisa empírica de Julio Ríos-

⁷ "In addition, thinking about courts from a broader governance perspective-as 'one governing institution among many' (Shapiro 1964, 6)- shifts the focus away from abstract theory of what courts should do and toward empirical evaluation of what courts actually do. This is particularly important in transitional situations. While the normative literature on law, under the rubric of the countermajoritarian difficulty, has tended to treat democracy and judicial power as in some tension, casual empiricism suggests that democratization has been accompanied or paralleled by judicialization in many countries, including the creation of many new courts and the empowerment of old ones. This has led to a new diversity in the domains in which courts are active, with many new roles and approaches." (GINSBURG, 2012, p. 721)

⁸ "In this article, I identify four broad roles that courts can play in democratic transition. Sometimes, they serve as agents of the past, policing a transition or even preserving policies of the authoritarian regime. Sometimes, they act as agents of the future, helping transform the political process and encouraging the consolidation of democracy. On rare occasions, courts trigger the democratization process itself, encouraging mobilization and tipping the regime into transformation. These critical junctures shape subsequent institutional structures and environments profoundly. Finally, courts can be simply marginal players who neither facilitate nor hinder a transition to democracy" (GINSBURG, 2012, p. 739).

⁹ "In short, scholars are using a variety of methodologies to understand the wide range of roles of courts in democratic consolidation. My temporal account of the different roles courts play over time through democratic transition suggests that the consolidation function, in which courts work in support of various conceptions of democracy, is predominant. Scholars seem to be attracted to stories of judicial empowerment, and the consolidation of democracy involves an expansion in judicial power and relevance, in a wide range of arenas. The full effect of the positive literature is to put to rest the idea of the countermajoritarian difficulty. Myriad judicial roles are consistent with vigorous democratic governance, as judges both complement and supplement other political institutions" (GINSBURG, 2012, p. 735).

Figuroa (2011, pp. 28/32/33), todos os dezoito países da América Latina, exceto Cuba, vivenciam um aumento da independência e do poder jurídico de seus juízes constitucionais desde 1945.

Nas últimas décadas, os Tribunais Constitucionais passaram a ocupar um papel central na política latino-americana.¹⁰ Hodiernamente, entram na pauta de julgamento das Cortes Constitucionais questões como a distribuição de poder entre atores políticos, políticas governamentais e diversos temas relacionados a direitos humanos. Em razão de tudo isso, fica claro que o papel dos Tribunais Constitucionais na América Latina passou por grande transformação, ainda que sob críticas e represálias em diversos casos.

Essa nova imagem dos Tribunais Constitucionais dos países latino-americanos, construída sobretudo nas três últimas décadas, sobrepõe-se à antiga percepção de que os Tribunais seriam conservadores, fracos, ineficientes, que foram subservientes ou desmontados pelas ditaduras militares, que foram incapazes de tomar decisões contra governos e governantes¹¹ – ainda que vários problemas persistam ou tenham ganhado novos contornos.

As constituições promulgadas no período pós-ditadura na América Latina, na sua maioria, estabeleceram garantias formais de independência, a fim de reduzir a pressão política, bem como previram instrumentos de revisão judicial. O resultado

¹⁰ “Courts are central players in Latin American politics. Throughout the region, judges now shape policies that were once solely determined by presidents and legislators. Over the last two decades, courts have been asked to decide a litany of hot-button social, political, and economic questions. Whether reelection should be permitted, executive powers expanded, emergency economic measures upheld, presidents impeached, human rights abuses prosecuted, divorce and abortion permitted, foreign wars supported, and AIDS medication made available, these are the sorts of major policy issues now being decided by Latin American judges. As the list of areas in which courts intervene has grown, the judiciary has emerged as one of the most important – if still deeply contested – institutions in posttransition Latin American politics” (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, p. 1).

¹¹ “Such developments are sharply at odds with the long-standing image of Latin American courts. Weak, ineffective, dependent, incompetent, unimportant, powerless, decaying, parochial, conservative, and irrelevant – these were the adjectives used by scholars to describe the region’s judicial systems for most of the twentieth century. Under dictatorship, courts were a frequent casualty of regime change, and judiciaries were largely dismissed by scholars as pawns of de facto governments. But even as democracy took root, many of the same problems identified with courts under authoritarianism – executive dominance, conservative legal philosophy, lack of adequate infrastructure, lack of public trust and support, and ongoing political instability (cf. Verner 1984) – seemed to persist. Carlos Menem’s notorious packing of the Argentine Supreme Court in 1990 and the string of highly questionable judicial decisions that followed led observers to conclude that checks and balances in Latin America were frustratingly elusive (Larkins 1998). Conversely, scholars warned that even if judges enjoyed independence, the conservative legal philosophy and bureaucratic mind-set rooted in the civil law legal tradition (cf. Merryman 1985) prevented Latin American judges from protecting individual and human rights. This was the main lesson provided by the Chilean Supreme Court (Couso 2002; Hilbink 2007)” (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 1/2).

disso foi a ampliação dos papéis das Cortes Constitucionais em questões políticas.¹²

Entretanto, é preciso reconhecer que, mesmo após a transição de um regime ditatorial para um democrático, o caminho não é sempre progressivo. Crises, instabilidades e retrocessos também são comuns nesse processo. Além disso, empiricamente, observa-se que crises nem sempre trazem ganhos em termos democráticos.¹³

De outro lado, analisando-se a complexidade que cerca a questão, não se pode desenhar uma imagem estanque das Cortes Constitucionais latino-americanas. Ao mesmo tempo em que não se pode dizer que os tribunais são órgãos inteiramente subservientes, não seria correto afirmar que estejam indenés à classe política. Além disso, a avaliação sobre a atuação de um Tribunal Constitucional pode mudar ao longo do tempo.

Dessa forma, é imprescindível analisar quais são os novos papéis desempenhados pelas Cortes Constitucionais na América Latina quando precisam enfrentar o poder do governo central, dentro do contexto e das peculiaridades de cada país.

3. CORTES CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANAS EM QUESTÕES POLÍTICAS: ATIVISMO JUDICIAL OU COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO?

¹² “Yet, as scholars began to look more closely at the region’s courts, they also began to realize that not all the news was bad. First, the increasing social demand for greater accountability (Peruzzotti and Smulovitz 2006, 10) began to spill over into a demand for courts to insert themselves into the very sorts of political controversies listed earlier. This suggested that judges could and should play an important role in shaping society, allocating resources, and keeping governments in check, even if reality often falls short of expectations. Second and related, although conceptions of the role of judges in a democracy have been slow to change, an ideological shift has clearly been underway. The global doctrine affirming that human rights constitute the central category of constitutionalism has gradually been incorporated into the legal curriculum (Pérez-Perdomo 2006, 102–113; Couso, forthcoming; see also Chapter 4). Third, as Ríos-Figueroa carefully elaborates in Chapter 1, Latin American judges now enjoy greater formal institutional protections than ever before. At the same time, they also have been granted an expanded portfolio of legal instruments of constitutional control. This blend of more insulation from political pressure and a growing capacity to influence policy is considerably greater than what existed in the recent past” (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 1/2).

¹³ “Moreover, the transition or consolidation process is not always a progressive one. It is sometimes a process of loss and not of gain. Nations slip-slide back and forth between progress and disaster. Democratic development often depends on economic, social, and political factors that are beyond the control of courts (Argentina is a good example). But, of course, courts also have a role to play in resolving some of these issues” (STOTZKY, 2005, pp. 145/146).

Do ponto de vista empírico, houve e continua havendo uma série de ataques políticos às Cortes Constitucionais na América Latina¹⁴, para reduzir seus poderes, remover seus juízes ou, de alguma forma, tentar enfraquecê-las, sempre que elas representam entrave ou empecilho para a implementação da agenda governista.¹⁵ Esses ataques continuaram mesmo após o fim do período de ditaduras militares na região.¹⁶

A esse respeito, Juan Carlos Rodríguez-Raga (2011, p. 81), em pesquisa realizada na Colômbia, conclui que há evidências empíricas acerca da existência de comportamento estratégico do Tribunal Constitucional colombiano na sua interação com o Poder Executivo. Demonstra que, concretamente, há avaliação pela Corte Constitucional acerca do contexto político em que toma suas decisões, com análise consequencialista sobre possíveis reações adversas do Executivo, bem como aferição dos custos associados a tais reações, o que molda a probabilidade de o Tribunal decidir ou não contra as preferências do governo. Assim, se a decisão judicial tende a desagradar o Executivo ou a classe política, esse é um fator – em maior ou menor grau – sempre relevante no cálculo estratégico que antecede a decisão da Corte

¹⁴ “Throughout the twentieth century, Latin American judiciaries have all too frequently been the casualty of regime change, with judges resigning en masse whenever dictators displaced democrats and vice versa. In Argentina, for example, judges were the victims of regime instability in 1946, 1955, 1966, 1973, 1976, and 1983. In Bolivia, political instability under the specter of military rule led to the reshuffling of the Supreme Court some seventeen times over four and half decades (1936, 1940, 1941, 1944, 1946, 1948, 1952, 1957, 1961, 1964, 1967, 1972, 1974, 1978, 1979, 1980, and 1982). Even under Mexico’s relatively stable single-party rule, the Court was subject to constant manipulation by incoming governments. Mexico’s Supreme Court was completely dissolved and re-constituted in 1934, 1940, and again in 1994 with the latest wave of reforms. Despite life tenure provisions, the majority of presidents during that time appointed more than 50% of the justices to the bench” (HELMKE, 2010, pp. 400/401).

¹⁵ “Nevertheless, in many Latin American countries, the historical legacy of weak judicial institutions has been hard, if not impossible, to overcome. As several of the chapters in this volume attest, throughout the region, judges continue to face threats ranging from impeachment and forced resignation to court packing and en masse purges. Drawing on a new data set on interbranch crises compiled by Helmke (2009), Helmke and Staton (Chapter 11) identify more than fifty instances of threats or attacks on the survival of high-court judges in the region between 1985 and 2008. Such assaults range from Menem’s court packing and Fujimori’s dissolution of the supreme court to the impeachment of judges in Ecuador under President Gutiérrez, Hugo Chávez’s efforts to remake the Venezuelan Supreme Court, and Evo Morales’s assault on Bolivia’s Supreme and Constitutional courts (cf. Chapter 10)” (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 2/3).

¹⁶ “Interestingly, however, in many Latin American countries, the pattern of juridical instability has continued or even increased following the advent of democracy. In Argentina, Bolivia, and Ecuador, for instance, courts have continued to be targeted for removal or packing by nearly every recent democratic government. From Carlos Menem’s infamous court-packing scheme in 1990, to Lucio Gutiérrez’s ill-fated attempt to remove all thirty-one judges on the Ecuadorian Supreme Court in 2005, to Evo Morales’s nearly constant harassment of the Bolivian judiciary since his election in 2006, executives routinely concentrate their energies on attacking sitting judges. In other well-known instances, including Alberto Fujimori’s self-coup in Peru in 1992, Jorge Serrano’s unsuccessful effort to stage a self-coup the next year in Guatemala, and Hugo Chavez’s attempts to consolidate his power through constitutional change in 1999, courts are often pulled into larger institutional battles” (HELMKE, 2010, p. 401).

Constitucional.

Além disso, há evidências empíricas de que a popularidade do Presidente comumente torna mais difícil a revisão judicial (RODRÍGUEZ-RAGA, 2011, p. 95), bem como de que os entraves impostos à revisão judicial aumentam na medida em que o Presidente possui mais apoio no Congresso, comparativamente às situações em que há fragmentação política. Isto é, o controle político-partidário do Congresso pelo governo dificulta a autonomia judicial.¹⁷

Em pesquisa empírica realizada na Argentina e no Chile, Druscilla Scribner (2011, p. 268) observou que as Cortes Constitucionais de ambos os países exercem mais controle do Executivo nos contextos de governo democrático dividido ou fragmentado, se comparado aos contextos de governo democrático unificado.¹⁸

De forma semelhante, Arianna Sánchez, Beatriz Magaloni e Eric Magar (2011, p. 193) mostram que, no México, a fragmentação do poder político também fomenta um ativismo da Corte Constitucional, na medida em que os políticos levam os seus desacordos ao Tribunal Constitucional e, por conseguinte, há uma expansão dos poderes decisórios do Tribunal.¹⁹ No entanto, os autores acrescentam outras

¹⁷ “The spatial theory of supreme court independence sheds light on why particular presidents are able to subordinate the judiciary. The spatial theory indicates that unified party control of the executive and legislative branches hinders judicial independence in presidential systems. Unified government under a single dominant party can denude the judiciary of its autonomy and therefore of its capacity to act as a check on the other branches of government. When the president’s party controls a majority in congress, the executive and legislative branches together can overrule court decisions or punish judges. Divided government, on the other hand, facilitates judicial autonomy. It permits the legislature to check the president, and vice versa, creating a climate in which an independent judiciary can emerge” (CHÁVEZ; FERREJOHN; WEINGAST, 2011, p. 220).

¹⁸ “With respect to judges’ proclivity to check power, our expectations about political fragmentation enjoy support from both country cases (Table 9.3). In the Chilean case, political fragmentation is positive and significant (model 1). Moreover, the interaction between judicial appointment and fragmentation is significant and positive (model 2). A justice who was not appointed by the current president (or a president of the same political tendency) is 25 percent more likely to check exceptional power with a discrete change to fragmented politics. Moreover, under conditions of fragmented democratic politics (model 3), Chilean judges who are not politically aligned with the president are 31 percent more likely to vote to check executive power than are their colleagues. Similarly, in Argentina, there is some support for a constrained-court approach in the context of cases concerning power. The variable political fragmentation is positive and significant (model 4) – a judge is 14 percent more likely to vote to check power as we move from the context of unified democratic government to divided democratic government. The interactive term is not significant in the Argentinean case. However, in the context of fragmented democratic politics (model 6), judicial appointment is significant and positive: an Argentinean judge who was not appointed by the president is 28 percent more likely to vote to check executive power” (SCRIBNER, 2011, p. 268).

¹⁹ “The spatial model thus predicts a significant expansion of the court’s policymaking powers in constitutional actions after 2000 but not after 1997. The change in the court’s behavior results from both fragmentation of political power in office at the national level and from a shift in the policy preferences of the president relative to the congress and the court. Increased polarization between the executive and legislative branches, and among the majority and minority factions in congress, under conditions of political fragmentation is what has led politicians to take their disagreements to the court and hence to

condicionantes, dizendo que essa fragmentação provavelmente somente levará a um ativismo judicial significativo se também houver dispersão ideológica entre o Presidente e o Congresso, e se o Tribunal estiver posicionado entre esses dois órgãos.²⁰

Embora os juízes da Corte Constitucional tenham mais espaço para decidir contra as elites políticas em contextos de poder político fragmentado, isso não quer dizer que eles o farão. Há diversos outros estudos empíricos que mostram que juízes moderadamente conservadores, mesmo nesses contextos, não avançaram para tomar decisões contra o governo. Por exemplo, Druscilla Scribner (2011, pp. 268/269) mostra que, no Chile, a fragmentação do poder político teve pouco impacto para as decisões da Suprema Corte em matéria de proteção de direitos fundamentais, onde prevaleceu o comportamento conservador dos juízes do Tribunal Constitucional.²¹

Portanto, os espaços deixados pelos demais Poderes Constituídos não são os únicos fatores determinantes para a intervenção da Corte Constitucional na agenda política governista ou para a revisão judicial. Os juízes possuem uma concepção subjacente do seu papel no exercício do controle de constitucionalidade. Como a cultura jurídica pode mudar, o próprio papel e a atuação dos Tribunais variam no tempo e nos diferentes contextos.

Há estudos empíricos que demonstram que diversas Cortes Constitucionais passaram da cultura baseada no quietismo (*quietism*) para a do ativismo judicial. Isto é, um maior ativismo judicial, a depender dos contextos, pode não estar ligado simplesmente ao fato de que a Corte Constitucional possui mais independência em relação ao governo, senão à mudança da cultura jurídica, referente à predisposição

the expansion of court policy-making powers (Gates 1987; MacDonald and Rabinowitz 1987)” (SÁNCHEZ; MAGALONI; MAGAR, 2011, p. 193).

²⁰ “The theory produces several predictions about the Mexican court’s behavior and its role in the system of checks and balances. Fragmentation of political power in office is likely to lead to court activism only if (1) there is ideological dispersion between the president and congress and (2) the court is positioned between both branches. If the court is positioned on the right (left) next to the president or to the left (right) next to congress, we should not expect significant expansion of court powers even under divided government” (SÁNCHEZ; MAGALONI; MAGAR, 2011, p. 188).

²¹ “Although fragmentation of politics seems to be an important factor affecting the probability of judicial decisions checking power and appears to work interactively with political appointment in Chile, the same cannot be said in the context of ensuring rights. The theory suggests that political fragmentation will be associated with a greater probability that a judge will ensure rights and also that the interaction with judicial attitudes would be positive and significant. These expectations are not met (models 7–8 for Chile and 10–11 for Argentina). When the analysis is restricted specifically to conditions of political fragmentation (models 9 and 12), judicial attitude is significant and positive only in the Argentinean case. A liberal Argentinean judge is 15 percent more likely to vote to ensure rights than a conservative judge. Thus, in general, fragmentation does not appear to be a significant predictor of decision making on rights cases” (SCRIBNER, 2011, pp. 268/269).

cultural para assumir esse papel (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, p. 17).

Além disso, as instituições também moldam o ambiente em que as Cortes Constitucionais operam. As regras específicas sobre a composição dos Tribunais Constitucionais, a forma de indicação dos seus juízes, o tempo do mandato, as suas garantias formais, os mecanismos de sua remoção, as competências das Cortes, os instrumentos de provocação, a facilidade (ou não) de acesso, os atores que podem ingressar com a ação para postular direitos, por exemplo, são questões institucionais que podem ser determinantes para a forma de atuação das Cortes Constitucionais. Essas instituições formais, moldadas pelas constituições, também são relevantes para indicar se os juízes constitucionais gastarão mais tempo arbitrando conflitos entre órgãos políticos, nos diferentes níveis de governo, ou se dedicando a efetivar direitos fundamentais.²²

Outra questão relevante a ser considerada é que os sistemas presidencialistas adotados pelos países latino-americanos possuem forte tendência de concentração de poder. Na maioria das Constituições latino-americanas, há previsão de edição de decretos pelo Presidente, seja decretos executivos (previsão constitucional de o Presidente editar decretos sobre determinadas matérias) ou decretos delegados (por delegação do Parlamento ao Presidente), o que pode servir de instrumento para excluir ou mitigar a participação do Parlamento nas políticas do governo.²³ Além disso, nos presidencialismos latino-americanos, também existe um histórico de restrições aos demais Poderes Constituídos pelo chefe do Executivo.²⁴

²² "More recent institutional arguments point to specific institutional features within the two broad dimensions of independence and power to explain why and to what extent constitutional judges tend to devote relatively more time to arbitrating conflicts between branches and levels of government or to upholding rights" (RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 27/28).

²³ "A central measure of judicial effectiveness resides in the judicial review of executive acts by constitutional courts. Judicial review powers are particularly important indicators of judicial performance in Latin America where most new and restored democracies have opted for presidential systems of government relying heavily on executive decrees to govern. This method of government has been resorted in response to economic crises, which have been recurrent in Latin America in the last two decades since the restoration of democracy in the early-mid 1980s, as it allowed for decisive policy making. In some cases, the legislature willingly delegated its law-making powers to the executive (delegated decree authority). In other cases, the constitution provided the executive with the right to rule by decree (constitutional decree authority), a prerogative often abused by impatient governments in centralized presidential systems. In constitutional terms, executive decrees are often at the fringe of legality and have been compared to a de facto usurpation of legislative powers" (SANTISO, 2005, p. 121).

²⁴ Embora se faça uma crítica a esse modelo, é importante ressaltar que nada indica que um sistema parlamentarista seria a solução para os problemas da região, tampouco para os vivenciados no Brasil. Um sistema parlamentarista poderia tornar o Congresso Nacional brasileiro ainda mais servil aos interesses pessoais de seus próprios membros. A esse respeito, Juliano Zaiden Benvindo, ao analisar

Desse modo, é comum que o presidente tenha superpoderes e que trabalhe para concentrar ainda mais poder, em detrimento do Poder Legislativo, que resta enfraquecido.²⁵ Com isso, há sempre um grande potencial para que Cortes Constitucionais de países latino-americanos entrem em confronto com o governo central, no sentido de limitar o poder do Presidente e garantir o equilíbrio entre os Poderes.

Talvez o grande exemplo disso seja o emblemático caso venezuelano, com problemas que se renovam e se arrastam ao longo do tempo.²⁶ Na Venezuela, o Presidente Nicolás Maduro, depois de uma crise institucional ocorrida em 2017, passou a não mais reconhecer os membros do *Tribunal Supremo de Justicia*, os quais buscaram exílio em outros países – esses juízes exilados passaram a integrar o que autodenominam de *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en el exilio*.²⁷ Em seu lugar, Maduro nomeou juízes que apoiam o seu governo. Ocorre que esse Tribunal Constitucional, na atual composição, tem sido subserviente ao regime de Maduro, dando respaldo aos seus diversos atos antidemocráticos e de abuso do poder presidencial. A título de exemplo, em 31/5/2017, o *Tribunal Supremo de Justicia* em exercício declarou legítima a possibilidade de Maduro convocar uma nova Assembleia Nacional Constituinte sem referendo (PRESSE, 2017), composta apenas com apoiadores do seu governo²⁸ – posteriormente, cedendo a pressões populares, da

a promessa de maior estabilidade do parlamentarismo, questiona: “Stability for Whom?” (BENVINDO, 2017).

²⁵ Há evidências de que Legislaturas na América Latina somente conseguiram restringir ou se contrapor ao abuso do poder presidencial, em situações de extrema concentração de poder, quando houve apoio da sociedade civil. Nesse sentido, por exemplo, Kathryn Hochstetler: “Al afirmar una inesperada fortaleza de las legislaturas, este artículo también muestra que los legisladores pueden ejercer su poder contra los presidentes sólo con aliados en la sociedad civil” (HOCHSTETLER, 2008, p. 69).

²⁶ “We see a similar failed attempt by a court to check an abusive process of constitutional replacement in Venezuela. This controversy emerged most clearly in the litigation surrounding referendum questions for a new constitutional assembly. A critical question asked whether voters authorized newly elected President Hugo Chavez to personally determine ‘the bases of the electoral procedure in which the National Constituent Assembly will be elected’. The court struck this provision down and held that the assembly would not reflect ‘the true popular will’ if voters were forced to vote on an electoral procedure without knowing what it was. The court issued a follow-up decision clarifying that the National Constituent Assembly was ‘bound to the spirit of the constitution in force’. President Chavez easily circumvented both of these decisions, however, by writing the electoral rules in a way that helped ensure that he could dominate the Assembly and later declaring that a National Constituent Assembly dominated by his supporters stood above the existing constitution. Ultimately, therefore, the court failed to block Chavez in his attempt to unilaterally fashion the constitutional rules of the game” (PARTLETT, 2015, p. 936).

²⁷ Os juízes do *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en el exilio* se encontram exilados na Colômbia, no Chile, nos Estados Unidos e no Panamá e se encontram virtualmente uma vez por semana, pela rede mundial de computadores.

²⁸ “[...] desde agosto de 2017, a Assembleia Constituinte da Venezuela, formada exclusivamente por chavistas, assumiu a ‘competência para legislar’ e ‘ditar atos parlamentares em forma de lei’. Essa

oposição e de organismos internacionais, a Constituição elaborada por essa Assembleia Constituinte foi submetida a referendo popular e, no escrutínio dos cidadãos, não foi aprovada²⁹. A Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 21/8/2018, reconheceu como ilegítimo o Tribunal Supremo de Justiça em exercício na Venezuela (PRESSE, 2018).

O caso da Venezuela talvez represente uma situação de autoritarismo mais agudo do Poder Executivo. Mas tal problema também tem sido recorrente em outros países latino-americanos. O Equador, por exemplo, também tem sido palco de autoritarismo do Chefe do Executivo, inclusive com controle sobre o Tribunal Constitucional.

Evo Morales foi eleito Presidente do Equador em dezembro de 2005, tendo assumido o poder em 22 de janeiro de 2006. Em 2009, no entanto, passariam a ficar evidentes as suas medidas para se perpetuar no poder. No referido ano (2009), Morales articulou uma mudança constitucional a fim de estabelecer a possibilidade de reeleição para o cargo de Presidente, em até mais dois mandatos consecutivos, de cinco anos cada. Em 2016, a fim de se perpetuar no poder, o grupo político de Evo Morales convocou referendo para modificar a Constituição do país e permitir que o Presidente pudesse concorrer ao quarto mandato consecutivo. Tal estratégia, contudo, não teve sucesso, pois foi rejeitada pela maioria dos eleitores no referendo. Contudo, ainda assim, Morales não desistiu e, em 2017, recorreu ao Tribunal Constitucional da Bolívia, que autorizou que o Presidente pudesse concorrer novamente nas eleições seguintes para presidente, fundamentando que os direitos políticos, estabelecidos na Constituição, devem prevalecer sobre os dispositivos que limitam o número de reeleições ao cargo³⁰. Em razão disso, a Corte Constitucional foi

Assembleia é chamada de 'fraudulenta' pela oposição e não reconhecida por vários países" (PRESSE, 2018).

²⁹ "Venezuela ha dicho 'no' a la reforma constitucional de Hugo Chávez. Por un estrechísimo margen, 50,7% frente a 49,2%, los opositores al presidente venezolano le han infligido su primera derrota en las urnas en sus nueve años de Gobierno, rechazando una reforma que le hubiera dado un poder casi ilimitado. Con el 88% de los votos escrutados, Chávez ha comparecido para reconocer la victoria 'pírrica' de la oposición, pero no ha dado por perdida la guerra. Según él, las reformas han fracasado 'por ahora' y 'siguen vivas', lo que sugiere que podría intentar ponerlas en marcha más adelante" (PEREGIL, 2017).

³⁰ "En conferencia de prensa, este martes, el magistrado del TCP Macario Cortez explicó que se decidió 'declarar la aplicación preferente' de los 'derechos políticos' por encima de los artículos de la Constitución que limitan la cantidad de veces que una persona puede ser reelecta. El fallo se produce debido a que el partido de Evo Morales, el Movimiento al Socialismo (MAS), presentó un recurso abstracto de inconstitucionalidad contra la limitante constitucional a los mandatos consecutivos. Este fallo, además, se declaró 'inconstitucionales' a los artículos de la ley electoral boliviana que limitaban la cantidad de periodos continuos que puede tener cualquier autoridad boliviana elegida por voto

acusada de violar o resultado do referendo (RODRIGUES, 2019), bem como de servir ao governo de Morales³¹. Além disso, A decisão da Corte, com a possibilidade de nova reeleição do Presidente, passou a gerar imensa tensão no país. Em 20 de outubro de 2019, em meio à apuração dos votos, as autoridades eleitorais do país suspenderam a “divulgação da contagem de votos do sistema de apuração rápida, que já contabilizava mais de 80% dos votos e que sinalizava a realização de 2º turno entre Morales e o opositor Carlos Mesa, que governou a Bolívia de 2003 a 2005” (RODRIGUES, 2019). Com isso, passou a haver grande preocupação com possíveis fraudes eleitorais. A apuração, então, foi retomada no dia seguinte, mas já apontava que Morales havia conseguido obter uma vantagem de 10 pontos percentuais sobre o outro candidato (Carlos Mesa), o que seria bastante para garantir a Morales uma vitória já em primeiro turno. Em razão disso, diversos protestos tomaram conta do país na semana seguinte, de modo que ao menos três pessoas foram mortas e centenas ficaram feridas em confrontos com a polícia (RODRIGUES, 2019). Em 10 de novembro de 2019, a Organização dos Estados Americanos (OEA) divulgou relatório denunciando manipulações evidentes nos sistemas computadorizados eleitorais. Em razão disso, Morales anunciou que novas eleições seriam realizadas. No entanto, algumas horas depois, o general Williams Kaliman, chefe das Forças Armadas da Bolívia, e Yuri Calderón, comandante da polícia boliviana, exigiram que Morales renunciasse, o que foi efetivamente feito por Morales (RODRIGUES, 2019).

De um lado, o governo Morales representou, no princípio, com a Constituição de 2009, um passo importante para a democracia e a cidadania na Bolívia, ao admitir o pluralismo jurídico, numa coexistência igualitária entre justiça estatal e indígena, como apontam Antonio Carlos Wolkmer e Maria Laura Ronchi³². De outro lado, com

popular, estabelecido em dos (BBC, 2017).

³¹ “Em 2016, os partidários de Morales convocaram um referendo para modificar a Constituição novamente, para permitir que ele concorresse a um quarto mandato em 2019. Mas a proposta foi rejeitada pela maioria dos eleitores por uma margem estreita. Apesar disso, o Tribunal Constitucional determinou em novembro de 2017 que o limite de dois mandatos presidenciais era ‘uma violação dos direitos humanos’, e autorizou uma nova candidatura de Morales. ‘Cabe sinalizar que metade das autoridades do Tribunal Constitucional que habilitaram Morales agora fazem parte do governo boliviano’, ressalta Miranda. O correspondente da BBC lembra ainda que o TSE boliviano foi acusado inúmeras vezes de estar alinhado com o governo - no entanto, muitos membros atuais são os mesmos que anunciaram a derrota do presidente no referendo de 2016” (BBC, 2018).

³² “A Constituição de 2009 ao trazer todas as novidades referidas por Santos, reconheceu a autenticidade da justiça indígena ao admitir o pluralismo jurídico, numa coexistência igualitária entre justiça estatal e indígena. As mudanças visavam romper de forma definitiva com o sistema colonialista, e tendo rompido- ainda que não se considere que tenha sido de forma definitiva - transformou-se num marco para toda a América Latina e consagrou o novo constitucionalismo emancipatório. Gize-se que não se pode afirmar que houve um rompimento definitivo com o colonialismo e capitalismo, mas está

o passar do tempo, passou a representar uma ameaça à democracia, diante da perpetuação do poder.

A par da experiência desses países em que crises institucionais foram precedidas da redução da independência dos Tribunais Constitucionais, há Cortes Constitucionais que, mesmo com maior grau de independência em relação ao Executivo, também contribuíram no agravamento de crises. O Chile, por exemplo, tem vivenciado uma grave crise institucional, que eclodiu em 18 de outubro de 2019, com manifestações populares que tomaram conta do país (MONTES, 2019), diante da baixa proteção de direitos sociais. Com efeito, a baixa proteção social pública, que, por exemplo, levou os aposentados à miséria, tem gerado grande descontentamento da população, o que é apontado como a principal causa dessa grande crise institucional (PRESSE, 2019). E o Tribunal Constitucional chileno possui parte nisso, pois, segundo pesquisas empíricas, embora tenha um nível relativamente elevado de independência em relação ao governo central³³, tem baixa atuação na proteção de direitos fundamentais (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, p. 9).

Essas crises vivenciadas em diferentes contextos, contudo, apontam para um problema comum na América Latina. Como ressalta Enzo Bello (2019, p. 11), “a continuidade e aprofundamento de mazelas históricas, como a pobreza e as desigualdades sociais” geram o “predomínio histórico de certos setores sociais no controle das instituições públicas e privadas”. Conforme o autor, “mesmo após o último ciclo de ditaduras militares, nos anos 80 [...], a estabilidade democrática é algo que as oligarquias latino-americanas não promovem nem respeitam” (BELLO, 2019, p. 11).

As medidas autoritárias e represálias dos chefes do Executivo contra o Judiciário, quando este afronta os interesses governistas, é algo que pode ser observado em todos os países latino-americanos, pois as respostas do governo e do Parlamento ao Judiciário comumente entram no cálculo estratégico das decisões judiciais que tendem a afrontar elites políticas.

Isso explica o fato de diversas constituições latino-americanas terem previsto um extenso rol de garantias ao Judiciário e às Cortes Constitucionais, relacionadas à

no caminho. Importa que não haja retrocessos, apenas avanços” (WOLKMER; RONCHI, 2016, p. 167).

³³ “Chile is one of the few countries in the region considered to have a fairly stable democratic history and working institutions of legal accountability, including a supreme court free of overt political interference, in large part because presidential influence over judicial appointments is mediated by the court itself. Chile also stands out from its neighbors as having enjoyed stable tenure practices and consistent appointment and removal procedures” (SCRIBNER, 2011, p. 249).

independência judicial e ao poder jurídico. É claro que as instituições formais não são, por si sós, suficientes para determinar o comportamento judicial,³⁴ tampouco para proteger os juízes das pressões políticas, mas constituem um fator importante.

No mundo real, as elites políticas e o governo sempre terão instrumentos para constranger juízes a não tomar determinadas decisões que afrontem seus interesses. Com efeito, é possível observar que, na prática, há diversas formas de descumprimento direto, indireto e represálias aos juízes, por decisões que desagradam as elites políticas ou o governo.

Portanto, é possível notar uma expansão da jurisdição constitucional nos países latino-americanos, bem como um novo papel das Cortes Constitucionais, geralmente buscando implementar ou melhorar as condições democráticas, nem sempre de forma eficaz. De outro lado, observa-se que elites políticas não são sempre contrárias a Cortes Constitucionais, bem como que comumente possuem mecanismos para interferir eficazmente no seu padrão de comportamento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se propor investigar o novo papel das Cortes Constitucionais na América Latina é necessário ultrapassar as discussões convencionais sobre judicialização da política, ativismo e autocontenção judicial, embora não se desconsidere a sua importância. Do ponto de vista dinâmico e contextualizado, as questões constitucionais que envolvem a atuação dos Tribunais Constitucionais nos países latino-americanos possuem maior complexidade, muito além das enfrentadas por teorias constitucionais *standard* baseadas em contextos ideais, de países europeus ou da América do Norte.

Desde a “terceira onda” de democratização (HUNTINGTON, 1994) que atingiu os países latino-americanos, aumentaram os estudos sobre o papel das Cortes Constitucionais na política. Nesse tocante, foi possível observar que a problemática não é apenas doméstica, pois as Cortes Constitucionais da região enfrentam diversas

³⁴ Como afirma Donald Lutz: “Constitutional design is always conditioned by some vision of the ideal, but institutions rest on real people in an actual world. It is not helpful, and usually dangerous, to attempt to actualize the ideal that informs a constitution. Human institutions are inevitably prone to imperfect results, and when the institutions based on speech and coordination fall short of the expected ideal, there is a great temptation to use force to command perfect compliance” (LUTZ, 2006, p. 211).

questões semelhantes, relacionadas ao seu contexto e à sua realidade institucional, que podem dificultar ou impedi-las de melhorar as condições democráticas do seu país.

Com essa perspectiva comparada, não se pretende colocar todos os problemas vivenciados pelos Tribunais Constitucionais num mesmo plano, tampouco trazer à investigação soluções simplistas ou descontextualizadas. Entretanto, é possível observar que muitos problemas semelhantes também são enfrentados por outras Cortes Constitucionais da região, além do que cada uma delas possui seus problemas específicos, comumente ligados ao seu contexto, suas instituições, funções e sistemas jurídicos.

Considerando a complexidade das questões em que as Cortes Constitucionais latino-americanas intervêm e as grandes dificuldades pragmáticas que enfrentam frequentemente quando a causa envolve interesses do governo ou de elites políticas, a sua real capacidade de melhorar as condições democráticas é muito mais limitada do que a doutrina tradicional de direito constitucional e as teorias constitucionais *standard* sugerem.

Os países da América Latina comumente possuem sistemas presidencialistas com forte tendência de concentração de poder no governo central, na figura do Presidente. Também é possível observar um histórico de restrições pelo chefe do Executivo aos demais Poderes Constituídos. Em razão disso, há grande potencial para que Cortes Constitucionais de países latino-americanos entrem em confronto com o governo central, no sentido de limitar o poder do Presidente para buscar garantir o equilíbrio entre os Poderes. Isso explica, inclusive, o fato de diversas Constituições latino-americanas terem previsto um extenso rol de garantias ao Judiciário e às Cortes Constitucionais, relacionadas à independência judicial e ao poder jurídico.

As Cortes Constitucionais tendem a considerar as possíveis reações adversas do Executivo, bem como aferir e internalizar os custos associados a tais reações, o que molda a probabilidade de o Tribunal decidir ou não contra as preferências do governo. Assim, se a decisão judicial tende a desagradar o Executivo ou a classe política, esse é um fator – em maior ou menor grau – sempre relevante no cálculo estratégico que antecede a decisão da Corte Constitucional.

Ademais, há fatores institucionais que também moldam as funções e o comportamento das Cortes Constitucionais na América Latina. Normas específicas sobre a composição dos Tribunais Constitucionais, a forma de indicação dos seus

juízes, o tempo do mandato, as suas garantias formais, os mecanismos de sua remoção, as competências das Cortes, os instrumentos de provocação, a facilidade (ou não) de acesso, os atores que podem ingressar com a ação para postular direitos, por exemplo, são questões institucionais que podem ser determinantes para a forma de atuação das Cortes Constitucionais.

Além desses fatores institucionais, a cultura jurídica também é um fator determinante para explicar o novo papel dos Tribunais Constitucionais na região. Diversas Cortes Constitucionais passaram da cultura baseada no quietismo (*quietism*) para a do ativismo judicial.

De outro lado, há fatores conjunturais que também influenciam na forma de atuação das Cortes. Por exemplo, quando há o controle político-partidário do Parlamento pelo governo central, há uma redução significativa da autonomia judicial para que sejam proferidas decisões desfavoráveis ao governo. De outro lado, a autonomia judicial para tomar tais decisões aumenta em contextos de governo democrático dividido ou fragmentado, se comparado aos contextos de governo democrático unificado.

Portanto, é possível observar um novo papel das Cortes Constitucionais nos países latino-americanos, com características próprias, moldadas por suas instituições, seu sistema de governo, seu contexto, sua cultura jurídica e pela inter-relação entre a Corte e os demais Poderes Constituídos.

REFERÊNCIAS

- BELLO, Enzo. Constituição e política na Venezuela: um balanço da conjuntura contemporânea. **Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-13, jan.-mar. 2019.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Parliamentarism in Brazil: Stability for Whom?. **International Journal of Constitutional Law Blog**, August 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/08/parliamentarism-in-brazil-stability-for-whom/>>. Acesso em: 28 out. 2019.
- BBC. Evo Morales: por que decisão da Justiça da Bolívia de deixar presidente disputar 4º mandato divide o país. **BBC**, 5 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46452050>>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- _____. El Tribunal Constitucional de Bolivia autoriza a Evo Morales a buscar la reelección como presidente sin límites. **BBC**, 29 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42159445>>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. New Haven: Yale University

Press, 1986.

CHÁVEZ, Rebecca Bill; FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 219-247.

DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. **Migalhas**, 15 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 28 out. 2019.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013.

GINSBURG, Tom. Courts and New Democracies: Recent Works. **Law & Social Inquiry**, v. 37, n. 3, p. 720-742, Summer 2012.

_____. **Judicial Review in New Democracies**. New York: Cambridge University Press, 2003.

_____; SIMPSON, Alberto. Introduction. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (eds.). **Constitutions in Authoritarian Regimes**. Chicago: Cambridge University Press, 2014.

_____; MOUSTAFA, Tamir. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (eds.). **Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**. Cambridge University Press, 2008.

HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. **Journal of Constitutional Law**, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010.

_____. The Origins of Institutional Crises in Latin America. **American Journal of Political Science**, Washington, v. 54, n. 3, p. 737-750, jul. 2010

_____; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26.

HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. **University of Richmond Law Review**, Richmond, Virginia, v. 34, n. 2, p. 415-441, 2000.

HOCHSTETLER, Kathryn. Repensando el presidencialismo: desafíos y caídas presidenciales en el Cono Sur. **América Latina Hoy**, Salamanca, v. 49, p. 105-126, Dic. 2008.

HUNTINGTON, Samuel P. **A Terceira Onda**. São Paulo: Ática, 1994.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism. **Journal of Democracy**, Washington, v. 13, n. 2, p. 51-65, April 2002.

LUTZ, Donald S. **Principles of Constitutional Design**. Cambridge University Press. New York, 2006.

MALDONADO, Daniel Bonilla. Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 1-37.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017.

MONTES, Rocío. Chile arde e ninguém sabe como apagar o fogo. **El País**, 4 nov. 2019. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/02/internacional/1572723876_406423.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. **Wake Forest Law Review**, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015.

PEREGIL, F. Venezuela dice “no” a la Constitución de Chávez. **El país**, 3 dez. 2017. Disponível em:

<https://elpais.com/internacional/2007/12/03/actualidad/1196636401_850215.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

PRESSE, France. Chile anuncia processo para nova Constituição por meio de uma Constituinte e plebiscito. **G1**, 11 nov. 2019. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/11/11/chile-anuncia-processo-para-nova-constituicao-atraves-de-uma-constituente-e-plebiscito.ghtml>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

_____. Parlamento venezuelano respalda sentença de tribunal no exílio contra Maduro. **G1**, 22 ago. 2018. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/08/22/parlamento-venezuelano-respalda-sentenca-de-tribunal-no-exilio-contra-maduro.ghtml>>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. Tribunal Supremo venezuelano valida convocação de Constituinte sem referendo. **G1**, 31 mai. 2017. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-supremo-venezuelano-valida-convocacao-de-constituente-sem-referendo.ghtml>>. Acesso em: 28 out. 2019.

RODRIGUES, Fernando. Entenda em 5 pontos a crise na Bolívia que levou Evo Morales a renunciar. **Poder 360**, 11 nov. 2019. Disponível em:

<<https://www.poder360.com.br/internacional/entenda-em-5-pontos-a-crise-na-bolivia-que-levou-evo-morales-a-renunciar/>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992–2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 81-98.

SÁNCHEZ, Arianna; MAGALONI, Beatriz; MAGAR, Eric. Legalist versus Interpretativist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 187-218.

SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). **Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Routledge, 2005. p. 117-143.

SCRIBNER, Druscilla. Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 248-277.

STOTZKY, Irwin P. Lessons Learned and the Way Forward. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). **Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Routledge, 2005. p. 144-146.

TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic**

Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, jan. 2015.

VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. **Iowa Law Review**, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos; RONCHI, Maria Laura. Processos constituintes latino-americanos e a presença dos movimentos sociais no Brasil e na Bolívia. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 3, n. 6, p. 151-171, 2016. p. 167

Recebido em 30/10/2019

Aprovado em 17/07/2020

Received in 10/30/2019

Approved in 07/17/2020