

**11º Encontro da ABCP - “Democracia e Representação – impasses contemporâneos”
31 de julho a 03 de agosto, Curitiba.**

**Área Temática:
Política, Direito e Judiciário**

**CORTES E RELAÇÃO COM OS PODERES DO ESTADO: EXPLICANDO A
INDEPENDÊNCIA JUDICIAL**

**Karen ELaine Sakalauska Barreira
UNICAMP**

CORTES E RELAÇÃO COM OS PODERES DO ESTADO: EXPLICANDO A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

RESUMO

O estudo dos tribunais como instituições integrante do sistema político corresponde ao ramo da literatura denominado *judicial politics*. Um pressuposto importante que direciona os estudos de *judicial politics* é a conclusão de que as cortes não podem ser entendidas isoladamente, de outro modo, o Judiciário deve ser visto como parte do amplo sistema político. Os juízes das cortes supremas, assim, não tomam decisões no vácuo, mas decidem tendo em vista as reações e preferências dos outros atores políticos, como o Presidente e o Congresso (Fisher, 1988). No lugar de uma separação de poderes simples e direta, o que se verifica é o que Richard Neustadt (1991) denomina instituições separadas que compartilham poderes, de modo que cada uma das instituições de governo, incluindo os tribunais, está envolvida em vários aspectos do processo de formulação de políticas. No plano teórico esse pressuposto está ligado a discussões relevantes que se dirigem a analisar a corte no ambiente político em que está inserida, como as atinentes à independência judicial, à *judicial accountability*, às relações entre os poderes do Estado (*interbranch relations*) e à noção de diálogo constitucional. Tem-se como pretensão nesse trabalho elaborar uma revisão bibliográfica que apresente as linhas gerais e os desdobramentos de uma dessas perspectivas teóricas: a independência judicial. Acredita-se que os entendimentos percebidos nesse domínio da independência judicial podem contribuir para as pesquisas empíricas e teóricas sobre comportamento judicial e cortes supremas, na medida em que podem oferecer *insights* sobre a relação das cortes com os poderes eleitos do Estado, mas também apontar limites e insuficiências em termos analíticos.

Palavras-chave: judiciário, cortes supremas, relação entre poderes, comportamento decisório.

Independência judicial

A independência judicial é uma temática de destaque dentro do estudo sobre a relação das cortes com os poderes do Estado, pois é uma condição para o Estado de Direito¹ e uma característica valiosa de um sistema político. Sua importância é destacada pelas Nações

¹ In an evaluation report for the United States Agency for International Development, Blue (1999) explains the rule of law “embodies the basic principles of equal treatment of all people before the law, fairness and both constitutional and actual guarantees of basic human rights; it is founded on a predictable, transparent legal system with fair and effective judicial institutions to protect citizens against the arbitrary use of state authority and a lawless acts both organizations and individuals” (Richard Blue, 1999, Evaluation of the rule of law program in central and eastern (...))

Unidas² e promovida pelo Banco Mundial. O pressuposto é que ela possibilita a proteção dos indivíduos em face dos avanços e arbitrariedades dos governos, garantindo aos tribunais e juízes um agir livre – sem interferência indevida de outros atores-, justo e conforme a lei. A importância de estudá-la também aumentou com o fenômeno, amplamente discutido pela bibliografia, da judicialização da política. Este, por definição, supõe o deslocamento de algumas questões que originalmente caberiam aos poderes eleitos para o Judiciário (Feoli, 2016; Taylor 2008; Iaryczower, Spiller e Tommasi 2002; Ríos-Figueroa e Taylor 2006; Santiso 2003). O Judiciário aparece como parte do processo de *policy-making* e, para tal, uma condição é, justamente, a independência judicial.

Apesar disso, sabe-se relativamente pouco sobre os determinantes da independência judicial. Muitos estudiosos abordaram a questão de saber o que de fato é, mas continua a haver grande desacordo quanto à resposta. A bibliografia sobre o tema é robusta, existindo enorme variação quanto ao sentido exato. O fato é que trata-se de um conceito “eskorregadio” (Ríos-Figueroa, 2002), inexistindo uma única teoria da independência judicial, já que o conceito tem sido abordado de diversas perspectivas – da ótica do juiz individual, do Judiciário como instituição³ e/ou em relação às demais instituições e indivíduos, e do próprio regime político⁴ -, implicando, portanto, diferentes dimensões de análise e medição.

De maneira geral o termo “independência” é usado para caracterizar a relação do sistema judicial com outras instituições ou atores. Um juiz ou tribunal independente é aquele que não está sob a influência ou o controle de outra pessoa. Mas, a independência assim considerada pode albergar diferentes interpretações. Independência pode significar, por exemplo, independência da ideologia (Kahn, 1993), ou imparcialidade (Fiss, 1993; Larkins, 1996; Shapiro, 1981), ou autonomia individual em relação aos demais juízes (Fiss, 1993; Jackson, 1999), ou ainda insularidade política (Fiss, 1993). Essa variação, mais uma vez, demonstra que não há um conceito unívoco.

² “Os juízes resolverão questões que eles sabem de forma imparcial, com base em fatos e de acordo com a lei, sem restrições e sem influências, incentivos, pressões, ameaças ou interferências indevidas, direta ou indireta, de qualquer setor ou por qualquer motivo.” Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985 e confirmado pela Assembleia Geral nas suas resoluções 40/32 de 29 de novembro de 1985 e 40/146 de 13 de dezembro de 1985.

³ Daí falar em independência judicial para se referir ao juiz individual ou autonomia judicial para indicar a instituição. Sobre isso ver trabalho de Ríos-Figueroa.

⁴ It should be apparent from this discussion that not all regimes have equal demand for constitutionally independent judiciaries. Pure dictatorships will have no interest in the constraints that may be imposed by judicial independence. Electoral authoritarians, however, may wish to empower the judiciary for certain discrete tasks and may enshrine this into the constitution (Toharia 1975; Moustafa 2007; Moustafa and Ginsburg 2008). We generally expect that democracies will incorporate a separation of powers that increases both demand for and the efficacy of constitutional judicial independence. As a result, there may be fewer constitutional guarantees for judicial independence in soft authoritarian regimes (Elkins, Ginsburg, and Melton, 2014b), but there will be some. These provisions are likely to be most effective when authoritarian regimes have some internal division among powerful actors, who may therefore have an interest in impartial adjudication. (Melton e Ginsburg, 2014, p.8)

Linzer e Staton (2012) observam que, na verdade, a chave da dificuldade está no fato de “independência judicial” ser um conceito latente, não diretamente observável. É possível medir as regras constitucionais que se dirigem à garantia da independência, como a existência de mandatos fixos, mas não os incentivos que essas regras criam, isto é latente. Ginsburg (2010, 2014) a compara com a liberdade: todos querem, mas ninguém sabe o que precisamente é e como obtê-la, sendo mais fácil observá-la a partir da sua ausência.

O fato é que os pesquisadores buscam medir a independência judicial especialmente a partir de dois tipos de análise: *de iure* e *de facto*. A medição *de iure* se direciona a avaliar a independência a partir das garantias formais, especialmente as provisões constitucionais que buscam salvaguardar essa independência. Um estudo pioneiro nesse tipo de análise é o de David S. Clark (1975), que para estudar a revisão judicial nos países da América Latina estabeleceu alguns indicadores para medir a sua efetividade, cotejando com o nível de desenvolvimento econômico e o regime adotado. Dentro do que chamou de determinantes estruturais da revisão judicial efetiva estava a independência judicial. Para medi-la Clark (1975) estabeleceu três critérios: a nomeação, o mandato e os salários dos juízes da Corte Suprema. Observou que um Judiciário mais independente nomearia seus próprios juízes da Suprema Corte, com mandato vitalício e subsídio igual ou maior do que um ministro do executivo.

Assim, o desafio das análises da independência *de iure* é o de entender como as provisões formais em textos constitucionais podem criar incentivos e fazer diferença para um comportamento judicial livre de interferências indevidas⁵. A ideia é que o *design* institucional gera condições que contribuem para o fortalecimento da autonomia do poder judicial, de modo que determinadas características institucionais criam incentivos e possibilitam que os juízes sejam autônomos. Em outras palavras, a suposição é que as disposições formais sobre independência judicial servem para isolar o Poder Judiciário de pressões externas e internas, reduzindo as chances de os juízes serem usados como ferramentas para avançar objetivos políticos e, que tampouco sejam punidos por impedir sua realização (Melton e Ginsburg, 2014; Larkins, 1996).

A independência judicial, no seu aspecto externo, implica a não subordinação do Judiciário e suas instituições a qualquer outro ramo do governo; enquanto em seu aspecto interno, se traduz na autonomia do juiz, de modo que, independentemente de sua posição na hierarquia institucional, ele goza de proteção e uma relativa insularidade devido à própria natureza de seu trabalho (Concha e Caballero, 2002). Do ponto de vista da independência “*de iure*”, os fatores institucionais que atribuem independência externa ao Judiciário são, por

⁵ Vale ressaltar que a independência judicial se refere à ausência de interferências “indevidas”, que fogem às motivações que direcionam o comportamento decisório, como a lei, o público em geral, as preferências de outros atores. “Indevido”, por definição, é contrário às regras, impróprio, que extrapola o dever que a função impõe.

exemplo, as regras de seleção, nomeação⁶ e remoção de juízes, que estabelecem quais os atores envolvidos nesse processo e a facilidade com que eles podem ser nomeados ou removidos. A bibliografia argumenta que quanto mais fácil for nomear ou remover um magistrado, mais difícil será para ele tomar decisões contra os atores envolvidos nesses processos, constituindo os procedimentos de nomeação e remoção determinantes sobre o grau de autonomia judicial (Ríos-Figueroa 2010; Garoupa e Ginsburg, 2009). O trabalho de Popkin (2004) sobre as reformas judiciais nos países da América-Latina mostra que as reformas nos mecanismo de seleção dos juízes das cortes supremas, - no sentido de atribuir transparência ao processo, conferir oportunidade de ampla participação, assegurar a preparação prévia de um perfil para o cargo e a participação de mais de uma instância no processo de seleção -, foram elementos-chave para fortalecer a independência judicial. No que diz respeito à remoção dos juízes, esta pode estar sujeita a diferentes cenários, podendo depender o julgamento político de um juiz da iniciativa do Presidente ou da maioria simples ou absoluta do Legislativo, o que dificulta essa ação. Seja como for, a remoção de um juiz torna-se importante na medida em que uma simples acusação pode prejudicar sua reputação e inibi-lo de tomar certas decisões (Ríos-Figueroa 2010; Chávez, Ferejohn e Weingast, 2010).

Já a independência judicial, no seu aspecto interno, se refere, notadamente, às disposições formais sobre o tamanho e composição dos tribunais, à duração do cargo e ao salário dos juízes. Assim, presume-se que se as regras estabelecem um número fixo de juízes que compõem um tribunal, é mais difícil para os atores políticos aumentar o número de juízes para alcançar uma maioria nas decisões que os favorecem. Da mesma maneira, se as regras estabelecem um período de tempo fixo no cargo de juiz e este período é mais longo do que o mandato dos atores que o nomearam, então ele tem liberdade para tomar decisões independentes. *A contrario sensu*, se a duração do cargo dos juízes não é maior que a do Executivo que o nomeia, é possível que os juízes enfrentem uma pressão indevida por parte deste último (Ríos-Figueroa, 2010).

⁶ “La formula más común para la designación de magistrados de la corte suprema en América Latina encarga la decisión final al poder legislativo. Sin embargo, en varios países esta designación se basa en listas preparadas por otras instancias: el Consejo de la Judicatura (El Salvador, Bolivia, Paraguay), una amplia Junta Nominadora (Honduras), una Comisión de Postulación (Guatemala), el Poder Ejecutivo (México), y el Ejecutivo y la Asamblea Nacional (Nicaragua). Muchos de estos países requieren la elección por una mayoría calificada del cuerpo legislativo. Este requisito hace más difícil que un solo partido controle la corte suprema pero no garantiza necesariamente la selección de lo candidatos más idóneos. En ciertos países, el poder ejecutivo tiene la facultad de nombrar a los magistrados, con el acuerdo del poder legislativo o una cámara del mismo (Argentina, Brasil, Panamá). En Chile, el ministro de Justicia designa a los ministros de la Corte Suprema, de un listado de cinco candidatos que es preparado por la propia Corte; una mayoría calificada del Senado tiene que ratificar luego el nombramiento. En Colombia y Ecuador, la Corte Suprema misma elige a los nuevos magistrados de una lista preparada por el Consejo de la Magistratura. Finalmente, en República Dominicana y Perú, los consejos de la magistratura tienen la responsabilidad del proceso de selección y la designación de los magistrados de la corte suprema.” (Popkin, 2004, p.7)

Na análise da independência *de iure* o aspecto econômico é igualmente relevante. Em relação a isso, considera-se que os juízes devem ser economicamente independentes, de modo que seu trabalho não seja afetado por pressões salariais ou orçamentárias. González (2002), nesse ponto, destaca que os aspectos salariais e orçamentários estão intimamente relacionados, uma vez que o orçamento alocado tem um impacto direto nas possibilidades de proporcionar uma remuneração adequada aos juízes e aos operadores judiciais. Argumenta-se que a escassez orçamentária do Judiciário também pode comprometer o bom funcionamento e levar à corrupção (Negretto e Ungar, 1997).

A bibliografia destaca que a análise da independência econômica dos juízes não deve se limitar apenas à adequação de sua remuneração, mas também atentar para as regras que protegem os subsídios. Presume-se que se o subsídio do juiz estiver protegido ele terá mais independência, pois dificilmente poderá ser manipulado com ameaças de redução de rendimentos. Pilar Domingo (2000) argumenta, nesse contexto, que autonomia financeira e salários decentes reduzirão a dependência judicial dos outros ramos do poder e minimizarão os perigos do envolvimento de juízes na corrupção. Apesar disso, há estudos que demonstram que a garantia de irredutibilidade de subsídios, rendimentos dignos e incremento nos orçamentos judiciais não são suficientes para assegurar a autonomia e a não-corrupção judicial. Na prática, pesquisas sobre sistema judicial de países da América Latina apontam que os aumentos do orçamento e dos subsídios não foram acompanhados por uma maior responsabilização, tampouco pelo aumento da produtividade judicial (Abramovich, 2000; Vargas e Duce, 2000; Popkin, 2004). Isso porque aumentos salariais não significam necessariamente mais tempo no desempenho, nem aumento da qualidade da decisão judicial (Posner, 1993). A conclusão é, então, a de que as disposições protetivas sobre os rendimentos constituem condições necessárias, mas não suficientes para ter, na prática, um Judiciário independente.

Na extensa literatura sobre independência judicial há um conjunto de estudos que entendem que o tema não pode ser abordado apenas a partir de uma abordagem institucional. Neste domínio, Pérez-Liñán e Castagnola (2011); Montoya (2013); Helmke e Levitsky (2006) são alguns que argumentam que o estudo a partir dos determinantes formais dos fenômenos políticos pode levar a conclusões equivocadas sobre o funcionamento do sistema e das instituições políticas de um determinado país. Consideram, portanto, que a independência judicial não só depende das disposições institucionais, mas de uma análise mais ampla e complexa dos determinantes desse fenômeno político. Em outras palavras, essa perspectiva sugere que há uma série de condições sociais e incentivos políticos que são determinantes poderosos para a independência judicial (Peretti 2003, Helmke 2002, Chávez 2004, Chávez, Ferejohn e Weingast 2010, Iaryczower, Tomassi e Spiller, 2000).

Essa perspectiva de análise busca medir, assim, a independência judicial *de facto*, ou na prática. Ela está interessada no comportamento decisório e em analisar se a tomada de decisão judicial é livre de interferências indevidas. Considera-se independente, sob essa perspectiva, um juiz que individualmente é capaz de tomar decisões que refletem suas preferências, sem pressões indevidas impostas por outros atores. Por exemplo, para ver o comportamento independente dos juizes, Helmke (2002) classifica as decisões judiciais, separando as propostas pelo Executivo e julgadas contrárias a ele. A ideia é a de que maneira mais simples de medir a independência na prática é avaliar a frequência das decisões dos juizes contra o governo quando comete um ato que viole a Constituição (Helmke 2002; Iaryczower, et al.2002).

Na bibliografia há análises da independência *de facto* que recorrem às abordagens teóricas e modelos empíricos desenvolvidos pela bibliografia norte-americana para estudo de Cortes. São inúmeros os estudiosos que analisam, por exemplo, o comportamento judicial a partir dos *insights* e pressupostos da abordagem estratégica, observando que sob governos unificados a independência judicial tende a ser restringida, e que a fragmentação do poder político aumenta a possibilidade de independência (Beer 2006; Brinks 2004; Chávez 2004; Ginsburg 2003; McNollagast, 2006; Ríos-Figueroa 2007; Dargent 2009; Finkel 2004; Magaloni, Magar e Sanchez 2010; Iaryczower, Spiller e Tomassi, 2002).

Nesse contexto pode-se destacar as considerações de McNollagast (2006). Para medir a independência judicial o autor enfatiza a separação e interação entre os poderes do Estado, a fragmentação e a competição política existente num dado ambiente político e, define a independência judicial como resultado das interações estratégicas entre o poder judicial, a legislatura e o executivo. Para ele, a independência judicial não é um resultado automático de disposições formais e normativas que dizem respeito ao mandato dos juizes, por exemplo. Em vez disso, a independência judicial está ligada à composição política dos três ramos do governo. McNollagast (2006) parte da observação de Alexander Hamilton, no Federalista nº 78, de que na as cortes por si só não são capazes de implementar suas próprias decisões, e necessitam da colaboração do Executivo e dos legisladores. Para que as ordens judiciais e as decisões tenham um efeito, o Supremo Tribunal deve obter o cumprimento daqueles a quem as ordens e opiniões são direcionadas: tribunais inferiores, agências executivas, comissões, governos estaduais e locais e suas agências, corporações e indivíduos. Esses atores são os agentes do impacto judicial, que, é claro, têm suas próprias ideias sobre o que deveriam e não deveriam estar fazendo. Desta forma, os limites da independência judicial são o resultado direto do empobrecimento relativo do poder judicial e da capacidade do legislador e do Executivo de aproveitar a fraqueza relativa do Judiciário.

O modelo formulado por McNollagast (2006) tem implicações para a visão geral da doutrina judicial e para o aumento e a diminuição da independência judicial, de modo que,

segundo sua análise, a independência judicial tem um aspecto “modulável” (*wax and wane*), ou seja, pode alterar-se de acordo com o período. Assim, segundo aponta, um Judiciário será mais independente durante períodos de controle partidário dividido do que em períodos de controle partidário unificado. De fato, durante períodos de controle político dividido, uma casa legislativa ou o Poder Executivo servem para proteger a independência judicial vetando (ou ameaçando vetar) ações legislativas contrárias às decisões judiciais. Ao contrário, os períodos de governo unificado são caracterizados por uma expansão da atividade do governo que, em última análise, limita a independência judicial, pois aparelha o Judiciário para servir seu próprio fim.

As observações de McNollgast (2006) coincidem com as conclusões de Ríos-Figueroa (2007) sobre o Judiciário mexicano. Em *Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994–2002*, Ríos-Figueroa investiga o que possibilita ao Judiciário ser um poder efetivo de governo, tomando como definição de “Judiciário efetivo” aquele capaz de se pronunciar contra os interesses dos outros poderes sem ser contestado com descumprimento ou punido com políticas mais agressivas, como o corte de orçamento. O autor parte do pressuposto de que as reformas constitucionais, as garantias formais de revisão judicial e a independência não são suficientes para tornar o Judiciário um poder efetivo, e considera que há uma lacuna entre o *design* institucional e a efetividade. O autor empreende uma análise das decisões da Corte Suprema do México contra o Partido Revolucionário Institucional (PRI), em casos constitucionais, entre 1994 e 2002, e observa que a votação contra o PRI aumentou à medida que este perdeu a maioria na Câmara dos Deputados em 1997 e a Presidência em 2000. Os juízes da Corte modificaram seu comportamento decisório depois de perceberem a mudança na distribuição do poder entre os partidos políticos no Legislativo e Executivo. Assim, Ríos-Figueroa (2007) conclui que surgimento de um Judiciário efetivo está vinculado ao incremento no grau de fragmentação nos poderes eleitos. Quanto mais fragmentado o poder – nenhum partido controla os ramos eleitos – maior a probabilidade de o Judiciário se comportar de maneira efetiva.

Essa bibliografia recente postula, portanto que a fragmentação do poder é o que garante a independência judicial *de facto*. A análise da incidência do contexto social e político sobre a independência judicial nos leva a uma abordagem externa do comportamento judicial, na qual as condições fora das disposições constitucionais podem afetar o comportamento da Corte (Chávez, Ferejohn e Weingast, 2010). Com isso, argumenta-se que o Poder Judiciário não é indiferente às conjunturas políticas de governos fortes e unificados e, mais que isto, sugere que o contexto social e a prática política podem moldar a estrutura de incentivo da Corte e, portanto, influenciar o seu comportamento decisório.

Assim, o foco desses teóricos da fragmentação recai sobre as configurações políticas ou contextos que, através de incentivos estruturais, restringem ou permitem a expressão de

preferências judiciais sinceras (Hilbink, 2012). Essa perspectiva, embora dominante nos estudos sobre independência judicial na América Latina, é criticada por Lisa Hilbink (2012) que, apoiada em pressupostos da abordagem atitudinal e do institucionalismo histórico, oferece outra explicação para o que chama de *positive judicial independence*⁷. Ela chama atenção para o papel das atitudes judiciais e para os processos sociais e institucionais que afetam o comportamento dos juízes. Considera que as atitudes não dizem respeito, simplesmente, às posições ideológicas de esquerda ou direita, mas são moldadas pelos processos de educação profissional e social, se estendem às visões que os juízes têm de sua função em um sistema democrático, e se eles devem ser deferentes ou podem questionar as decisões governamentais. Segundo afirma, não é que os teóricos estratégicos estejam errados, mas que ignoram que as estratégias são afetadas por atitudes e preferências histórica, social e institucionalmente constituídas. Isso significa que as percepções sobre riscos e oportunidades de anular, restringir ou modificar a ação dos demais atores políticos não decorrem das estruturas formais, mas, sim, de atitudes subjetivas.

Há, ainda, um esforço da bibliografia em identificar a relação entre a independência judicial *de iure* e a *de facto*, isto é, em verificar como os incentivos *de iure* produzem um comportamento *de facto* (Hayo e Voigt, 2007; Camp Keith et al. 2009; Figueroa 2011; Melton e Ginsburg, 2014). Neste ponto, Lozas-Poyo e Ríos Figueroa (2017) ressaltam que se trata de uma questão ainda aberta, pois o que constituem tais incentivos depende de uma postura teórica e, o teste empírico correto e a estratégia de identificação para sua captura não foram estabelecidos de forma conclusiva.

Nesse contexto, um trabalho bastante citado pela bibliografia recente é o de Melton e Ginsburg (2014) que identificam especialmente seis aspectos das constituições que melhoram a independência e a autonomia judicial, constituindo componentes que isolam o Judiciário de ataque de outros atores políticos: 1) declaração de independência judicial; 2) mandato judicial; 3) procedimento de seleção; 4) procedimento de remoção; 5) limitadas hipóteses de remoção; e 6) insularidade salarial. A partir dos dados do *Constitutions Comparative Project* - que cataloga os conteúdos de todas as constituições escritas dos mundo desde 1789, de Elkins, Ginsburg e Melton (2014) –, dos achados de Linzer e Staton (2012) e de uma análise binária, os autores medem os efeitos desses seis componentes da independência judicial *de iure* na independência judicial *de facto*.

⁷ Lisa Hilbink (2012, p.588) define independência judicial *de facto* como “positive judicial independence” e conceitua: “Positive judicial independence can be assessed only empirically, that is, through an examination of what judges actually do in cases involving politically powerful actors. It is what Kapiszewski has usefully labeled “judicial assertiveness,” manifested when “courts challenge powerful actors in their rulings; that is, decide cases in ways that seek to nullify, restrict, or change the behavior of those actors.”

Para eles há uma correlação causal entre as disposições institucionais formais e o nível de independência judicial na prática, argumentando que as proteções devem funcionar de maneira conjuntiva e não aditiva (como sugerem Hayo e Voigt, 2007). A principal conclusão é de que certas disposições constitucionais estão relacionadas com a independência judicial na prática e, a pesquisa por eles empreendida mostra que as regras de seleção e remoção de juízes são as proteções mais importantes para a independência judicial. Assim, Melton e Ginsburg (2014) sugerem que a independência judicial *de facto* pode ser melhorada se os países adotarem procedimentos de seleção e remoção que isolem juízes dos outros ramos do governo. Conclusão semelhante é a de Carruba *et al* (2015) que, a partir de um vasto banco de dados de direito comparado, afirmam que proteções formais mais fortes, que garantem tribunais independentes, têm o condão de aumentar a vontade da Suprema Corte de restringir o governo nacional. Em outras palavras, os autores apresentam evidências de que a independência *de jure* importa para a independência *de facto*.

A literatura tem discutido, também, a relação entre a independência judicial *de jure* e *de facto* a partir de determinantes contextuais, vale dizer, verificando que sob certas condições políticas e sociais os incentivos produzidos pelas disposições constitucionais são mais prováveis de significarem um comportamento judicial de fato independente. Assim, por exemplo, Jeffrey Staton (2010), na esteira dos trabalhos de Vanberg (2002 e 2005), discute como o amplo apoio do público pode construir condições favoráveis para o exercício do poder judicial independente. Lisa Hilbink (2007), através da incorporação de aspectos das abordagens atitudinal, estratégica e do institucionalismo histórico, atrela comportamento judicial dos juízes chilenos a certo valor e cultura judiciais. Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2007) e Chavez, Ferejohn e Weingast (2003) enfatizam a fragmentação política (dentro/ou entre instituições governamentais e/ou ambiente político em que há alternância de partidos no poder) como fatores que ativam um comportamento judicial independente.

Tendo em vista essa literatura e considerando que a independência "de jure" diz respeito aos incentivos produzidos pelas regras formais, e que os fatores contextuais interagem com tais incentivos, Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2017) buscam demonstrar a relação causal entre as independências *de jure* e *de facto*. A partir dos progressos feitos pelos estudiosos mencionados, os autores notam que entre o que é diretamente observável (a lei, variáveis contextuais, decisões judiciais) e o que não é diretamente observável (independência judicial *de jure* e *de facto*) há uma zona cinzenta que são as instituições informais. É nesse domínio que Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2017) acreditam que mais avanços podem ser feitos. Para tanto, consideram instituições informais como "normas sociais, geralmente não escritas, criadas, comunicadas e sancionadas fora dos canais oficiais" (Helmke e Levitsky, 2006 *apud* Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa, 2017, p. 12), e as dividem em instituições informais concorrentes, auxiliares, sobrepostas e redundantes. Consideram que

essas instituições informais afetam o *link* entre a independência judicial *de jure* e *de facto* e tal como os fatores contextuais, elas criam incentivos para comportamentos que possam reforçar ou se opor aos incentivos produzidos pelas instituições formais. Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2017) ilustram sua perspectiva a partir de uma análise da independência interna dos juízes mexicanos e brasileiros.

No caso do Brasil há alto nível de independência interna *de jure*, de modo que as regras institucionais incentivam os juízes inferiores a deciderem livres de pressões indevidas dos superiores. Na esteira da literatura especializada, os autores consideram que a independência interna *de facto* também é alta, o que se verifica, por exemplo, nos recentes casos de corrupção em que atores políticos e empresários foram processados pelo Ministério Público e condenados por tribunais e juízes de diferentes ramos e níveis da organização judicial brasileira.

Pozas-Loyo e Ríos Figueroa (2017) observam, ainda, que a Constituição Federal de 1988 não apenas garantiu independência judicial formal, mas concedeu aos juízes e aos promotores públicos um senso de missão em relação ao seu papel no sistema político inaugurado após 88. Para além desse senso acerca da missão institucional, os autores identificam no profissionalismo uma instituição informal que garante aos juízes brasileiros independência judicial *de facto*. Segundo explicam, o governo de Getúlio Vargas promoveu a profissionalização da burocracia estatal, incluindo critérios meritocráticos para seleção e promoção do funcionalismo público. O atestado de profissionalismo, por meio de exames de ingresso mais difíceis e a promoção e progresso na carreira atrelados à antiguidade e ao mérito são instituições informais que perduraram no tempo e resistiram às mudanças de regime, tornando-se normas. O profissionalismo gera incentivos para ativação da independência *de facto* e, no caso brasileiro, complementa as regras atinentes à nomeação, remoção e promoção administradas pelo Conselho Nacional de Justiça. Daí porque consideram o profissionalismo uma instituição informal do tipo auxiliar. A partir disso, os autores concluem que para medir a eficácia das instituições formais é necessário verificar se existem instituições informais pré-existentes que influenciam o comportamento judicial *de facto*.

Considerações finais

O conceito de independência judicial é recorrente nos estudos sobre Judiciário e comportamento judicial. É empregado de modo normativo e descritivo, como ferramenta teórica e também de aplicação prática, em relação aos juízes individuais ou considerados coletivamente, em relação aos outros ramos eleitos do Estado, ao público em geral, à mídia e aos próprios juízes. Isso demonstra o caráter amorfo do conceito, que comporta tantas coisas,

mas, ao mesmo tempo não significa nada. A literatura sobre o tema não o unifica, nem de modo derradeiro consegue explicar seus determinantes e seu valor indispensável para a tomada de decisão judicial. Seja como for, ao longo deste artigo foi apresentado um quadro teórico sobre as dimensões da independência judicial *de jure* e *de facto*, e seus desdobramentos. O objetivo era, em primeiro lugar, organizar a literatura sobre independência judicial, elaborando um esqueleto que dê forma e sistematização ao conceito e, finalmente contribuir para sua incorporação nas análises sobre Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. 2000. Informe sobre independência judicial na Argentina, disponível em www.dplf.org.

BEER, Caroline C. 2006. *Judicial Performance and the Rule of Law in the Mexican States*. Latin American Politics & Society, pp. 33-61.

BRINKS, Daniel. 2004. *Informal Institutions and the Rule of Law: The Judicial Response to State Killings in Buenos Aires and Sao Paulo in the 1990s*. Comparative Politics 36, pp. 1-19.

CAMP KEITH, Linda, TATE, C. Neal e POE, Steven C.. 2009. *Is the Law a Mere Parchment Barrier to Human Rights Abuse?*. Journal of Politics 71, pp. 644-660.

CHÁVEZ, Rebecca Bill. 2004. *The evolution of judicial autonomy in Argentina: Establishing the rule of law in an ultrapresidential system*. Journal of Latin American Studies, vol. 36.

CHÁVEZ, Rebeca Bill; FERREJOHN, John e WEINGAST, Barry. 2010. *A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina*. In Courts in Latin America, ed. Gretchen Helmke and Julio Ríos-Figueroa. New York: Cambridge University Press.

CHÁVEZ, Rebecca Bill. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press.

CLARK, Davis S. 1975. *Judicial Protection of the Constitution in Latin America*. Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 2.

CARRUBA, Clifford J.; GABEL, Matthew; HELMKE, Gretchen; MARTIN, Andrew D. e STATON, Jeffrey K.. *Does Judicial Independence Matter for Judicial Influence*. Disponível em https://fsi.fsi.stanford.edu/sites/default/files/cliff_draft_1.pdf

CONCHA, Hugo e Caballero, José 2002. *La Reforma Judicial en los Estados de México*. In Estado de Derecho y Transición Jurídica. José Ma. Serna de la Garza y José Antonio Caballero Juárez, Eds. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

DARGENT, Eduardo. 2009. *Determinants of Judicial Independence: Lessons from Three 'Cases' of Constitutional Courts in Peru (1982–2007)*. Journal of Latin American Studies 41, pp. 251-78.

DOMINGO, Pilar. 2000. *Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico*. Journal of Latin American Studies, vol. 32, n. 3, pp. 705-735, Cambridge University Press.

FEOLI, Marco. 2016. *Political judicialization and political activism: an approach to Latin America*. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.

FINKEL, Jodi. 2004. *Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s*. Latin American Politics & Society 46, pp. 87-113.

FISS, Owen M. 1993. *The Right Degree of Independence*. In Irwin P. Stotzky, Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary, Boulder: Westview Press.

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

GINSBURG, Tom. 2010. *Judicial Independence in East Asia: Implications for China*. In Judicial Independence in China, ed. Randall Peerenboom. New York: Cambridge University Press.

GINSBURG, Tom. 2014.

GINSBURG, Tom e GAROUPA, Nuno. 2009. *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*. American Journal of Comparative Law 57(1): 103–35.

HAYO, Bernd e VOIGT, Stefan. 2007. *Explaining De Facto Judicial Independence*. International Review of Law and Economics 27(3): 269–90.

HELMKE, Gretchen. 2005. *Courts Under Constraints. Courts, Generals and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press.

HELMKE, Gretchen Helmke e LEVITSKY, Steven. 2006. *Informal institutions and democracy: Lessons from Latin America*. Baltimore: Johns Hopkins University.

HILBINK, Lisa. 2007. *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge: Cambridge University Press.

HILBINK, Lisa. 2012. *The origins of positive judicial independence*. *World Politics*, 64, n. 4, pp. 587-621.

IARYCZOWER, Matías; SPILLER, Pablo e TOMMASI, Mariano. 2002. *Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935–1998*. *American Journal of Political Science*, Vol. 46, No. 4, October 2002, pp. 699–716.

KAHN, Paul. 1993. *Independence and responsibility in the judicial role*. In *Transition to democracy in Latin America: The role of the judiciary*, editado por Irwin Stotzky, 73. Boulder: Westview Press.

LARKINS, Christopher M. 1996. *Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis*. *The American Journal of Comparative Law*, Volume 44, Issue 4, 1 October 1996, pp.605-626

LINZER, Drew e STATON, Jeffrey. 2012. *A Measurement Model for Synthesizing Multiple Comparative Indicators: The Case of Judicial Independence*. Paper presented at the 2011 annual meeting of the American Political Science Association, Seattle, September 1-4.

MCNOLLGAST.2006. *Conditions for Judicial Independence*. *Journal of Contemporary Legal Issues* 15: 105–27.

MELTON, James e GINSBURG, Ginsburg. 2014. *Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence*. *Journal of Law & Courts* 2(2): 187–217.

MONTOYA, Ana Maria. 2013. *Si no vas al Senado, no te eligen magistrado. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)*. *Colombia Internacional*, 155-190.

NEGRETTO, Gabriel e UNGAR, Mark. 1997. *Independencia del poder judicial y estado de derecho en América Latina: Los casos de Argentina y Venezuela*. *Latin American politics and society*, volume 48.

NEUSTADT, Richard E.. *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*. New York: The Free Press: 1991.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal e CASTAGNOLA, Andrea . 2011. *Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America*. In *American Political Science Association 2011 Annual Meeting Paper*.

PERETTI, Terri. 2003. *Does Judicial Independence Exist? The Lessons of Social Science Research*. *JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH*, Stephen B. Burbank, Barry Friedman, eds., pp. 103-133.

POZAS-LOYO, Andrea e RÍOS-FIGUEROA, Julio Antonio. 2017. *Informal Institutions and De Facto Judicial Independence*. Available at: http://works.bepress.com/andrea_pozas_loyo/13/

POPKIN, Margaret. 2004. *Fortalecer la independencia judicial*. En *La Experiencia latinoamericana en reforma de la justicia*, Luis Pásara (Ed.). México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

POSNER, Richard A. 1993. *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*. *Supreme Court Economic Review* 1993, pp.1-41.

RIOS-FIGUEROA, Julio. 2006. *Institutional Models of Judicial Independence in Latin America, 1950-2002*, paper presented at the Latin American Studies Association Congress.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. 2007. Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Studies* 49, pp. 31 – 57.

RIOS-FIGUEROA, Julio. 2011. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke and Julio Ríos-Figueroa. New York, NY: Cambridge University Press, 27–54.

RÍOS-FIGUEROA, Julio e STATON, Jeffrey K. 2012. *An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence*. *Journal of Law, Economics and Organization* 31.

SÁNCHEZ, Arianna; MAGALONI, Beatriz e MAGAR, Eric. 2011. *Legalist versus interpretativist*. In *Courts in Latin America*, editado por Gretchen Helmke e Julio Ríos Figueroa, 187- 218. Nueva York: Cambridge University Press.

SANTISO, Carlos. 2003. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. *Democratization* Ilford, pp161-180.

SHAPIRO, Martin. 1981. *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago: University of Chicago Press.

STATON, Jeffrey K. 2010. *Judicial power and strategic communication in Mexico*. Cambridge University Press.

TAYLOR, Matthew M. 2008. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. San Francisco, CA: Stanford University Press.

VARGAS, Juan Enrique e DUCE, Mauricio. 2000. Informe sobre independência judicial no Chile, disponível em www.dplf.org.

VANBERG, Georg. 2000. Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science* 45, pp. 346-61.

VANBERG, Georg. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press.