

Democracia e Separação de Poderes – Um Balanço Delicado

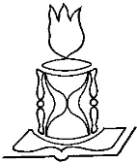
Autor: Cassio Santos Pinto de Oliveira

1º semestre/ 2016

Texto Teórico

Resumo

Um dos pilares dos governos representativos contemporâneos que hoje chamamos de democracias é o princípio de Separação de Poderes - a ideia de que poderes como os de criar, de executar e de julgar leis devem ser exercidos por entes separados institucionalmente, que devem ter prerrogativas que garantam o controle de cada um pelos outros. Embora esse princípio possa soar hoje como indissociável da própria democracia, ele estava ausente nas democracias clássicas, tendo sua gênese teórica e expansão prática nos governos representativos modernos. Entretanto, as prerrogativas específicas conferidas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não tiveram acabamento quando de sua criação, nem se espalharam paulatinamente com desenho e efeitos fixos, dados e estáticos pelo espaço e pelo tempo. Muito pelo contrário, configuraram dinâmicas diversas, cujos estudos são de interesse central para as ciências sociais, sobretudo a ciência política. Realizamos levantamento de alguns desses estudos, partindo de textos clássicos e germinais para chegar a pesquisas contemporâneas que desenvolvem dimensões normativas e empíricas do Princípio de Separação de Poderes no Brasil. Identificando padrões de interação em instituições políticas e atores relevantes para sua compreensão, essas pesquisas mostram que nosso atual sistema de “pesos e contrapesos” oferece um balanço delicado, marcado por situações de coordenação e conflito em arranjos institucionais que conferem atribuições atípicas a cada Poder. Dessa maneira, veremos que uma superficial tricotomia como a de dizer que “o legislativo legisla, o executivo executa e o judiciário julga” não compreende discussões fundamentais para a ciência política contemporânea, como os poderes legislativos e de agenda do Executivo e a judicialização da política.



Introdução

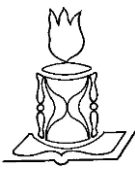
Quando pensamos em regimes modernos ditos democráticos, podemos pensar em diversos elementos constitutivos. Assim, a presença ou ausência de eleições, participação e competição política, *accountability*, império da lei, bem como elementos culturais ou valorativos que confirmam a esses regimes a estabilidade de crenças e instituições relacionadas à democracia e a direitos de cidadania são frequentes termos mobilizados para tentar entender a complexidade de muitos governos representativos modernos, muito embora o debate sobre a necessidade ou a precisão desses critérios, bem como a própria definição de democracia é algo que permanece em aberto e em incessante disputa.

Uma das muitas fontes de discordâncias acerca do significado da democracia parte do fato de que muitos desses termos não datam da criação ou das primeiras práticas de democracia que temos notícia, como a ateniense ou da república romana, mas da concepção das democracias modernas, governos representativos com instituições específicas moldadas para implementar um ideal democrático em Estados que propunham novos desafios para sua implementação, como sua maior escala, para dizer o mínimo. Um dos conceitos centrais que são aí estabelecidos, e está no cerne do que hoje entendemos por democracia é o Princípio de Separação de Poderes.

O princípio, fortemente inspirado pelos escritos de Montesquieu sobre governos moderados, nos quais “é preciso que o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 1996: 166), teve talvez a melhor documentação de sua incorporação e defesa teórica e institucional nos artigos Federalistas.

Os artigos foram escritos para convencer o público de Nova York sobre a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América, e documentam a fundamentação da transformação da Confederação das Treze Colônias dos EUA num Estado Federativo efetivo. Não apenas a proposta foi amplamente vitoriosa, mas seus ecos se fazem presentes na maioria dos governos representativos atuais, que estruturam-se com base no Princípio de Separação de Poderes, ainda que o desenho institucional resultante como um todo varie de país para país.

Com o Brasil não é diferente. Desde nossa primeira Constituição, a de 1824, na alvorada do Império, a Separação de Poderes foi adotada, na época com os poderes “Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial” (ESTADO, 1824: arts. 9 e 10). Desde então, abolida a Monarquia, o Brasil teve mais seis Constituições, em regimes



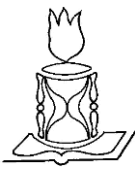
muito distintos, mas sempre mantendo a separação, dessa vez entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Algumas atribuições desses poderes são frequentemente enunciadas em formas simplificadas, como dizer que cabe “ao Legislativo fazer as leis, ao Executivo executar as leis e ao Judiciário julgar de acordo com as leis.”¹ Para fins meramente analíticos, chamamos essas atribuições simplificadas de atribuições ou funções *típicas* ou *esperadas*, porque são tradicionalmente usadas para explicar de forma *abstrata* o que se espera tipicamente de cada Poder. Cabe dizer, entretanto, que esse tipo de colocação não é encontrado em nenhum momento em nossa Constituição. Ao contrário, todas as normas sobre as competências de cada Poder consideram depositários específicos desses poderes em seus dispositivos legais, conferindo um caráter específico e concreto às funções de cada um deles. Mas o mais importante aqui é que essas funções, no plano *concreto*, estabelecem diversas *sobreposições funcionais*, ou seja, atribuições típicas de um Poder são exercidas por uma entidade de outro Poder (como o poder de julgar casos de *impeachment*, que cabe a órgãos do Legislativo, e não do Judiciário, por exemplo).

Em outras palavras, as atribuições de legislar, aplicar e implementar legislação e julgar não são atribuídas constitucionalmente aos poderes *per se*, mas a indivíduos e órgãos institucionais que representariam esses Poderes, ou braços do governo. Cada um desses representantes tem incumbências específicas e concretas. Por exemplo, segundo a nossa atual Constituição (BRASIL, 1988), expedir decretos para a fiel execução de leis [federais] é competência privativa do Presidente da República, e não do “Executivo federal” em abstrato, o que se fosse o caso consideraria também os Ministros de Estado, por exemplo (artigo 84, IV). Só que também é competência do Presidente da República recomendar e vetar leis, bem como criar regulamentos e medidas provisórias com força de lei, por exemplo (artigo 84) – atribuições de caráter legislativo por excelência.

Portanto, podemos entender que, para cada um dos Poderes, contamos com competências específicas que reportam-se a atribuições *típicas* – caracterizadas por serem razoavelmente condizentes com as expectativas de sua atuação, *ainda que essas expectativas sejam pouco orientadas por sustentação concreta* – ou *atípicas* –

¹ Embora superficial e simplória, a definição está de acordo com as teorias políticas europeias que deram origem à Separação de Poderes como entendemos hoje, tendo como um de seus mais conhecidos representantes o Barão de Montesquieu. Veremos, entretanto, que mesmo nas primeiras formulações que utilizamos da Separação de Poderes essa definição pode ser relativizada.

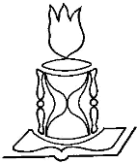


caracterizadas por se sobreporem às funções esperadas por outro Poder. Esse cenário de superposição funcional complexifica a compreensão de nosso sistema político, nos mais diversos aspectos, como o da governabilidade e o da produção de políticas públicas pelo Estado como um todo.

O que pretendemos nesse breve ensaio é fornecer subsídios para uma discussão sobre essas funções – típicas e atípicas – de cada Poder, pontuando algumas das relações e tensões debatidas pelos estudos empíricos recentes em ciência política. Adotamos como foco esse último aspecto do sistema político – a saber, a produção de políticas públicas – de um ponto de vista dos arranjos institucionais vigentes no Brasil. Começaremos com uma discussão mais ampla sobre o Princípio de Separação de Poderes, como pensado pelos Federalistas; então, partiremos para a descrição de algumas dessas funções e suas respectivas sobreposições, guiados por estudo de Taylor (2007) e conforme seu estabelecimento por nosso atual ordenamento jurídico. Na última seção, abordaremos dois debates atuais e relevantes que ajudam a compreender parte dessas sobreposições: o das *prerrogativas legislativas do Poder Executivo* e o da *judicialização da política* e, mais especificamente, das políticas públicas. Com essa estratégia, que reconhecidamente preza pela abrangência em detrimento da exaustão, esperamos (mesmo num curto espaço) conseguir trazer tanto questões mais amplas quanto mais específicas e qualificar o debate sobre a Separação de Poderes, na teoria e na prática.

Separação de Poderes – A superação dos males da concentração de poder

A separação de Poderes tem uma de suas clássicas formulações e justificações institucionais efetivas aplicada a regimes ditos democráticos nos artigos Federalistas. Os autores, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, tinham o objetivo de consolidar um argumento coeso em defesa de uma Constituição dos EUA, que precisaria ser aprovada pela ratificação de estados da então Confederação na Convenção Constitucional da Filadélfia de 1787. O argumento foi separado em oitenta e cinco artigos, direcionados ao estado de Nova York, e assinados com o pseudônimo *Publius*, em possível referência a Publius Valerius Publicola, “eloquente e nobre cidadão romano que salvou o republicanismo romano” (PEACOCK, 2010: 5). Os



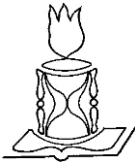
artigos foram posteriormente compilados no livro *O Federalista*, em inglês *The Federalist Papers*.

A discussão sobre atribuições e limitações de poderes como o Executivo e o Legislativo se faz presente de alguma forma em quase todos os textos clássicos de teoria e filosofia política, não sendo de forma alguma inaugurada pelos Federalistas. O que os autores trouxeram de novo foi uma proposta efetiva de separação formulada em termos da limitação de um poder pelo outro, baseada em pressupostos específicos sobre a atuação desses Poderes, e em particular, do Legislativo, de forma a apontar para o que consideraram uma nova forma de tirania, baseada na concentração de poder em apenas um braço de governo. O interesse particular nessa formulação se dá pelo fato de que ela inaugura a ideia de uma necessidade de uma relação de *pesos e contrapesos* [*checks and balances*] entre os Poderes, que é transplantada posteriormente para grande parte das Constituições do mundo, inclusive a nossa.

Não é nosso objetivo destrinchar todas as nuances do argumento desenvolvido pelos autores, mas apenas destacar alguns pontos no que diz respeito à justificativa mais enfática da Separação, encontrada no artigo 51 e algumas atribuições gerais pensadas para cada Poder que foram aproveitadas por nossa atual Constituição.

No artigo 51 d'O Federalista, intitulado *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*, Publius defende que a divisão de poder entre os vários braços do governo deve ser feita de modo que os membros de cada poder dependessem tão pouco quanto possível dos membros de outros poderes para os emolumentos associados a seus cargos. Essa independência garantiria certa margem de autonomia para que bem exercessem suas funções. Entretanto, "a grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros." Além disso, as medidas de defesa devem, nesse caso, ser proporcionais ao perigo de ataque. A ambição deve poder contra-atacar a ambição" (MADISON et al., 1993: 350). Os autores continuam, ainda na mesma página, demonstrando a premissa por trás dessa visão de concentração de poder:

Talvez não seja lisonjeiro para a natureza humana considerar que tais estratégias poderiam ser necessários para o controle dos abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário



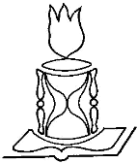
governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é preciso primeiro capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a controlar a si próprio. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias.

Portanto, o que vemos é uma profunda desconfiança² em relação à concentração de poder, que parte da constatação de que uma postura ambiciosa para com o poder seria própria da natureza humana. A Separação de Poderes é pensada, portanto, como um esquema de suprir por interesses opostos e rivais a necessidade de controle mútuo dos detentores de poder.

Se as medidas de defesa devem ser proporcionais ao perigo de ataque, esse perigo de ataque não seria igual em todos os Poderes. Enquanto teríamos um perigo de ataque maior da autoridade legislativa, que predominaria necessariamente no governo republicano, os outros dois poderes seriam mais fracos, devendo possuir meios adicionais de precaução. É já a partir daí que temos uma formulação clara a favor de atribuições atípicas é encontrada: a defesa do poder absoluto de veto do Executivo sobre as leis promulgadas pelo Legislativo. Também aí se faz presente uma justificação do bicameralismo, que divide o Congresso em duas casas, a fim de desconcentrar poder. Na última seção, veremos que nosso sistema incorpora essa medida, e adota outras adicionais.

O Judiciário, em sentido semelhante, é proposto como um poder ainda mais fraco – “incomparavelmente mais fraco do que os demais” – pois a ele caberia julgar e dizer o que a lei é, não detendo a influência sobre a espada [Executivo, em suas prerrogativas de governo] nem sobre a bolsa [Legislativo, em suas prerrogativas legislativas, na qual deteria controle sobre destinação de recursos econômicos] (MADISON et. al., 1993: art. 78). Desse modo, se o Executivo necessitaria de meios para dispor sobre as políticas do Parlamento, o Judiciário necessitaria de precauções

² Essa desconfiança é formulada de diversas formas em outros momentos em “O Federalista”, e tem sua historiografia específica, que a relaciona com uma postura crítica e muito preocupada com a atuação do Parlamento das Treze Colônias na época, especialmente no que diz respeito aos conflitos que envolviam o direito à propriedade. Embora não tenhamos fôlego para tratar dessas questões aqui, algumas boas referências são Peacock (2010) e os artigos 9 e 10 d’O Federalista (MADISON et. Al., 1993), que tratam do combate aos perigos do facciosismo.



quanto a sua independência dos outros Poderes. Para os Federalistas, essa independência se daria principalmente pela vitaliciedade (mandatos vitalícios impediriam que juízes fossem tirados do cargo por discricção de órgãos dos outros Poderes) e a irredutibilidade de proventos (art. 79) (a fim de que esses órgãos também não pudessem “controlar a bolsa” do Judiciário). Nossa atual Constituição pensa a questão da independência no mandato pela aposentadoria compulsória, e incluiu a irredutibilidade de subsídios no mesmo sentido da irredutibilidade de proventos.

O possível poder de influenciar em políticas pelo Judiciário, entretanto, em sua possibilidade de julgar casos concretos, é pouco discutido pelos autores. Sua resposta a esse tipo de questão desassociou a interpretação de leis a sua possível modificação. Entretanto, o debate desde então se alterou bastante, e o que temos hoje são discussões e modelos que pensam a atuação do Judiciário nos EUA como efetivo *policy maker*, não meramente interpretando as leis de modo formal e de acordo com parâmetros técnico-jurídicos de interpretação, mas considerando outros fatores, o que faria com que esse Poder pudesse ser pensado como tão “político” quanto os outros dois (SEGAL & SPAETH, 1993; 2002; EPSTEIN & KNIGHT, 1997). Se concordamos com essa premissa, temos então também no poder Judiciário um ponto de veto para políticas na revisão judicial de leis vis-à-vis a Constituição.

Dessa forma, o que podemos observar é que a sobreposição funcional configura funções atípicas e preocupações gerais com a independência e autonomia dos três Poderes já nos Federalistas, e que muitas dessas questões foram trazidas para o Brasil, já que também adotamos a Separação de Poderes, à nossa maneira, e boa parte do desenho institucional proposto. Em particular, do ponto de vista da formulação de políticas públicas, temos no Executivo e possivelmente no Judiciário (TAYLOR, 2008) pontos de veto potencial a atores políticos dispostos a barrar leis aprovadas pelo Legislativo.

Veremos agora um panorama descritivo de outras sobreposições funcionais encontradas no sistema político brasileiro.

Funções Típicas e Atípicas no Brasil

Para exemplificar diferentes formas de atuação entre Poderes, Matthew Taylor, a partir de Birkland (2001:47), propõe uma tabela para melhor compreendê-las, que reproduzimos abaixo.



Instituição			
Função	Congresso	Executivo	Judiciário
Legislativa	Faz leis.	Recomenda leis; veta leis; cria regulamentos e medidas provisórias com força de lei.	Revisa as leis para determinar ou julgar a intenção legislativa.
Executiva	Derruba vetos presidenciais; veta medidas provisórias.	Aplica e implementa as leis.	Revisa os atos executivos; restringe ações executivas por via de liminar.
Judicial	Propõe e julga casos de <i>impeachment</i> ; instaura Comissões Parlamentares de Inquérito.	Nomeia ministros (com subsequente aprovação legislativa).	Interpreta e julga a constitucionalidade das leis.

Fonte: Taylor (2007:250).

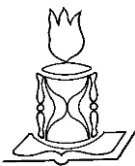
Nota: A função principal de cada poder, o que chamamos analiticamente de função típica, está indicada nas células destacadas. Funções atípicas estão exemplificadas nas outras células.

A tabela de Birkland, criada em seu livro que se propõe a melhor compreender o processo de produção de políticas, reforça as sobreposições entre Poderes. Em particular, na adaptação de Taylor, vemos claramente uma sobreposição funcional, como apontamos nas seções anteriores.

Descrevemos agora rapidamente cada uma das funções atípicas mencionadas nas células em branco.

O Congresso teria as funções Executivas de derrubar vetos presidenciais, revendo a matéria vetada e, assim, possibilitando mantê-la, com votos de uma maioria absoluta de membros das duas casas - Câmara dos Deputados e Senado Federal – em contraposição à maioria simples requerida para a aprovação da maior parte das leis³. No âmbito judicial, como enunciamos anteriormente, já nos Federalistas se propunha que o Congresso votasse casos de *impeachment*, e isso é uma atribuição que vale para interferir em má conduta tanto de membros do Executivo quanto do

³ A maioria simples requer a votação da maioria dos presentes dentro de um quórum mínimo para a aprovação de uma medida. A maioria absoluta se distingue por exigir que a maioria de membros, dentre o total de membros da Casa vote por essa aprovação. Assim, se há 60 de um total de 81 senadores, a regra de maioria simples exigiria que apenas 30 votassem favoravelmente a uma questão, enquanto a de maioria absoluta exigiria 41 (a metade de 81 arredondada para cima).



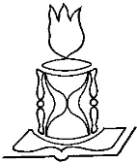
Judiciário. Na nossa atual Constituição, isso se mantém. Assim, ainda que o rito do *impeachment* seja definido pelo STF, sua votação é feita pelo Congresso, com base em leis (no caso do Executivo, crimes de responsabilidade) e, portanto, de caráter a princípio jurídico, mas com fortes traços políticos, como vimos no debate recente sobre o impedimento da presidenta Dilma Rousseff. Ademais, os nossos parlamentares julgam também a si próprios, instaurando Comissões Parlamentares de Inquérito, as CPIs.

Quanto ao Executivo, ainda do ponto de vista judicial, ele interfere diretamente na composição do Supremo Tribunal Federal (STF) e outros órgãos do Poder Judiciário, indicando membros. Mas não interfere sozinho. No caso do STF, por exemplo, esses membros devem ser aprovados pela maioria absoluta de membros do Senado Federal. Portanto, temos não apenas a interferência do Executivo, mas também do Legislativo na indicação e aprovação de ministros. Quanto às funções legislativas do Executivo, além da recomendação e veto de leis e regulamentos, o Executivo começou, a partir de 1988, a poder editar medidas provisórias, espécies de decretos temporários com força de lei, que entram em vigor imediatamente após sua promulgação e só são votadas posteriormente no Congresso.

Por fim, temos um Judiciário que pode revisar atos dos poderes Executivo e Legislativo consumados em suas leis e atos normativos à luz da Constituição, seja a partir de casos concretos que opõem partes em disputa processual, seja diretamente analisando a própria norma por um tribunal constitucional. Ao analisar atos do Poder Executivo, ele pode restringi-los por meio de liminares, o que na prática significa que ele consegue fazer um exame e barrar ações imediatas (inclusive as próprias medidas provisórias) mesmo antes de considerar o mérito substantivo das questões em julgamentos finais, ou seja, por critérios mais flexíveis que os utilizados no exame detido de cada caso e ato normativo em questão. É verdade que o Judiciário teria apenas papel reativo, já que todos esses julgamentos são feitos apenas por provocação de outros atores que não as próprias cortes em questão.

As prerrogativas legislativas do Executivo e a Judicialização da política e das políticas públicas - balanço delicado entre Poderes no Brasil

Dentre as sobreposições descritas, algumas têm ganhado bastante atenção no debate político tanto acadêmico quanto público, no Brasil e fora dele. Direccionando

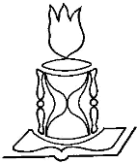


nosso olhar ao processo de elaboração de políticas, nos focaremos em dois debates, em particular: o das prerrogativas legislativas do Executivo e o da chamada judicialização da política e das políticas públicas. Fazemo-lo pois quando pensamos em funções típicas de elaboração de políticas, logo pensamos no Legislativo e essas discussões nos ajudam a melhor compreender como o Executivo e o Judiciário também participam desse processo.

Em *Presidents and Assemblies*, os autores Matthew Shugart e John Carey (1992) realizam estudo comparado, no qual encontram resultados que relativizam as distinções de uma dicotomia ortodoxa entre regimes parlamentares e presidencialistas, ao apontar para mecanismos institucionais pelos quais os Poderes podem se relacionar de maneiras múltiplas em países diferentes, mesmo dentro de um mesmo tipo de regime, em especial o presidencialista. Dentre essas relações, uma possível seria a ação do Poder Executivo por meio de prerrogativas legislativas a ele conferidas em certos países (capítulo 7). Essa ação, entre outras, poderia ajudar a resolver conflitos e conferir, por exemplo, eficiência ao regime. Também apontam para possíveis tensões provocadas pela atuação do Executivo na produção legal, mas que também haveria margem possível para a delegação de poderes pelo Congresso, sem abrir mão efetivamente de seu poder, mas apenas reconhecendo que o Executivo poderia ter maior capacidade de resolver alguns problemas de ação coletiva, coordenação e instabilidade.

No contexto brasileiro, essa discussão foi muito bem aproveitada, tendo em vista o contexto de redemocratização e discussão entre diferenças essenciais entre parlamentarismo e presidencialismo, passando por (mas não culminando na) aprovação por plebiscito do regime presidencialista em 1993.

Dessa forma, Argelina Figueiredo e Fernando Limongi escrevem em 1999 *Executivo e Legislativo na Ordem Constitucional*, texto que, seguindo a linha de Shugart e Carey, refuta a tese de que o presidencialismo teria componentes inerentes e insolúveis de falta de coordenação para tomada de decisões em comparação com o parlamentarismo. Ao fazê-lo, concluem que para o caso brasileiro haveria um resultado oposto ao esperado por muitos analistas da época. Ao contrário de um sistema excessivamente consociativista (no sentido de LIJPHART, 2003), cujos múltiplos pontos de veto impossibilitariam a cooperação entre Executivo e Legislativo para a produção de políticas (MAINWARING, 1997), induzindo à ingovernabilidade e paralisia decisória (LAMOUNIER, 1994), o Brasil seria plenamente governável, no âmbito do



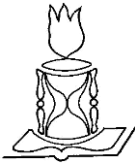
presidencialismo de coalizão (ABRANCHES, 1988), por diversos mecanismos que a autora e o autor tão bem explicitam.

Dentre esses muitos mecanismos estão justamente as prerrogativas legislativas do Poder Executivo. Destacaremos ao menos um ponto a respeito: a edição de medidas provisórias com força de lei, o "mais poderoso instrumento legislativo de que dispõe o Executivo" (FIGUEIREDO e LIMONGI, 1999: 13). Esse mecanismo descrito na seção anterior teria a capacidade de alterar imediatamente o status quo, sem o custo de culpar diretamente um ou outro parlamentar pela medida tomada, caso a mesma fracasse. Dessa forma, foi utilizada em diversos contextos para aprovar medidas centrais e imediatas, como planos macroeconômicos. Por outro lado, seu uso também poderia acarretar uma redução fática do poder do Congresso, com prerrogativas políticas reduzidas à negação de medidas já estabelecidas pelas Medidas Provisórias, diminuindo sua própria agenda. Esse tipo de função negativa seria ainda dificultado pela alteração imediata de status quo, que poderia aumentar os custos de negação de medidas bem-sucedidas.

Os achados do livro vão ainda muito além, mas para os fins aqui pretendidos é suficiente apontar para as ponderações trazidas a fim de elucidar como funções atípicas podem ser centrais inclusive ao próprio funcionamento e estabilidade do Estado.

Finalizamos com a discussão de outro exemplo de debate que vem crescendo entre estudiosos, sobretudo do Poder Judiciário, e que também elucidada essas questões: o da judicialização da política.

Embora o conceito de "judicialização da política", e principalmente sua operacionalização, tem dividido estudiosos, sua definição está na coletânea *The Global Expansion of Judicial Power*, de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995). Segundo Vallinder, o termo judicialização envolve "a infusão de cortes judiciais em arenas políticas e a adoção de processos de tomada de decisão parecidos com os adotados em cortes ou legalistas em arenas não-judiciais" (VALLINDER e TATE 1995). Em outras palavras, a judicialização tem um sentido duplo: por um lado, estaria presente na atuação de cortes em arenas políticas. Por outro, na atuação de atores políticos propriamente dita, adotando ritos próximos aos adotados por juízes. Logo vemos que essa definição engloba diversas das questões de sobreposição e tensão entre Poderes que descrevemos. No caso de julgamentos de *impeachment*, por exemplo, como já dito, temos uma tensão inerente ao rito entre seu caráter jurídico e

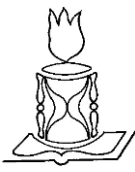


o político. Do ponto de vista da elaboração de políticas, no qual nos focamos, para haver a judicialização seria necessário que as cortes tivessem mecanismos de poder de natureza política. Tal natureza poderia ser pensada de duas formas: primeiro por poderem influenciar políticas em geral e segundo por agirem como efetivos elaboradores de política(s), o que é possível se aceitamos a premissa ora enunciada de que as interpretações de juízes podem envolver outros parâmetros que não meramente os estritamente técnico-jurídicos para tomar suas decisões (conscientemente ou não). Desse modo, a ação de juízes ao revisar leis de acordo com a Lei Fundamental, a Constituição, não seria meramente *dizer o que a lei é*, como suposto pelos Federalistas⁴, mas mudar efetivamente as políticas. Mas não basta que esses mecanismos existam. Eles também devem ser utilizados de fato, tendo impacto político efetivo.

Esse impacto é possibilitado no Brasil pelo nosso sistema de adjudicação constitucional, o qual tem a peculiaridade de combinar dois sistemas chamados *difuso* e *concentrado* num mesmo tribunal, o STF. Esses sistemas configuram diferentes meios pelos quais normas e políticas podem ser efetivamente questionadas, sendo o primeiro caso a caso, como nos EUA, e o segundo diretamente no questionamento de leis concretas, como na tradição de cortes constitucionais europeias.

Dessa forma, a principal via pela qual o nosso sistema de justiça se configuraria como um poder de influenciar em políticas seria pela revisão ou controle de leis e atos normativos de acordo com a Constituição. Isso se dá por um lado pela revisão judicial de casos concretos trazidos a cortes em geral (podendo esses casos chegar até o STF como última instância via recursos) e julgados à luz da interpretação que juízes tem da Constituição (sistema difuso). Por outro, pelo controle de constitucionalidade abstrato de leis, que entram no nosso Judiciário diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (sistema concentrado). Esse controle abstrato faz com que atores possam questionar *diretamente* a constitucionalidade de leis e atos normativos (poderes Legislativo e Executivo) exclusivamente no STF que, se as julgar em desacordo com a Constituição pode determinar que as mesmas sejam revogadas. Isso confere ao STF, em perspectiva comparada internacionalmente, um sistema único por seu

⁴ Visão, cabe dizer, notavelmente influenciada pela ideia de poder “invisível e nulo” de Montesquieu (1996).



hibridismo (ARANTES, 1997; 2007), de exames concreto e abstrato de constitucionalidade presentes num mesmo Tribunal⁵.

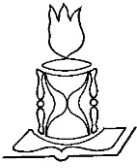
Essas e outras prerrogativas, como a de julgar originariamente parlamentares por foro privilegiado, casos de extradição e pedidos de *Habeas Corpus*, concentra amplos poderes no STF, entendidos como mecanismos para influenciar a(s) política(s). Isso é ponto relativamente pacífico. O debate que ainda encontra-se em aberto no Brasil é o quanto esses mecanismos são efetivamente utilizados na interpretação e na alteração ou revogação de políticas, e o quanto isso corrobora a hipótese de judicialização.

Taylor, no mesmo texto da tabela que utilizamos (TAYLOR, 2007), pensando sistematicamente o papel do Judiciário no sistema político brasileiro, mais especificamente na formulação de políticas públicas, destaca:

É amplamente reconhecido que, embora o Judiciário não possua “nem a bolsa nem a espada” –, ou seja, nem os poderes orçamentários do Legislativo nem os poderes coercitivos do Executivo –, ele tem um considerável poder político como depositário da fé pública nas regras do jogo. O Judiciário desempenha um papel central na determinação e aplicação de princípios tanto constitucionais quanto ideais, tais como o *Rechtsstaat* ou *état de droit* [Estado de Direito]. Ele decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes.

A ciência política reconhece, há pelo menos meio século, que o Judiciário preenche um papel político como uma instituição “para a tomada das decisões sobre questões controversas da política nacional” (Dahl, 1957:279). É sabido que muitas vezes os requerentes usam o Judiciário como mais uma oportunidade ou instância política – um “*venue*” – e não como fonte de verdades constitucionais e legais. E se reconhece que os juízes freqüentemente operam com base em critérios outros que os unicamente legais quando julgam processos importantes.

⁵ A revisão da constitucionalidade nos casos concretos de disputa (sistema difuso) também pode ser feita por tribunais inferiores, mas no limite a disputa pode chegar – e chega – ao STF por via recursal.



Mesmo quando eles se mantêm constrangidos por critérios totalmente legais, pela própria natureza da revisão judicial, eles acabam tomando decisões que influenciam ou até criam políticas públicas (ver Ferejohn, 2002).

No entanto, freqüentemente existe uma percepção pública de que há algo errado nessa atuação política dos tribunais no processo de formulação de políticas públicas. Pode até ser que o Judiciário prefira ocultar sua atuação atrás de um muro legalista, para tentar preservar sua legitimidade como o único poder não escolhido através de procedimentos abertamente democráticos. Certamente, a crescente judicialização e o conseqüente crescimento do impacto judicial em quase todo o mundo trouxeram consigo uma mudança no discurso sobre a influência judicial na política e, em especial, uma crítica muito forte, por parte dos poderes eleitos, aos "legisladores não-eleitos". Mas é preciso reconhecer a importância dessa função política judicial e mais, sua inevitabilidade.

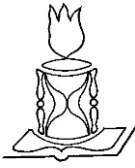
Taylor, M. 2007: 248-249. Colocações entre colchetes são nossas.

Essa inevitabilidade é o que faz com que, independente das caleidoscópicas razões por trás de cada decisão dos tribunais brasileiros, suas decisões tenham impactos políticos consideráveis. Esse impacto tem sido muito notado em debates atuais, como o da judicialização das políticas públicas de saúde, num cenário onde juízes e ministros do STF, em contendas referentes à concessão de medicamentos caros (envolvendo custos significativos para o orçamento da União) tem frequentemente decidido a favor dessa concessão - nada mal para quem não deteria controle sobre "a bolsa".

Breves considerações finais

Esperamos ter demonstrado – sem chegar perto de esgotar – alguns dos muitos tipos de tensão entre poderes possibilitados não por um Princípio de Separação de Poderes em abstrato, mas por seus contornos práticos de desenho institucional que, analisados em seus pormenores, claramente especificam padrões muito particulares de sobreposição funcional, cuja compreensão é peça chave para o entendimento mais profundo de nosso sistema político - e de outros.

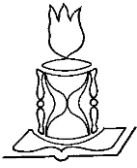
Essa tensão nem sempre resulta em conflitos efetivos, ou jogos de soma zero, sendo certamente muito mais nuançada, como verificamos de alguma forma nos incentivos razoáveis de cooperação do Legislativo frente à atuação do Executivo em suas prerrogativas legislativas. Entretanto, os conflitos estão e estarão sempre presentes, não sendo entretanto fruto de um sistema disfuncional, mas de um sistema de alta complexidade institucional, o que implica em sobreposições funcionais e funções atípicas com as quais se deve conviver. Isso vale não apenas para o Brasil, mas para qualquer democracia moderna. Dado o caráter de nosso argumento, a generalidade está justamente na especificidade: em outras palavras, qualquer país está sujeito a essa complexidade justamente porque o princípio de Separação de



Poderes, como diz o nome, é apenas um princípio, que deixa em aberto escolhas institucionais mais específicas, que envolvem sobreposições desde sempre.

A própria elaboração e manutenção de políticas públicas é um tema incrivelmente amplo, que tem muitas outras vertentes e diálogos analíticos, do ponto de vista de conflitos entre Poderes, federativos e muitos outros. Nossa abordagem sobre o tema é em si mesma, sem intenções de trocadilho, atípica, no sentido de que não trata de algumas questões caríssimas à literatura de produção e análise política de políticas públicas, como a importância de fatores associados a sua implementação e execução, por exemplo.⁶ Tentamos apontar para fatores potenciais e empiricamente verificados de como influências de poderes que não o legislativo influenciam e moldam políticas. São apenas apontamentos, e muito mais poderia ser dito. Modestamente, esperamos ter ajudado, em nossa breve discussão e ligeiros – contudo significantes – exemplos, a desmistificar certas crenças acerca da atuação efetiva dos Poderes em seus entes institucionais e principalmente qualificar debates em geral sobre o funcionamento de nosso sistema político.

⁶ Um texto fundamental e clássico a respeito é o de Lipsky (2010 [1980]). A perspectiva *bottom-up* dos efeitos da implementação de políticas públicas pelas “burocracias de nível da rua” é outro bom exemplo de um caso de modificação efetiva do conteúdo substantivo de políticas pelo poder Executivo.



Referências Bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. Educational Book Publishers, 1997.

_____. *Judiciário: entre a Justiça e a Política* In: Lucia Avelar; Antonio Octavio Cintra. (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP, 2007, pp. 81-115.

BIRKLAND, Thomas A. *An Introduction to the Policy Process: Theories, Concepts, and Models of Public Policy Making*, ME Sharpe Inc., Armonk, New York, p. 295, 2001.

BRASIL. *Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

EPSTEIN, L., & KNIGHT, J. *The Choices Justices Make*. SAGE, 1997.

ESTADO, Conselho de. *Constituição Política do Imperio do Brazil* (Rio de Janeiro: Conselho de Estado), 1824.

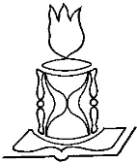
FIGUEIREDO, A. C., & LIMONGI, F. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

LAMOUNIER, Bolívar. *A democracia brasileira de 1985 à década de 1990: a síndrome da paralisia hiperativa. Governabilidade, sistema político e violência urbana*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1994.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Editora Record, 2003.

LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy*, 30th Ann. Ed.: *Dilemmas of the Individual in Public Service: Dilemmas of the Individual in Public Service*. Russell Sage Foundation, 2010.

MADISON et. al. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira. 1993.



MAINWARING, Scott. Presidentialism and democracy in Latin America. Cambridge University Press, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo, Martins Fontes. 1996.

PEACOCK, Anthony A. How to read the federalist papers. Heritage Foundation, 2010.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The Supreme Court and the Attitudinal Model. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1993.

_____. The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited. Cambridge University Press, 2002.

TAYLOR, Matthew M. Como o judiciário brasileiro interfere nas políticas públicas. 2007.

_____. Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford University Press, 2008.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. New York: New York University, 1995.