



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão

*Lucas Faber de Almeida Rosa**

Resumo: O postulado da separação de poderes desempenha papel central na jurisprudência dos Tribunais Superiores, norteando diversos posicionamentos sobre questões fundamentais das instituições brasileiras. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é refletir criticamente sobre o conceito de separação de poderes tradicionalmente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina pátria em face das condições reais sobre as quais se desenvolve o Estado brasileiro no modelo do presidencialismo de coalizão, assim como o papel que pode ser desempenhado pelo Poder Judiciário na promoção da democracia deliberativa.

Palavras-chave: *Direito Constitucional. Democracia. Teoria Constitucional. Poder Judiciário. Jurisdição Constitucional. Separação de Poderes.*

Abstract. The principle of the separation of powers plays a central role in the jurisprudence of the Superior Courts, guiding different positions on key issues of Brazilian institutions. In this sense, the purpose of this article is to critically reflect on the concept of separation of powers traditionally used by the Supreme Court and the Brazilian doctrine before the actual conditions in which the Brazilian coalitions develops its presidentialism model as well as the role that can be played by the judiciary in promoting deliberative democracy.

Keywords. *Democracy; Constitutional Theory. Judiciary; Judicial Review; Separation of Powers.*

* Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Advogado.

1. Considerações iniciais

O postulado da separação de poderes é reiteradamente suscitado nos debates políticos e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), constituindo não só fundamento importante para decisões fundamentais da sociedade brasileira, como também verdadeiro álibi argumentativo do Poder Judiciário.

Nessa direção, não raras vezes as decisões do STF realizam longas digressões a respeito desse fundamento constitucional, tradicionalmente caracterizado pela doutrina dominante como pressuposto para a efetiva construção de um Estado constitucional. Desse modo, a separação de poderes ainda é vista pelo Poder Judiciário como premissa abstrata que se desenvolve sobre a noção estanque de segmentação de funções entre os Poderes da República.

Entretanto, a dinâmica das relações de poder não aponta para a existência concreta de uma atuação dos membros dos Poderes de forma independente, tendo como parâmetro tão somente a função constitucionalmente atribuída à sua instituição. De fato, o processo de tomada de decisões envolve uma série de fatores que não podem ser analisados apenas sob a ótica formal consolidada na doutrina sobre a relação entre os atores políticos.

Nessa perspectiva, é necessário apreender que partidos e coalizões regionais repercutem de forma decisiva no comportamento dos atores políticos, que são pautados principalmente por seus compromissos políticos, em detrimento do que supostamente deveria representar o respectivo Poder. No caso do presidencialismo de coalizão brasileiro, um posicionamento, seja judicial, seja político, que busque respaldo no tradicional conceito de separação de poderes olvida aspectos relevantes da controvérsia levada à sua apreciação.

Destarte, a revisão do postulado da separação de poderes pode abrir nova via de análise do arranjo institucional brasileiro, propiciando atuação diferenciada do Poder Judiciário no diálogo com outras esferas de poder e, conseqüentemente, no contexto do presidencialismo de coalizão brasileiro e seus efeitos na democracia deliberativa.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é problematizar a visão tradicional do postulado da separação de poderes, fundamentada exclusivamente na relação entre os Poderes formalmente constituídos, para abarcar fatores reais de poder, como partidos políticos e coalizões, que influem decisivamente no comportamento dos atores políticos. Com isso, pretende-se vislumbrar nova atuação do Poder Judiciário, verdadeiramente promotora da democracia deliberativa, em face do presidencialismo de coalizão brasileiro.

2. A visão tradicional da separação de poderes: teoria e crítica

A separação de poderes tem desempenhado papel fundamental na argumentação política e judicial dos atores envolvidos nos processos de tomada de decisões fundamentais brasileiros. Nesse sentido, as relações institucionais têm sido analisadas e modificadas com base no modelo consolidado na doutrina jurídica, importado das noções preliminares introduzidas por Montesquieu e nas ideias difundidas por James Madison no Federalista n. 51.

De fato, sedimentou-se na doutrina brasileira a ideia de que a separação de poderes “consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente”¹.

Nessa linha, malgrado haja debate na doutrina a respeito da extensão dos poderes de cada ente, ou mesmo do parâmetro de divisão das atribuições e o caráter diferenciador aplicado, mantém-se incontestável a ideia abstrata de separação dos Poderes da República como noção condutora das soluções para as questões institucionais brasileiras, até mesmo quando se trata do exercício do controle de constitucionalidade pelo STF.

Dessa maneira, o postulado da separação de poderes é compreendido como mecanismo necessário no qual cada ente político, ao buscar a concretização de suas funções institucionais, exerceria um contraponto sobre a atuação de outro Poder da República. Trata-se, em verdade, da conceituação adotada por James Madison no Federalista n. 51, em que asseverou que “é evidente que cada departamento deverá ter uma vontade que lhe seja própria (...). Deve fazer-se com que a ambição contrabalance a ambição”.

Bem se vê que, no que diz respeito à separação de poderes, o foco adotado pelo entendimento doutrinário sedimentado é a premissa de que os entes políticos possuem vontades próprias que se contrapõem, possibilitando o controle recíproco de suas ações. Nesse sentido, a doutrina jurídica dominante estabelece fórmula estanque de separação de poderes, volvida exclusivamente à operacionalização do controle formal da atuação estatal.

Semelhante percepção reflete-se na própria jurisprudência do STF, que reiteradamente analisa questões fundamentais para o desenho institucional brasileiro sob a ótica tradicional da separação de poderes. Nessa linha, é interessante transcrever trecho do voto do Ministro Cesar Peluso na ADI n. 3367/DF, no qual é clara a opção hermenêutica trilhada pela jurisprudência pátria:

Esse conjunto de ideias foi substrato teórico que governou os federalistas na engenharia do esquema de contenções e compensações que, figuradas nos “checks and balances”,

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37 edição. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 161.

concretizaram a mais curial resposta política à necessidade da existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum transpusesse seus limites institucionais. Sem descuidar o dogma da separação entre as funções, que as quer independentes e bem definidas, sublinharam toda a importância dos instrumentos de fiscalização recíproca, como peças essenciais na engrenagem da divisão e do equilíbrio entre elas, a serviço da resistência à intrusão e à tirania.

Perceba que a solução jurídica adotada para problemas político-institucionais relevantes, como ocorreu com a criação do Conselho Nacional de Justiça no caso em epígrafe, baseia-se na apreciação de supostas vontades próprias de cada ente político, que delimitariam o âmbito de proteção e atuação das instituições envolvidas. Nesse viés, o desenho institucional que melhor concretiza o preceito da separação de poderes é justamente aquele respaldado por abstração estanque dos Poderes da República.

Ocorre que essa visão, malgrado tenha desempenhado função importante no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, possibilitando o controle antes inexistente das atividades estatais, desconsidera importantes aspectos das relações políticas concretas, que influenciam de forma decisiva no modelo de democracia que adotamos.

Com efeito, ao vislumbrar o recíproco controle entre os Poderes como resultante da busca, pelos respectivos agentes públicos, dos objetivos institucionais do ente político, olvida-se a enorme ingerência que partidos políticos e coalizões regionais exercem sobre as relações institucionais, definindo o próprio comportamento dos agentes públicos.

Nesse contexto, não é exagerado afirmar que as pressões das alianças políticas e eleitorais sobre os atores institucionais delimitam e reconstróem as relações entre os Poderes. Noutros termos, não há a vontade pura de cada Poder da República se contrapondo, mas sim agentes públicos com incentivos e interesses diversos que pautam a própria direção assumida pelo ente político.

A própria perspectiva dos diálogos institucionais é outra, pois não se trata de atividade de subsunção ou mesmo aplicação rasa do princípio da proporcionalidade aos elementos colidentes. Trata-se, em verdade, de construir desenhos normativos capazes de criar incentivos jurídicos para a adoção de comportamento político que propicie efetiva distribuição de poder, fortalecendo a democracia deliberativa.

No âmbito da doutrina norte-americana, Daryl J. Levinson e Richard H. Pildes desenvolveram estudos no sentido de que é necessário vislumbrar a separação de poderes como verdadeira separação de partidos. Isso porque, ao contrário do outrora preceituado pelos Federalistas, os atores políticos têm seu comportamento político pautado pelas relações partidárias, e não pelos objetivos institucionais de determinado ente.

Desse modo, os autores verificaram que o surgimento dos partidos políticos nos Estados Unidos alterou a dinâmica entre os Poderes da República, criando novos parâmetros e incentivos comportamentais para os agentes públicos. Nesse viés, Levinson e Pildes inseriram a ideia de que a unidade partidária entre Poder Legislativo e Executivo transmuta toda a concepção de separação de poderes, diminuindo, por exemplo, os incentivos que o Congresso tem para controlar o Presidente da República. Neste ponto, é oportuno transcrever as reflexões centrais dos autores:

Recognizing that these dynamics shifts from competitive when government is divided to cooperative when it is unified calls into question many of the foundational assumptions of separation-of-powers law and theory. It also allows us to see numerous aspects of legal doctrine, constitutional structure, comparative constitutionalism, and institutional design in a new and more realistic light.

(...)

The political interests of the man who held the presidency, it turned out, had little to do with furthering some abstract conception of the presidency's proper role, but were instead rooted in the necessity of winning and keeping².

Nesse contexto, as relações de poder no âmbito estatal vão além de uma mera correlação abstrata entre Poderes, envolvendo elementos concretos de política partidária e imperativos de manutenção do poder que podem conduzir à cooperação entre entes políticos, em detrimento do estanque controle recíproco idealizado pelos Federalistas.

Dessa maneira, qualquer análise que prescindia desses aspectos das relações políticas chegará a conclusões incompletas sobre a realidade social, podendo, inclusive, gerar efeitos adversos e não objetivados inicialmente com a decisão tomada. Isso porque ignorar as interações partidárias e regionais no cenário político significa estabelecer parâmetros de controle dos quais escapam forças modeladoras relevantes, tornando a diretriz escolhida, em síntese, ineficaz.

Por conseguinte, não é difícil notar que essas considerações colocam nova luz sobre a separação de poderes, especialmente em relação ao contexto político brasileiro, no qual as interações institucionais são largamente influenciadas pela atuação unificada de Poder Executivo e Legislativo, no que se convencionou denominar presidencialismo de coalizão.

Essa expressão foi cunhada por Sergio Abranches em artigo elaborado no contexto do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, para sintetizar peculiaridades do sistema político brasileiro, no qual, segundo o autor, a governabilidade só é possível com a formação de coalizões partidárias.

² LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H.. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, n. 8, June 2006, p. 2323.

Nesse sentido, argumenta o autor que o presidencialismo brasileiro respalda-se em relação simbiótica e instável entre Legislativo e Executivo, necessária em virtude do alto grau de heterogeneidade social e pluralismo político. Portanto, o regime brasileiro desenvolve-se em um processo complexo "de negociação e conflito, no qual os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória"³.

Bem se vê que no sistema presidencialista brasileiro as interações partidárias exercem papel decisivo na própria estruturação da dinâmica relacional entre os Poderes Executivo e Legislativo, cujas interações baseiam-se na pertinência partidárias dos respectivos agentes políticos. Aliás, Fernando Limongi, malgrado combata a noção de que o presidencialismo de coalizão consiste em regime único e peculiar, reconhece que o diálogo institucional brasileiro é calcado no alinhamento partidário dos agentes públicos, conforme se depreende do seguinte trecho:

Nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular. Coalizões obedecem e são regidas pelo princípio partidário. Não há paralisia ou síndrome a contornar. A estrutura institucional adotada pelo texto constitucional de 1988 é diversa da que consta do texto de 1946. O presidente teve seu poder institucional reforçado. Para todos os efeitos, a Constituição confere ao presidente o monopólio sobre iniciativa legislativa. A alteração do status quo legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo. Entende-se assim que possa organizar seu apoio com base em coalizões montadas com critérios estritamente partidários. Para influenciar a política pública é preciso esta alinhado com o presidente. Assim, restam aos parlamentares, basicamente, duas alternativas: fazer parte da coalizão presidencial na legislatura em curso, ou cerrar fileiras com a oposição esperando chegar à Presidência no próximo termo.⁴

Sob esse ângulo, em que pese as controvérsias atinentes às peculiaridades do presidencialismo brasileiro, impende salientar que a conformação política brasileira (heterogeneidade social e pluralismo político) aliada ao sistema presidencial no qual os parlamentares são escolhidos mediante eleições proporcionais em lista aberta, favorece que a Presidência da República seja obrigada a barganhar com coalizões fragmentadas os seus principais projetos políticos. Cenário análogo foi identificado por Bruce Ackerman em regimes parlamentaristas instáveis, como os italiano e francês. A propósito:

[...] the weakness of the Italo-French model is not due to unseparated power but to the system of proportional representation through which MPs are selected. Some forms of PR can breed a host of small parties in the legislature, and this multiplicity can generate ceaseless change in the cabinet as the

³ ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n.1, 1998, p. 29.

⁴ LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In: *Novos Estudos CEBRAP* n. 76, novembro de 2006, p. 41.

costs and benefits of different coalitional opportunities subtly shift.

The underlying dynamic helps to put the absurdly brief lifetimes of the Italian and French cabinets into better perspective. Although individual cabinets may come and go, many of the same ministers and parties remain in government for many years, thereby providing a long-term perspective on policy. This point ameliorates the problem, but does not resolve it. The ceaseless game of musical chairs inexorably deflects each minister's attention away from policy and toward the pursuit of her next job⁵.

O autor, estendendo sua análise aos sistemas presidencialistas com eleição proporcional, descreve cenário político similar ao brasileiro, com a proliferação de partidos políticos desempenhando papel prejudicial ao próprio funcionamento do Estado:

[...] a charismatic president, asserting that her elections represents a "mandate" from the people for massive change, confronts a squabbling congress that rejects the president's initiatives but cannot get together on its own counter proposals. In response, the president calls out the army to disband the do-nothing parliamentarians and to inaugurate a new era of peace, prosperity, and national solidarity – with a heavy emphasis on the latter.

For obvious reasons, this scenario is most likely to occur when proportional representation generates five or six more parties in the congress. Unlike the situation prevailing in a parliamentary system, these parties do not have powerful incentives to organize themselves into a majority coalition that, with the aid of techniques like the constructive vote of confidence, can govern for a substantial period. Instead, their disparate agendas may easily lead them to block all presidential initiatives without coming up with any coherent-seeming alternative.

In contrast, the "first-past-the-post" electoral system practiced in the English-speaking world has a particular virtue under separation of powers. By squeezing out third parties, it makes it easier for the congress to sustain modicum political coherence in dealing with the president under conditions of impasse. Members of the majority party in the legislature have a powerful incentive to respond to political challenge either by engaging in some grand compromise with the president, or by coming up with a plausible counter program for the next election. With the congress responding with one or another form of constructive politics, it will seem far less legitimate for the president herself to invite military intervention. This is, at any rate, my best stab at making sense of data suggesting that

⁵ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. 113 *Harvard Law Review* 4. January 2000. P. 653.

the most toxic form of separation is the constitutional combination of (1) a popularly elected president together with (2) a congress elected by a PR system.⁶

Nessa perspectiva, a estruturação do sistema político brasileiro se baseia em uma combinação de fatores perigosos, cujos efeitos, potencializados pelas características sociais e econômicas da sociedade brasileira, devem ser minuciosamente ponderados pelos agentes tomadores de decisões fundamentais, sejam eles políticos ou juízes.

Com efeito, dentro dessa sistemática, dois cenários desfavoráveis são possivelmente delineados. De um lado, os partidos podem se opor a toda agenda do Poder Executivo, sem, porém, terem homogeneidade suficiente para aprovar as suas próprias, causando a paralisia do Estado. Por outro lado, o Poder Executivo pode dominar os partidos pequenos e ideologicamente insignificantes para de qualquer forma aprovar seus projetos.

O caso brasileiro oscila entre os dois contextos, mas parece predominar o segundo, verificável na distribuição de cargos entre partidos aliados ou legendas de aluguel⁷, que trocam o seu tempo disponível na TV por financiamento de campanha ou cargos públicos, independentemente da afinidade ideológica ou objetivos governamentais. Em situações mais graves, ocorre a compra do apoio de parlamentares, evidenciada pelo recente caso do Mensalão.

Não se pretende, nos estreitos lindes deste trabalho, debater a viabilidade da caracterização do presidencialismo de coalizão brasileiro como regime singular. Todavia, é inescapável a premissa de que o arranjo institucional brasileiro sofre significativa influência de partidos e coalizões regionais, cuja

⁶ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. 113 *Harvard Law Review* 4. January 2000. P. 655-656.

⁷ A preocupação com a distribuição de cargos como barganha política é recorrente no cenário nacional. Nesse sentido, Merval Pereira (Jornal O Globo, 10/12/2006, O País, p. 4) consigna que "a alta fragmentação partidária verificada no Brasil, que as cláusulas de barreira pretendiam limitar, faz com que os chefes do Executivo usem as nomeações ministeriais para construir a sua base de apoio no Poder Legislativo. Um estudo do cientista político Octavio Amorim Neto, da Fundação Getúlio Vargas do Rio, mostra que é muito pouco frequente a existência de um partido presidencial majoritário nas duas Casas do Congresso. Trata-se da chamada "dimensão partidária da formação ministerial", na definição de outro cientista político, Sérgio Abranches. O professor de História Contemporânea da UFRJ, Francisco Carlos Teixeira, diante da formação do futuro segundo governo Lula, teme que confundindo coalizão, que pressupõe um programa comum, com coligações partidárias que muitas vezes nem atuaram juntas na campanha eleitoral, o presidente acabe promovendo "uma colisão" entre os interesses variados desses partidos. O estudo de Octavio Amorim Neto, da Fundação Getúlio Vargas, mostra que, considerando-se todos os ministérios formados desde a posse de José Sarney em março de 1985, até o final do primeiro mandato de Lula, "são sempre arranjos multipartidários com maior ou menor grau de fragmentação e heterogeneidade ideológica". O ministério de Itamar Franco, juntamente com o segundo ministério do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso e o primeiro ministério do seu segundo mandato "foram os mais heterogêneos do ponto de vista ideológico, uma vez que partidos de todas as tendências ideológicas estão representados no primeiro escalão do Executivo". Os ministérios mais coesos ideologicamente, segundo Amorim Neto, foram o segundo e o terceiro de Collor, que só incluíram partidos de direita. Um aspecto importante dos ministérios é o que diz respeito ao apoio parlamentar que conseguem angariar para o Executivo, o chamado "tamanho legislativo do governo". Segundo o estudo, o primeiro ministério nomeado por Sarney dava a ele um suporte nominal de 93,5% na Câmara dos Deputados. "Já o segundo e terceiro ministérios de Collor não lograram dar ao governo nem 30% de apoio naquela Casa Legislativa", ressalta Amorim Neto [...]."

atuação no âmbito dos Poderes da República infirma a tradicional visão da doutrina jurídica a respeito do postulado da separação de poderes.

Portanto, a promoção dos valores democráticos insculpidos na Constituição de 1988, especialmente no âmbito das questões postas pelo presidencialismo de coalizão, pressupõe que todas as variáveis concretas sejam apreciadas tanto pelo agente político propriamente dito, como pelo agente público a quem incumbe estabelecer diretrizes de atuação estatal.

3. Poder Judiciário e Presidencialismo de Coalizão: uma nova perspectiva da separação de poderes

Como se vê, o preceito da separação de poderes, enquanto noção abstrata descolada da realidade partidária, constitui categoria incapaz de apreender as peculiaridades e injunções da dinâmica institucional brasileira. No âmbito do que se costumou denominar presidencialismo de coalizão, semelhante constatação tornou-se ainda mais premente, tendo em vista que as decisões fundamentais relativas ao desenho institucional pátrio, seja do Poder Judiciário, seja dos demais Poderes, não prescindem da análise de todos os componentes do cenário político.

Neste ponto, é interessante observar que a revisitação dos fundamentos do postulado da separação de poderes empresta novo significado à atuação judicial na promoção da democracia deliberativa. Isso porque o STF, ao vislumbrar as relações institucionais brasileiras sob a ótica até aqui apresentada, pode contribuir para que sejam abertos canais democráticos que impeçam a atrofiação do sistema político pela unidade partidária entre Executivo e Legislativo. De fato, Sérgio Abranches já identificava a necessidade de que houvesse outra instância capaz de dialogar em determinados momentos com as esferas envolvidas na simbiose do presidencialismo de coalizão⁸.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, uma vez despedido do conceito abstrato de separação de poderes, pode desempenhar papel importante no desenvolvimento do regime democrático brasileiro, assumindo patamar diferenciado ao intervir pontualmente como interlocutor de ações políticas, legislativas ou não, limitadoras do debate democrático.

Sob esse ângulo, resultados que realmente oportunizem a abertura de canais democráticos de decisão não podem ser obtidos por meio de provimentos

⁸ "Governos de coalizão têm como requisito funcional indispensável uma instância, com força constitucional, que possa intervir nos momentos de tensão entre o Executivo e o Legislativo, definindo parâmetros políticos para resolução dos impasses e impedindo que as contrariedades políticas de conjuntura levem à ruptura do regime. Por outro lado, este instrumento de regulação e equilíbrio do regime constitucional serve, no presidencialismo de coalizão, para reduzir a dependência das instituições ao destino da presidência e evitar que esta se torne o ponto de convergência de todas as tensões, envolvendo diretamente a autoridade presidencial em todos os conflitos e ameaçando desestabilizá-la em caso de insucesso" (ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. *O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. In: *Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro*, vol. 31, n.1, 1998, p. 31).

jurisdicionais que considerem em suas análises tão somente o horizonte exíguo e formal de categorias abstratas incapazes de apreender a realidade política em sua completude. Nesse sentido, Robert Dahl apontava, ainda no final da década de 1950, que a Suprema Corte inexoravelmente enfrentava questões importantes para a sociedade norte-americana, atuando como verdadeiro ator político, função para a qual as ferramentas jurídicas eram insuficientes. Vejamos:

Uma decisão política pode ser definida como uma escolha efetiva dentre alternativas sobre as quais há, ao menos inicialmente, alguma incerteza. Essa incerteza pode surgir em razão de informação inadequada sobre: (a) as alternativas que são pensadas para serem "abertas"; (b) as consequências que provavelmente resultarão da escolha de uma dada alternativa; (c) o nível de probabilidade que essas consequências verdadeiramente aconteçam; e (d) o relativo valor das diferentes alternativas, que é uma ordem das alternativas da mais preferível para a menos preferível, dadas as consequências esperadas e a probabilidade esperada das consequências verdadeiramente ocorridas. Uma escolha *efetiva* é uma seleção da alternativa mais preferível acompanhada de medidas para assegurar que a alternativa selecionada será realizada.

Ninguém, imagino, brigará pela tese de que a Suprema Corte, ou de fato qualquer corte, deve tomar e toma decisões políticas neste sentido. Mas essa tese não é realmente útil para a questão diante de nós. O que é crítico é a extensão em que uma corte pode e toma decisões políticas para fora do critério "legal" estabelecido, encontrado no precedente, na lei e na Constituição. Agora, a este respeito, a Suprema Corte ocupa uma posição muito peculiar, é uma característica essencial da instituição que de tempos em tempos os seus membros decidam casos em que o critério jurídico não é, em nenhum sentido realista, adequado para a tarefa. Um peculiar *associate justice* da presente Corte [1957] recentemente descreveu o negócio da Suprema Corte nestas palavras:

É essencialmente exato dizer que a preocupação da Corte hoje é com a aplicação das aspirações mais fundamentais, que *Judge Learned Hand* chama "intenções", corporificadas em proposições como a cláusula do devido processo, as quais foram pensadas não para serem direções precisas e positivas para regras de ação. O processo judicial que lhes aplica envolve um julgamento (...) que é, na visão dos representantes diretos do povo em contato com as necessidades da sociedade, na visão do Presidente e dos Governadores, e por sua construção pela vontade das legislaturas, vida que a Corte sopra, frágil ou forte, para as páginas inertes da Constituição e dos livros legais.

Muitas vezes, então, os casos perante a Corte envolvem alternativas sobre as quais há severo desacordo na sociedade, como no caso da segregação ou regulação econômica; o

conjunto de casos é “político”. Além disso, usualmente são casos em que estudiosos competentes de Direito Constitucional, inclusive os eruditos *justices* da Suprema Corte, discordam; em que as palavras da Constituição são genéricas, vagas, ambíguas ou não claramente aplicáveis; em que precedentes podem ser encontrados em ambos os sentidos; e em que expertos divergem no prognóstico das consequências das várias alternativas ou graus de probabilidade que as possíveis consequências verdadeiramente resultarão. Tipicamente, em outras palavras, apesar de poder haver considerável acordo sobre as alternativas a considerar [(a)], há sério desacordo tanto sobre questões relativas ao rumo dos fatos em consequências e probabilidades [(b) e (c)], como sobre questões de valor, ou o modo pelo qual diferentes alternativas são ordenadas de acordo com critério estabelecendo preferibilidade relativa [(d)].⁹

Desse modo, a utilização do postulado da separação de poderes sob prisma diferenciado, considerando fatores reais do sistema político que desbordam da mera correlação dos Poderes abstratamente relacionados, propicia a efetiva promoção do sistema democrático pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, não se olvida os questionamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário, e tampouco se espera que os juízes constituam o superego da sociedade¹⁰. Pelo contrário, um postulado da separação de poderes que abranja o sistema político em sua completude, sem a exclusão de fatores relevantes como os partidos políticos, insere o Poder Judiciário não só na posição de ente capaz de dialogar com outras esferas, mas também consciente das próprias limitações institucionais.

Noutros termos, o Poder Judiciário é inserido no diálogo institucional como ente promotor da democracia, sem imiscuir-se como protagonista das decisões fundamentais da sociedade, mas sim coparticipe do processo. Nesse viés, os juízes passam a ser capazes de desenvolver função incentivadora da democracia deliberativa, em função que pode se aproximar, em determinadas

⁹ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: 6 *J. Pub. L.* 279 1957 p. 279-280.

¹⁰ Nesse sentido, cumpre citar a análise feita por Ingeborg Maus: “Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de ‘esquerda’ e de ‘direita’ entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica” (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos nº 58, novembro de 2000. P. 185).

hipóteses do que propõe, por exemplo, pelo jurista norteamericano Cass Sunstein no âmbito do minimalismo judicial¹¹.

Com efeito, uma Corte consciente de suas limitações atua de forma a elaborar decisões que promovam os objetivos principais de uma democracia deliberativa: “political accountability” e “reason-giving”. Isto porque ela não olvida suas limitações técnicas e institucionais, estando inserida em um ambiente com vários atores, muitos dos quais têm uma legitimidade maior para tomar determinadas decisões em áreas sensíveis para a sociedade.

Assim, os magistrados podem, a partir de decisões cautelosas, abrir espaço para que órgãos deliberativos possam escolher caminhos importantes. Portanto, segundo Sunstein, é possível diferenciar três espécies de resultados que uma decisão judicial pode alcançar: (i) ‘democracy-promoting’, em que a Corte determina que julgamentos deliberativos sejam feitos por órgãos democráticos com accountability; (ii) ‘democracy-foreclosing’, em que certas práticas fora dos limites da política são regulamentadas pelo Judiciário; e (iii) ‘democracy-permitting’, em que a Corte apenas valida o que o processo político produziu¹².

Entretanto, ao contrário do que uma análise apressada dos termos acima expostos possa *a priori* sugerir, a noção de Poder Judiciário não se confunde com um Tribunal ausente. Nesse viés, em determinados momentos os juízes podem atuar de forma mais incisiva para assegurar a abertura das vias de debate democrático, desde que o façam conscientes das reais condições de exercício do poder e dos efeitos sistêmicos relacionados¹³.

A percepção de conjuntura política concreta possibilita que os magistrados funcionem como elementos estimulantes de um ambiente democrático saudável, no qual decisões relevantes sejam tomadas em instâncias deliberativas, sem perder de vista que em determinados casos a intervenção

¹¹ Malgrado as propostas do minimalismo judicial efetivamente apresentem resultados interessantes para a democracia deliberativa, impende salientar que o presente trabalho não objetiva sustentar o minimalismo judicial como forma ideal de atuação do Poder Judiciário. A finalidade é propor posturas e abordagens do Poder Judiciário condizentes com o sistema político vigente e integradas às limitações institucionais dos magistrados.

¹² SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 26.

¹³ Nesse sentido, vale citar os exemplos dados por Sunstein (*One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 27) de como uma decisão judicial pode promover a democracia: (i) A court might strike down vague laws precisely because they ensure that executive branch officials, rather than elected representatives, will determine the content of the law. (ii) A court might use the nondelegation doctrine to require legislative rather than executive judgments on certain issues. (iii) A court might interpret ambiguous statutes so as to keep them away from the terrain of constitutional doubt, on the theory that constitutionally troublesome judgments, to be upheld, ought to be made by politically accountable bodies, and not by bureaucrats and administrators. This ‘clear statement’ idea is the post-New Deal version of the nondelegation doctrine; it shows that the doctrine is not really dead but is used in a more modest and targeted way to ensure that certain decisions are made by Congress rather than the executive branch. (iv) A court might invoke the doctrine of desuetude, which forbids the use of old laws lacking current public support, to require more in the way of accountability and deliberation. (v) A court might require discrimination to be justified by reference to actual rather than hypothetical purposes, thus leaving open the question of whether justifications would be adequate if actually offered and found persuasive in politics. (vi) A court might attempt to ensure that all decisions are supported by public-regarding justifications rather than by power and self-interest; it might in this way both model and police the system of public reason.

judicial pode ser positiva, desde que efetivamente consciente dos fatores envolvidos na controvérsia posta.

Não se trata, portanto, de conceituar e compartimentar noções abstratas com o objetivo de reduzir a valiosa experiência política e judicial da sociedade a referenciais previamente determinados, mas sim empreender reflexões que efetivamente proponham, no contexto plural dos mecanismos sociais, arranjos institucionais capazes de viabilizar o desenvolvimento democrático da sociedade.

Dessa forma, conclui-se que o postulado da separação de poderes merece ser revisitado, de modo a incluir aspectos relevantes da política concreta, como o papel de partidos políticos e coalizões regionais, especialmente no âmbito do presidencialismo de coalizão. Nesse sentido, o abandono da concepção abstrata e estaque de separação de poderes viabiliza novas vias de atuação judicial consciente dos limites e possibilidades institucionais de sua intervenção no diálogo entre os entes políticos.

Referências Bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. *O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. In: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n.1, 1998.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. 113 *Harvard Law Review* 4. January 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policymaker. In: 6 *J. Pub. L.* 279, 1957.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista Trimestral de Direito Público* - 9.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37 edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. Repositório de teses da Universidade de Brasília. 2010.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H.. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, n. 8, June 2006, pp. 2311-2386.

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. São Paulo: *Novos estudos – CEBRAP*, n. 76, pp. 17-41.

MADISON, James. *O Federalista n. 51*. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na "sociedade órfã"*. In: *Novos Estudos* nº 58 (novembro de 2000).

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8º edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

*Artigo recebido em 29 de março de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.03