

Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo

Luciano da Ros*

1. Introdução

A existência de um Poder Judiciário independente e a obediência a um conjunto de regras universais pelos principais atores políticos tendem a ser vistos como sinais de maturidade democrática. Para alguns, a própria democracia se confundiria com o governo das regras, capaz de frear o arbítrio, em contraposição ao chamado governo dos homens potencialmente autoritário¹. Grande parcela da filosofia que informa o constitucionalismo vê a estrita observância dessas regras como fiadora fiel do regime democrático e de suas instituições. Mais que isso: esse modo de pensar incumbe à magistratura o papel de cumpridora e de eventual defensora última das regras do jogo, protegendo minorias e salvaguardando a democracia². Em síntese, trata-se da visão que projeta nos tribunais, especialmente naqueles intérpretes da Constituição, a imagem e a função de “guardiões da Constituição” (*guardianship*)³.

Essa visão de certa forma romântica sobre o Poder Judiciário, que perpassa muitos manuais de ensino jurídico, deixa pouco claras, entretanto, as relações que se estabelecem entre a atuação dos juízes e as interferências do mundo propriamente político. Pouco esclarece também sobre o

* Mestrando em Ciência Política (UFRGS); Bolsista CNPq. E-mail: lucianodaros@uol.com.br.

¹ BOBBIO, 2000, pp. 165-185.

² SHAPIRO, 1981, pp. 1-61.

³ DAHL, 1989, pp. 187-192.

modo como as regras, e as decisões judiciais por elas informadas, são implementadas ante os demais atores e instituições. Em suma, essa ótica projeta sobre a lei uma eficácia causal independente, afirmando que regras e decisões judiciais são cumpridas simplesmente pelo fato de serem (ou derivarem de) normas jurídicas.

Vista desta maneira, contudo, a questão pode revelar-se falsa. A despeito da visão política que o embasa, a principal contribuição realizada pelo trabalho pioneiro de Ferdinand Lassalle é o fato de haver ele observado que regras constitucionais não se sustentam sozinhas, mas que, ao contrário, necessitam do devido suporte político para vigor⁴. Em realidade, trata-se exatamente do mesmo achado de Barry Weingast em seu influente artigo sobre os fundamentos políticos da democracia e do estado de direito⁵. As conclusões a que ambos os textos conduzem podem ser sintetizadas na seguinte forma: regras são cumpridas porque há interesse dos demais agentes da arena política em observá-las – especialmente daqueles atores capazes de intervir no sentido de modificar essas mesmas regras⁶.

O mesmo pode ser dito sobre as decisões proferidas por tribunais que interferem diretamente sobre a arena política. Isso é especialmente aplicável àquelas cortes ditas constitucionais, que interpretam as regras básicas do convívio democrático, conferindo sentido concreto à Constituição de cada país. Sua independência – e o eventual ativismo judicial daí decorrente – não se fundamenta na mera existência de regras jurídicas prévias, mas, em grande medida, em uma determinada correlação de forças políticas capaz de fornecer suporte para que assim atuem.

Estudar, portanto, essa relação entre o sistema político e a independência judicial é o propósito do presente trabalho. Centra-se, deste modo, o estudo no conjunto de tribunais ditos supremos – ou constitucionais – que fariam a interpretação máxima da Constituição escrita; quaisquer outros casos que não se enquadrem neste universo não serão aqui trabalhados. Isto porque, estes são os tribunais que de modo mais claro se relacionam com a dinâmica propriamente política, sendo diretamente responsáveis pelos termos em que se processa o controle horizontal da atividade do governo em diversos países⁷. Para tanto, buscar-se-á compreender quais

⁴ LASSALLE, 2001, p. 1863.

⁵ WEINGAST, 1997.

⁶ MARAVALL e PRZEWORSKI, 2003.

⁷ O'DONNELL, 1998; GUARNIERI, 2003.

são as causas que levam ao fortalecimento de certos tribunais constitucionais, o que permitirá explicar, obviamente, quais fatores retiram-lhes força ante outras instituições políticas. A pergunta pode ser ainda realizada de outro modo: como explicar que certos tribunais, a despeito de possuírem um conjunto similar de atribuições formais, possuam níveis de ativismo tão díspares? Isto é: em certos países, os tribunais máximos de interpretação da constituição apresentam-se como claros protagonistas da dinâmica política, ao passo que em outros sua atuação é bastante discreta. Como explicar essa diferença?

A hipótese aqui trabalhada centra-se na dinâmica de distribuição de poder existente no próprio sistema político, considerada variável – embora exógena –, determinante da dinâmica da magistratura⁸. Para desenvolvê-la, inicialmente, serão descritas conclusões recentes alcançadas nos estudos sobre judicialização da política, com forte apelo à bibliografia da Ciência Política, passando-se, em seguida, à formulação de um modelo teórico capaz de abarcar tais conclusões de modo coeso e sistematizado. Nessa formulação, construir-se-á uma tipologia dual, centrada no grau de distribuição do poder político (*power-sharing*) existente em uma dada correlação das forças, se mais disperso ou mais concentrado. Isso permitirá analisar a situação de democracias recentes à luz do caso brasileiro, evidenciando-se os dilemas decorrentes da institucionalização de uma magistratura independente nesses cenários de recente normalização democrática.

Como se pode observar, a reflexão que pauta este estudo é diversa das considerações geralmente direcionadas ao estudo das instituições judiciais. O esforço ora empreendido é de caráter marcadamente interdisciplinar e valoriza o viés analítico, em prejuízo daquele dito normativo ou prescritivo. Especificamente, trata-se de trabalho que enfatiza os diálogos possíveis – e por vezes necessários – entre o Direito e a Ciência Política. Acredita-se poder extrair disso um instrumental capaz de explicar a relevância do Poder Judiciário em diversos contextos político-institucionais. Frise-se que o diálogo entre essas duas áreas, embora recente, vem ganhando destaque nos últimos anos entre os próprios acadêmicos do Direito⁹. Segue-se, deste modo, a recomendação de buscar empregar o estudo da política como

⁸ GUARNIERI e PEDERZOLI, 2002.

⁹ ROCHA, 2004; SAMPAIO, 2004.

auxiliar para a compreensão do fenômeno jurídico, como a emergência do Estado de Direito e do constitucionalismo, além das fundações políticas da independência do Poder Judiciário e do próprio ativismo judicial¹⁰.

2. Conclusões recentes nos estudos sobre judicialização da política

O comportamento judicial não é insensível ao ambiente político em que opera. Ao contrário do que intuitivamente poder-se-ia pensar, magistrados – em especial ministros de tribunais de maior envergadura hierárquica – não decidem apenas tendo conforme as regras formais do ordenamento jurídico. Ao contrário, pode-se afirmar que levam em conta as possíveis conseqüências de suas decisões. Desta maneira, adotam um comportamento estratégico, especialmente verificando – e buscando – quais são os eventuais suportes políticos para suas decisões. Esta linha de raciocínio por vezes se torna explícita, passando os juizes a desenvolverem o que os juristas denominam ser argumentos conseqüencialistas¹¹.

O objetivo deste estudo é, portanto, articular teoricamente, por um lado, essa espécie de racionalidade estratégica adotada pelos magistrados como, por outro lado, estudos de política comparada e de *judicial politics*¹² que analisam a independência e o ativismo judicial dos tribunais constitucionais tomando como ponto de referência o grau de distribuição de poder existente no macro-sistema político.

Não se está aqui a afirmar que as preferências dos magistrados não influam no modo como decidem. O que se quer expressar aqui é que há fortes condicionamentos interinstitucionais que conformam de modo significativo as preferências dos julgadores e que acabam por induzi-los a atuar de certa maneira. Tampouco se está a dizer que a estrutura organizacional do Poder Judiciário, e de suas respectivas cortes supremas, não seja relevante para o modo como operam os tribunais. Este ponto, entretanto, não será objeto de discussão aqui, muito embora se reconheça a importância dessa variável na dinâmica jurisdicional.

¹⁰ BERCOVIVI, 2004.

¹¹ ATIENZA, 2002, pp. 193-196; MACCORMICK, 1995.

¹² *Judicial politics* é o nome para o campo de estudo que envolve na literatura de língua inglesa – sobretudo a norte-americana – a pesquisa acerca das relações entre instituições judiciais e política. No Brasil, estes estudos são geralmente referidos como aqueles pertencentes ao campo da *judicialização da política*.

Em síntese: o argumento percorrido aqui, que se centra nas relações entre os diversos atores do sistema político como variável explicativa para o maior ou menor poder dos tribunais constitucionais, não exclui os demais, apenas soma-se a eles, constituindo um forte indicador da dinâmica das cortes, conforme vem indicando a bibliografia, que será objeto de análise a seguir.

Dois influentes estudos sobre política comparada podem ser empregados como ponto de partida, visto que ambos agregam o poder dos juízes como elemento de análise de diversos sistemas políticos. Isto é, trata-se de trabalhos de política comparada de larga escala, que não estão, ao menos diretamente, preocupados em estudar a fundo o modo como atuam os tribunais. Daí a sua utilidade em ver como os tribunais são influenciados pelo arranjo político institucional do macro-sistema político.

O primeiro destes trabalhos é o influente estudo de George Tsebelis¹³, que parte basicamente de dois estudos que consideram os tribunais como *veto players*¹⁴, justamente para afastar-lhes deste rol. Isso porque, ele prefere estudar o desempenho do Poder Judiciário como uma variável dependente do número de *veto players* existentes em uma dada realidade política. Resumidamente, sua conclusão aponta para a seguinte regularidade: quanto maior o número de *veto players*, e quanto maior a distância entre eles, maiores serão as possibilidades de existência de um Judiciário independente e ativo¹⁵. Quer dizer, quanto maior a distribuição do poder político existente no sistema político em si mesmo, maiores as possibilidades de o Judiciário vir a se manifestar independente e ativamente.

Essa mesma lógica é apontada na importante obra de Arend Lijphart. Em sua tipologia clássica entre democracias consociativas e majoritária, observa ele que mais independentes e ativos serão os juízes quanto mais compartilhado for o poder no sistema político¹⁶. A conclusão, portanto, é praticamente a mesma com relação àquela que aponta Tsebelis no estudo citado acima. Seguindo essa linha de raciocínio, em estudo sobre o desempenho do Poder Judiciário na Argentina, Rebecca Bill Chavez argumentou que este tende a ser mais independente e autônomo quanto maior for a

¹³ TSEBELIS, 2002.

¹⁴ ALIVIZATOS, 1995, pp. 566-589; VOLCANSEK, 2001.

¹⁵ TSEBELIS, pp. 225-235.

¹⁶ LIJPHART, 2003, pp. 253-258.

competição política existente num dado contexto político. Isto é, quanto maior a volatilidade dos resultados eleitorais e maior a rotatividade dos detentores do mando político, maiores os espaços para a ação independente do Poder Judiciário¹⁷.

O próprio respeito às ditas “regras do jogo” seria uma função do grau de distribuição do poder político. Conforme demonstraram Josephine T. Andrews e Gabriella R. Montinola, quanto mais elevado o número de *veto players* e maior a distância entre eles, maiores as possibilidades de que viabilize um comportamento próprio do *rule of law*, com tribunais atuando de modo mais independente¹⁸.

Outro estudo que poderia ser citado ainda é aquele levado a cabo por Tom Ginsburg e Robert D. Cooter¹⁹. Em uma análise comparativa envolvendo vinte países, concluíram eles que a existência de um partido político dominante tende a afastar o comportamento independente dos tribunais. O inverso, neste caso, também seria verdadeiro. Cortes mais ativas existiriam justamente naqueles cenários em que a aprovação de nova legislação depende de mais acordos políticos horizontais – o que sinaliza para a existência de maior distribuição do poder político.

O argumento que aqui se pretende expor pode ser sintetizado da seguinte maneira: quanto mais distribuídas as forças políticas – seja entre as instituições, seja entre os grupos político-sociais – maiores os suportes políticos possíveis para as decisões judiciais e maiores os espaços para uma atuação independente por parte dos juízes. Elevado número de *veto players* e/ou significativa distância entre eles, consociativismo, forte competição política, além relações federativas simétricas, entre outros fatores, seriam possíveis causas para maior judicialização da política em certos países, uma vez que favoreceriam a fortalecimento e a independência do Poder Judiciário.

A própria caracterização dos fatores que condicionariam o surgimento da judicialização da política, realizada no estudo de Chester Neal Tate²⁰, que consta da célebre compilação de trabalhos de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder²¹, aponta neste sentido. Democracia, separação de poderes,

¹⁷ CHAVEZ, 2004.

¹⁸ ANDREWS e MONTINOLA, 2004.

¹⁹ COOTER e GISBURG, 1996.

²⁰ TATE e VALLINDER, 1995.

²¹ TATE e VALLINDER, 1995.

uso dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição – alguns dos fatores apontados pelo autor – são claros sinais de distribuição efetiva de poder político.

Este argumento de distribuição do poder político não permanece adstrito, entretanto, às dimensões estruturais do sistema político (tais como as instituições), podendo ser extensível também a situações conjunturais de governo. Por exemplo, quando há coesão e disciplina na base de sustentação do governo, e esta é larga e forte, dificilmente os tribunais as contrariam. Por outro lado, quando esta se encontra mais desagregada, maiores são os espaços para decisões independentes e eventualmente defectivas em relação ao próprio governo. Estes são os achados de Gretchen Helmke²² em estudo sobre a Suprema Corte Argentina e de Julio Rios-Figueroa²³ no caso mexicano recente. O mesmo pode ser dito a respeito da pressão exercida por outros órgãos legislativos sobre o tribunal: quando esta se exerce de modo muito vigoroso e concentrado sobre o tribunal, dificilmente a corte proferirá uma decisão contrária; já, por outro lado, quando for menor ou mais fragmentada essa pressão, mais aleatória e independente tenderá a ser a atuação do tribunal²⁴.

Isso não significa afirmar, entretanto, que tribunais tendem a atuar necessariamente como instituições contra-majoritárias ou não-governistas. Pelo contrário, em excelente estudo sobre as relações entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Presidente daquele país, Keith Whittington²⁵ demonstrou que grande parcela do poder e do protagonismo apresentados por aquele tribunal provinham da sua capacidade em superar obstáculos decorrentes da natureza fragmentada do sistema político daquele país – federalismo, coalizões entrincheiradas, entre outros – em prol do próprio Poder Executivo. Conclusões semelhantes também podem ser encontradas nos estudos de Barbara Graham e Kevin McGuire²⁶.

Quanto a esse aspecto, já chamava a atenção Robert Dahl²⁷, para quem os tribunais não seriam exemplos genuínos de *guardianship*. Tal conceito deriva da idéia de proteção de minorias em face de eventuais maiorias pos-

²² HELMKE, 2002.

²³ RÍOS-FIGUEROA, 2007.

²⁴ IARYCZOWER, SPILLER e TOMMASI, 2006; CLARK, 2006.

²⁵ WHITTINGTON, 2005.

²⁶ GRAHAM, 2002; MCGUIRE, 1998.

²⁷ DAHL, p. 292.

sivelmente tirânicas existentes em um dado sistema político, o que se daria através da implementação de dispositivos constitucionais. Para o autor, tribunais não teriam esta função, pois não seriam instituições verdadeiramente contra-majoritárias²⁸. Ao contrário, de acordo com sua visão, as cortes atuam muito mais como instrumentos de retardamento na implementação de determinadas políticas (algo como *delay players*) do que propriamente como organismos vigilantes das regras do jogo democrático. Isso não exclui o fato de que certas cortes apresentem poder em certos contextos políticos, posto que a questão passa a ser contra quais atores se direcionará o uso das prerrogativas judiciais. De acordo com o que aqui vem sendo demonstrado, há maior possibilidade de aplicação aleatória dessas sanções quanto maior for a distribuição do poder político em cada contexto. Isso porque, haveria um maior leque de suportes possíveis às decisões judiciais proferidas pela corte, qualquer que seja o sentido em que essas sejam tomadas.

No outro extremo do debate, estariam situados sistemas fortemente majoritários, que tenderiam a apresentar tribunais mais permissivos e pouco interventivos. Nestas realidades, o agigantamento de um único ator sobre o ambiente político em um dado contexto institucional ou conjuntural tenderia a fazer com que toda lógica política orbitasse em torno deste único ator principal, de tal modo que ele se tornaria o principal *policy-maker*, voltando-se quase que exclusivamente contra ele as eventuais decisões judiciais que viessem a ser proferidas invalidando legislação. Um excelente estudo que pode ser empregado como exemplo é aquele empreendido por William Howell sobre a ação unilateral do presidente norte-americano²⁹. Afirma ele que, uma vez que o presidente decida agir a despeito dos demais atores políticos, nem o Poder Legislativo, nem mesmo o Poder Judiciário possuem incentivos e força suficiente para barrar ou controlar a ação presidencial. Isto é: quando o presidente daquele país tende a agir através de seu poder de decreto, concentrando capacidade decisória, pouco espaço resta para uma ação contrária de qualquer outro ator político, incluindo-se aí os próprios magistrados. O mesmo se verifica no caso das medidas provisórias no Brasil contemporâneo, como se observará mais adiante.

²⁸ KOOPMANS, 2003, pp. 98-128.

²⁹ HOWELL, 2003, pp. 136-174.

Outro exemplo pode ser dado pelo estudo de Pilar Domingo, a respeito da Suprema Corte mexicana³⁰. O fortalecimento gradativo do Partido Revolucionário Institucional (PRI) levou aquela instituição judicial a ter seu espaço de atuação sensivelmente reduzido ao longo do tempo, apesar dos diversos instrumentos formais de que dispunha. Pode-se concluir, portanto, que o sistema de partido dominante praticamente impediu a atuação autônoma do Poder Judiciário naquele país.

Um exemplo final fica por conta do estudo empreendido por Erik Heron e Kirk Randazzo sobre o desempenho de cortes constitucionais em sete países recém democratizados do Leste Europeu³¹. A centralidade do Poder Executivo naqueles países, com presidentes muito fortes, tende a reduzir as possibilidades de atuação independente dos tribunais, a despeito de sua aparente importância do ponto de vista formal. Ainda que como ilustração, este argumento pode ser estendido a uma situação-limite de concentração de poderes, isto é, à existência de um regime autoritário. A história recente assevera que ativismo e independência judicial praticamente inexistem em regimes desta natureza, dada a concentração de poderes que invariavelmente vige nesses contextos.

Por fim, pode-se afirmar que essas análises têm convergido para constatar o seguinte: quanto mais concentrado o poder no sistema político (seja em um partido, em uma instituição, em uma coalizão de governo), menos independente e ativo tenderão a ser as cortes. Por outro lado, quanto mais disperso o poder político, mais independentes tendem a ser os tribunais, abrindo espaço para que os julgadores dêem maiores mostras de ativismo.

3. Tribunais como árbitros ou como instrumento da oposição: uma tipologia

A pergunta que emerge das constatações apresentadas acima é a seguinte: por que maior distribuição de poder político permite atuação mais independente por parte do Poder Judiciário? Isto é: qual o nexos de causalidade que se estabelece entre o grau de distribuição de poder político de modo que este, quando em níveis mais elevados, estimula tribunais a operar de modo mais independente? Para responder a essa indagação, passar-se-á à

³⁰ DOMINGO, 2000.

³¹ HERRON e RANDAZZO, 2003.

formulação de uma tipologia dual capaz de abarcar de modo sistematizado o que vêm sendo observado e descoberto pela literatura sobre o tema.

Ressalte-se, desde já, que os modelos aqui formulados são, tal qual afirmado, tipologias, isto é, sistematizações sobre a realidade, capazes de abarcar coerentemente duas tendências que se observam nos estudos sobre a judicialização da política. Assim, o enquadramento de casos concretos a esses modelos típico-ideais dificilmente se fará de modo completo, sem ressalvas. Trata-se de melhor compreendê-los como integrantes de um *continuum* entre dois pólos extremados representados por estes modelos do que como um modelo dicotômico que exclui tanto mutuamente os pólos como os demais casos intermediários.

Ressalte-se ainda que esses modelos não buscam enquadrar de modo estanque os tribunais constitucionais existentes hoje no mundo, de modo a classificar sua atuação como sendo de um modo ou de outro. Ao contrário, o que se pretende é articular teoricamente os achados dos estudos apresentados acima com vistas a construir uma formulação passível de ser empregada tanto em situações históricas como conjunturais e institucionais. Desta maneira, trata-se mais de um esforço de identificar as razões pelas quais estes tribunais adquirem força nos variados contextos arrolados acima.

Assim dito, pode-se passar aos modelos típico-ideais que emergem das formas de atuação dos tribunais apresentadas na seção anterior. São eles, portanto, basicamente dois: a) tribunais como árbitros, o que se verificaria naquelas situações em que o tribunal atua julgando sobre conflitos entre um elevado número de atores com poderes bastante semelhantes entre si, o que tende se verificar em ambientes políticos com poderes divididos; e b) tribunais como instrumentos de oposição, situação em que os tribunais são empregados majoritariamente pela oposição – e demais grupos adversários do governo – para que amplifiquem suas práticas de denúncias a medidas eventualmente impopulares daquele que é provavelmente o principal *policy-maker* e centro da dinâmica política.

No primeiro caso, a possibilidade de os tribunais constitucionais atuarem como árbitros deriva da maior distribuição de forças, de modo mais eqüitativo, entre diversos atores integrantes do ambiente político, o que pode se verificar tanto em seu processo decisório, como no momento da implementação das políticas públicas decididas. Nessas situações, os juízes tendem a atuar como árbitros no sentido em que julga sobre duas ou

mais partes detentoras de poder político bastante semelhante. Isso quer dizer que julgar em favor de qualquer uma delas implica em custo político que se não é idêntico, ao menos é bastante próximo. Numa tal situação, as considerações às conseqüências políticas da decisão judicial podem ser minimizadas, abrindo-se espaços para decisões mais autônomas menos centradas nas conseqüências políticas e econômicas das decisões judiciais. Em ambiente nos quais há fragmentação do poder político, esse cálculo estratégico do apoio político à decisão torna-se bastante menos relevante porque o peso do ator político a ser contrariado, se um ou outro, é praticamente igual, de modo que as preferências entre eles se anulam, abrindo espaço para uma atuação independente do tribunal. Há nestes contextos, enfim, robusto suporte político para praticamente qualquer decisão proferida pela corte, isso especialmente se as possibilidades de decisão forem compostas em sintonia com as preferências dos atores políticos existentes: quanto maior o número de autores políticos com poderes reais e quanto mais variadas as preferências entre eles, maior o leque de possíveis decisões a serem proferidas pela corte sem que esta encontre sérios obstáculos políticos. Isto porque, em tal situação, haveria múltiplos pontos de apoio capazes de dar sustentação e de fazer cumprir as decisões proferidas pelos juízes. São árbitros os tribunais também no sentido em que podem resolver um problema de coordenação entre atores políticos, em temas sumamente controversos, sobre os quais não se consegue obter consensos estáveis. Isto é, eles arbitram quando há um conflito sério entre os demais atores no que se refere a um tema específico. Nessas situações, então, os juízes proferem uma decisão que, de outra maneira, não seria feita por praticamente nenhum dos outros atores políticos isoladamente. Decidem naqueles espaços em que há um vazio de poder – uma zona de paralisia – ou no qual as preferências entre os principais atores políticos se anulariam. Assim, tornam-se importantes órgãos da dinâmica política, capazes de resolver conflitos que, de outra maneira, não seriam solucionados.

Na situação oposta, dada a concentração de poderes, e, portanto, dada a existência de um ator político preponderante, a probabilidade é que este, por este ser o principal *policy-maker*, seja também o principal alvo das ações judiciais, sendo o tribunal instrumentalizado por grupos oposicionistas geralmente frágeis, que buscam amplificar sua voz no sistema político. Neste caso, possivelmente o tribunal venha a apresentar uma atitude mais permissiva e silente ante o que se decide no âmbito da política. Isto porque

teria de arcar com o pesado custo de contrariar o principal ator político existente, o qual poderia ser levado inclusive a afetar as próprias prerrogativas do Poder Judiciário. Assim, o tribunal é acionado não para resolver um conflito entre dois atores políticos de igual poder, mas sim como *ultima ratio* de uma oposição que não possui instrumentos para barrar as políticas majoritárias³².

Não se está aqui a afirmar, entretanto, que somente neste último tipo de situação os tribunais são de fato instrumentalizados pela oposição. Em verdade, isso ocorre em qualquer um dos dois tipos ideais aqui delineados. Frise-se, entretanto, que neste último tipo, esta se torna a tônica, não servindo os tribunais a arbitrar um conflito entre partes com poderes semelhantes entre si, mas sendo quase que majoritariamente utilizados pela oposição como forma de vocalizar sua retórica simbólica de denúncia. Não é por que somente ocorre neste último caso a instrumentalização pela oposição que este tipo-ideal recebe este nome. Isto ocorre porque esta passa a ser a tendência mais marcante no referido contexto.

O que se verificaria nessas situações é uma situação ambígua na qual os juízes são verdadeiramente independentes da dinâmica política (protegidos por uma série de prerrogativas pessoais, funcionais e profissionais), mas o Poder Judiciário, enquanto instituição, ao contrário, é razoavelmente dependente das correlações de forças existentes no sistema político para que se sustente decidindo independentemente, o mesmo valendo para que suas decisões sejam verdadeiramente implementadas³³. Aquilo que pode ser designado risco de retaliação das decisões judiciais é talvez, e provavelmente, um dos principais determinantes do modo como se processa a decisão judicial. Isto é: eventuais decisões legislativas posteriores, após uma decisão judicial que contrarie os interesses dos atores políticos majoritários, podem revogar, pela aprovação de uma lei, a referida decisão dos juízes, estabelecendo uma espécie de sanção à atuação da corte³⁴. Pode-se afirmar que o cálculo em função desta eventual retaliação é um dos poderosos fatores que contribui para que os tribunais não se afastem do círculo de preferências do principal *policy-maker*. Neste mesmo sentido pode ser entendido o que se poderia chamar de risco de frustração da decisão por não implementação,

³² HERRON e RANDAZZO, 2003.

³³ FERREJOHN, 1999.

³⁴ WHITTINGTON, 2003.

isto é, a possibilidade de que os demais atores políticos simplesmente ignorem a decisão, descumprindo-a, acarretando forte desmoralização e desprestígio à própria instituição do Poder Judiciário. Quando houver apenas um ator realmente poderoso no sistema político, não haverá nenhum outro capaz de fazê-lo obedecer àquelas decisões, o que pode ser um forte estímulo para que os tribunais decidam em sintonia com as preferências deste ator político principal. Mais grave que estas duas, entretanto, é o que se poderia chamar risco de retaliação institucional. Isto ocorre quando eventuais sanções legislativas são realizadas não apenas contra certas decisões judiciais, mas também contra a própria existência de uma magistratura independente e contra suas prerrogativas básicas. Algo que os juristas freqüentemente ignoram é que a decisão pela existência de um Poder Judicial independente é também uma decisão política, que se sustenta praticamente como qualquer outra. Muitos governantes possuem capacidade real de revogá-la ou de ameaçá-la – e freqüentemente o fazem – sinalizando para que os magistrados adotem uma postura menos ativa e mais comedida³⁵.

Resta ainda verificar como estes modelos poderiam ser transpostos para a realidade constitucional brasileira contemporânea. Um breve esforço neste sentido é o que se passa a fazer a seguir.

4. Aplicação do modelo ao caso brasileiro

As análises realizadas até o presente momento sobre o desempenho do Supremo Tribunal Federal (STF) tendem a convergir para apresentá-lo como um órgão tímido, com participação que se não chega a ser nula, ao menos pode ser interpretada como bastante reduzida frente ao sistema político. Seja no controle de políticas públicas específicas como as privatizações³⁶, seja no controle sobre o poder de decreto do presidente brasileiro³⁷, seja ainda no que se refere ao fortalecimento da burocracia na área financeira³⁸, o tribunal não tem sido considerado um ator de destaque no sistema político brasileiro, capaz de bloquear políticas majoritárias. Mesmo análises mais abrangentes e completas sobre o funcionamento do órgão têm evidenciado diagnóstico semelhante³⁹.

³⁵ COUSO, 2004.

³⁶ OLIVEIRA, 2005.

³⁷ NETO, 2000; DA ROS, 2007.

³⁸ Veja-se, por exemplo: ROCHA, 2004.

³⁹ ARANTES, 1997; WERNECK VIANNA, CARVALHO, MELO, BURGOS, 1999; COUSO, 2004.

Uma hipótese que estes estudos não têm aventado diretamente diz respeito ao argumento que aqui foi desenvolvido, isto é, às interfaces entre a distribuição do poder no sistema político e a atuação dos magistrados. A referência aqui diz respeito à concentração de poderes e recursos no Poder Executivo brasileiro⁴⁰. Tal concentração poderia estar levando o Supremo Tribunal Federal a atuar de maneira restritiva, evitando atritos diretos com aquele que é o principal ator do sistema político, a Presidência da República. Estaria assim atuando no intuito de buscar conquistar, ainda que lentamente, um papel mais independente ante os demais atores. Tratar-se-ia, enfim, de uma estratégia de gradual afirmação e construção institucional⁴¹.

Dada a centralidade do Poder Executivo no sistema político brasileiro, pode-se entender a atuação permissiva da corte como uma ação estratégica do tipo self-restraint por parte da magistratura, objetivando não desafiar um ator político tão poderoso, capaz inclusive de promover alterações sobre as próprias prerrogativas e atribuições do tribunal, reduzindo-as. Neste último sentido, cabe lembrar aqui a aprovação da Emenda Constitucional nº 03/1993, de iniciativa do Poder Executivo, que criou o instituto da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), uma sinalização clara da Presidência da República ao Supremo Tribunal Federal de que não aceitaria se tornar refém dos julgamentos da corte quando os interesses de sua agenda estivessem em jogo.

Agindo assim, a magistratura não corre o risco de sofrer represálias pelo que decide, posicionando-se claramente em favor do principal ator político do sistema, o Poder Executivo. Não corre o risco também de sofrer represálias da própria opinião pública, silenciando sobre a maior parte dos temas verdadeiramente controvertidos.

Por outro lado, as poucas e discretas situações em que o tribunal tendeu a se voltar contra o Poder Executivo brasileiro se deram especialmente naqueles casos em que havia amplo suporte político para que assim atuasse. Trata-se, por exemplo, do caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a reedição de uma medida provisória já previamente rejeitada pelo Congresso Nacional, como bem demonstrou Oscar Vilhena Vieira⁴². Observe-se: a corte somente agiu neste sentido porque possuía

⁴⁰ AMORIM NETO; CINTRA, 2004; FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999; e SANTOS, 2003.

⁴¹ MCGUIRE, 2004.

⁴² VIEIRA, 2002, pp. 150-169.

o vigoroso apoio do Poder Legislativo (mais de 50% da casa) para que atuasse desta maneira, bloqueando aquele que é indubitavelmente o principal ator político do país. Nesta situação, entretanto, pode-se perceber que o tribunal atuou não como um instrumento a serviço da oposição, mas propriamente como um árbitro, em uma das raras situações nas quais Executivo e Legislativo conflitam institucionalmente entre si. No mais das vezes, entretanto, o que se observa são partido oposicionistas buscando denunciar práticas governamentais através do recurso às Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Nos demais casos, que integram a rotina de julgamentos da corte, portanto, o tribunal tende a ser mais permissivo, posicionando-se claramente em prol do Poder Executivo e de sua base de sustentação, raramente contrariando suas preferências e os interesses vitais da sua agenda.

5. Considerações finais

As conclusões aqui alcançadas apresentam reflexos sobre a propalada natureza contra-majoritária dos tribunais. Muito embora a retórica freqüentemente os aponte como eventuais protetores de minorias ante os abusos de maiorias políticas, isto dificilmente se verifica concretamente. Em realidade, tribunais tendem a assim atuar quando já não há maiorias no próprio sistema político, isto é, quando a regra poliárquica (democrática) de múltiplas minorias já se verifica de fato⁴³. Viu-se que, no caso de concentração de poderes em poucas mãos, a tendência é a diminuta atuação dos juízes. Confirma-se, desta maneira, a suspeita dahlsiana de que as cortes não seriam defensoras de minorias e das regras do jogo democrático. Tal compromisso só pode ser mantido e sustentado, como parece de certa maneira trivial, pela dinâmica propriamente política, e não jurisdicional⁴⁴. Mostrou-se, aqui, que a atuação dos tribunais é muito mais um reflexo de um modo de operar a política do que um instrumento propriamente de transformação dessa mesma lógica política.

Pode-se afirmar que tribunais são instituições que operam rigorosamente dentro dos limites que a dinâmica das outras forças políticas e institucionais lhes impõem, raramente decidindo fora do círculo de preferências

⁴³ DAHL, 1971.

⁴⁴ CARRIÓ, 1986, pp. 237-259.

dos atores políticos. A idéia de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos jurídicos acadêmicos, pode ser considerada ingênua⁴⁵. Vários estudos recentes têm demonstrado que, tanto, a primeira como a segunda, se sustentam somente se estiverem amplamente articuladas por forças políticas capazes de lhes viabilizarem a implementação, isto é, que sejam capazes de se auto-implementarem (*self-enforcing*)⁴⁶.

Assim, viu-se que quanto maior a distribuição do poder político, maiores as oportunidades para as cortes arbitrarem conflitos e se tornarem importantes instituições na dinâmica política. Por outro lado, na inexistência de múltiplos pontos de apoio para suas decisões, a tendência é a jurisprudência da corte se formar em favor daquele único ator político capaz de garantir tanto a implementação de suas decisões como a manutenção de suas prerrogativas, assegurando inclusive o status social de seus membros. Neste caso, a oposição invariavelmente tentará se valer da corte para incrementar o custo da atividade do governo, mas será, de um modo geral sucessivamente mal sucedida. Ressalte-se que muitas vezes os objetivos da oposição não é verdadeiramente barrar uma política majoritária, mas tão-somente amplificar uma denúncia ou tornar mais custosa a prática de governar.

Eis, portanto, o dilema de democracias recentes. Passadas suas transições de regimes autoritários, muitos países dotaram o Poder Judiciário com instrumentos bastante importantes do ponto de vista formal, na expectativa de que restringissem arbitrariedades e salvaguardassem a dinâmica política democrática. Essa expectativa, contudo, na larga maioria dos casos, não se verificou ou foi apenas contemplada de modo irrisório. Muito disso se deve à concentração de poderes que ainda se observa nesses regimes políticos, que geralmente contam com um único pólo de atratividade no sistema político, comumente o Poder Executivo. Nesses contextos, como foi visto, dificilmente as cortes desafiarão atores políticos tão preponderantes, arriscando a existência de suas próprias prerrogativas funcionais.

⁴⁵ Mesmo a idéia de que a transformação social pode ser realizada através da prática jurisprudencial apresenta sérios limites objetivos, decorrentes da força dos outros atores políticos que circundam a atuação do Poder Judiciário. Veja-se, por exemplo, o excelente estudo de Charles Epp sobre os tribunais na Índia, Canadá, Estados Unidos e Inglaterra e a difícil tarefa de conquista de direitos nesses países. EPP, 1998.

⁴⁶ Exemplos dessa abordagem podem ser encontrados em: PRZEWORSKI, 2006; MARAVALL, PRZEWORSKI, 2003; e WEINGAST, 2005.

Elas provavelmente aguardarão por um momento mais propício para atuarem de maneira mais independente. Este momento, entretanto, dependerá muito menos de sua própria vontade e muito mais da dinâmica verdadeiramente política, com o reforço de outros mecanismos de controle do governo, tanto vertical quanto horizontalmente. Na inexistência de tais esforços, entretanto, dificilmente os tribunais terão a oportunidade de atuarem como árbitros, permanecendo quase sempre instrumentos a serviço de uma oposição marginalizada e frágil, em favor da qual raramente decidirão.

6. Referências bibliográficas

- ALIVIZATOS, Nicos. Judges as veto players. In: Doering, Herbert (org.). *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*. New York: St. Martin's, 1995.
- AMORIM NETO, Octávio. O poder executivo: centro de gravidade do sistema político brasileiro. In: Avelar, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer; São Paulo: Ed. UNESP, 2004.
- ANDREWS, Josephine T.; MONTINOLA, Gabriella R. Veto Players and the Rule of Law in Emerging Democracies. *Comparative Political Studies*, v. 37, n. 1, 2004.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: IDESP/Sumaré/EDUC, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do argumento: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- BERCOVIVI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Sua Majestade, o Presidente da República: estudo de caso do controle de constitucionalidade dos atos do Executivo (1994-1998)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pernambuco, 2000.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: v. 12, n. 34, 1997.

- CHAVEZ, Rebecca Bill. The evolution of judicial autonomy in Argentina: establishing the rule of law in an ultrapresidential system. *Journal of Latin American Studies*, v. 36, n. 3, 2004.
- CLARK, Tom. *Institutional hostility and Separation of Powers*. Paper presented at the 2006 annual meeting of the American Political Science Association. Philadelphia: 2006.
- COOTER, Robert D.; GISBURG, Tom. Comparative judicial discretion: an empirical test of economic models. *International Review of Law and Economics*, v. 16, n. 3, 1996.
- COUSO, Javier. Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciência Política*, Santiago, v. 24, n. 2, 2004.
- DAHL, Robert. *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.
- _____. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- DA ROS, Luciano. Medidas Provisórias no Supremo Tribunal Federal (STF): independência e harmonia entre os poderes? In: Carrion, Eduardo Kroeff Machado; MEDINA, Ranier de Souza (orgs.). *Reforma constitucional e efetividade dos direitos: dez anos do Grupo de Pesquisa Constituição e Sociedade*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2007.
- DOMINGO, Pilar. Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico. *Journal of Latin American Studies*, v. 32, 2000.
- DOTAN, Yoav; HOFNUNG, Menachem. Legal defeats – political wins: why do elected representatives go to court? *Comparative Political Studies*, v. 38, n. 1, 2005.
- EPP, Charles R.. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: Chicago University Press, 1998.
- FEREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*. *Southern California Law Review*, n. 72, 1999.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV; São Paulo: FAPESP, 1999.
- GRAHAM, Barbara. Executive-judicial as a Factor in Explaining Presidential Policy-making. *Presidential Studies Quarterly*, v. 32, n. 3, 2002.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 2002.

- GUARNIERI, Carlo. Courts as an Instrument of Horizontal Accountability: the Case of Latin Europe. In: Maravall, José Maria; PRZEWORSKI, Adam (eds.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- HELMKE, Gretchen. The Logic of Strategic Defection: Court–Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. *American Political Science Review*, v. 96, n. 2, 2002.
- HERRON, Erik; RANDAZZO, Kirk. The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts. *The Journal of Politics*, v. 65, n. 2, 2003.
- HOWELL, William G. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- IARYCZOWER, Matias; SPILLER, Pablo; TOMMASI, Mariano. Judicial Lobbying: the Politics of Labor Law Constitutional Interpretation. *American Political Science Review*, v. 100, n. 1, 2006.
- KOOPMANS, Tim. *Courts and Political Institutions: A Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- MARAVALL, José Maria; PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- MCGUIRE, Kevin T. Explaining Executive Success in the U.S. Supreme Court. *Political Research Quarterly*, v. 51, n. 2, 1998.
- _____. The institutionalization of the U.S. Supreme Court. *Political Analysis*, v. 12, n. 2, 2004.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados*, Rio de Janeiro: v. 48, n. 3, 2005.
- PRZEWORSKI, Adam. Self-enforcing Democracy. In: WITTMAN, Donald; WEINGAST, Barry (eds.). *The Oxford Handbook of Political Economy*. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 312-328.

- RÍOS-FIGUEROA, Julio. The Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics and Society*, Forthcoming, 2007.
- ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- SAMPAIO, Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro. *A medida provisória como ato de governo*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Ed, UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.
- TATE, Chester Neal. Why the Expansion of the Judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The Global Expansion of the Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The Global Expansion of the Judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- TSEBELIS, George. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VOLCANSEK, Mary L. Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy. *European Journal of Political Research*, v. 39, n. 3, 2001.
- WEINGAST, Barry. The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law. *American Political Science Review*, v. 91, n. 2, 1997.
- _____. *Self-enforcing Constitutions: with an Application to Democratic Stability in America's First Century*. Working paper, Hoover Institution, Stanford University, 2005.
- WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WHITTINGTON, Keith E. Legislative Sanctions and the Environment of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, n. 1, 2003.
- _____. Interpose your friendly hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, 2005.

Recebido para publicação em outubro/2007

Aprovado em novembro/2007