

- que motivam a proibição da vingança privada naquele, e o revestimento de formalidades impostos a certos atos, nestes. Para descobrir um novo enfoque possibilitando vislumbrar a natureza substitutiva da jurisdição *graciosa* e penal, veja nosso trabalho *Chiovenda, jurisdição voluntária e processo penal* publicado na *Revista de Processo*, RT, v. 81, janeiro-março de 1996, p. 233-239, bem como *Revista Trabalho & Processo ou Trabalho e Doutrina*, Saraiva, v. 7, dezembro de 1995, p. 132-139.
- 17 Gian Antonio Micheli, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, *Rivista*, 1947, v. 1, p. 31, traduzido para o espanhol e re-publicado em 1970 nos *Estudios de derecho procesal civil*, v. IV, p. 18.
- 18 J. J. Calmon de Passos *Da jurisdição*, 1957, p. 31.
- 19 Marco Tullio Zanzucchi *Diritto processuale civile*.
- 20 Por isto que quando das polêmicas em torno do SFH os juizes que eram mutuários do sistema consideravam-se suspeitos para decidir tais causas pois, como mutuários, possuíam interesse (ainda que remoto) de que prevalecessem as teses que reduziam as prestações.
- 21 Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988*, tese de livre-docência na USP, aprovada com grau 10 pelos 5 membros da banca examinadora composta, entre outros, por José Cretella Jr., e publicada pela Atlas em 1991.
- 22 Cesar Viterbo Matos Santolim, *A responsabilidade Civil do Estado*, trabalho apresentado no Mestrado em Direito da Ufrgs, e publicado na *Revista Estudos Jurídicos*, da Fac. de Direito da Unisinos, v. 22, nº 55, p. 45:54; confira também Luiz R. Nuñez Padilla, *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Jurisdicional*, *Adv-Advocacia Dinâmica (COAD)* 1993, p. 107.

## A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP.

Doutor em Direito pela Universidade de Paris.

Professor Visitante da Universidade de Aix-en-Provence (França).

Membro da Comissão Executiva da

Associação Internacional de Direito Constitucional.

Presidente do Instituto "Pimenta Bueno"

(Associação Brasileira dos Constitucionalistas)

1. Tanto no Brasil como no estrangeiro preocupam-se juristas e politólogos com o fenômeno da judicialização da política. Aqui, já é ele, há certo tempo, assunto de debate tanto no meio jurídico quanto no político<sup>1</sup>.

Lá fora, o interesse pelo tema levou à publicação de um número especial da *International Political Science Review*, intitulado "*The judicialization of politics*"<sup>2</sup>.

### I — O CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

2. Entende-se por *judicialização da política* a tendência a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciários a decisão de mérito a respeito de ações administrativas ou normas obrigatórias. Ou seja, decisões "políticas", porque concernentes ao interesse da comunidade.

Talvez melhor fosse falar em *judicialização do político*, pois a fórmula *judicialização da política* traz a impressão errônea de que a disputa política é que é judicializada, quando é a ação governamental que cai nas mãos dos juizes. Entretanto, a experiência mostra que não adianta lutar contra expressões difundidas, mormente quando elas soam bem. É o caso da expressão empregada.

Em outras palavras, consiste a *judicialização* em atribuir ao Judiciário decisões que, nos termos da doutrina clássica da separação dos poderes, incumbiriam ao Executivo ou ao Legislativo. Decisões estas de caráter político, eis que

afetam o destino da comunidade (a *polis*), ou importam em orientar em direção a objetivos determinados a máquina governamental, em decorrência de uma visão do bem comum.

Num sentido mais fraco, todavia, a expressão é empregada para designar a adoção de procedimentos próximos aos típicos da Justiça para a preparação da tomada de decisões por órgãos administrativos ou legislativos. Assim, nos Paramentos, os *hearings*, em que se ouvem interessados na decisão a ser tomada, nas administrações, o convite aos interessados para que se manifestem, como se faz às vezes no caso de operações de renovação urbana, de desapropriações para grandes obras, de obras que possam afetar o meio ambiente, etc. Não é esta judicialização, entretanto, que nos preocupa neste trabalho.

### II — A JUDICIALIZAÇÃO NO ESTRANGEIRO

3. Nos Estados Unidos, a judicialização no sentido forte vem de longe. Talvez por isso seja esse país o lugar em que aparece mais avançada<sup>3</sup>.

Está ela intimamente ligada à *judicial review*, ou melhor, um alargamento do escopo da mesma. De fato, a Suprema Corte, de 1954 para cá, embora com menor intensidade nos últimos anos, vem, ao fulminar atos ou normas por inconstitucionalidade, afirmando *padrões positivos* que devem ser obrigatoriamente seguidos.

Ora, estes padrões são, conforme o caso, impositivos para o legislador, ou para a administração pública.

O marco inicial dessa nova postura é a famosa decisão *Brown v. Board of Education*<sup>4</sup> que impôs a dessegregação das escolas. E a determinou com "all deliberate speed".

Na verdade, como aponta Martin Shapiro, a Suprema Corte, sob a direção de Earl Warren, veio a definir o procedimento policial em relação a suspeitos ou acusados, um novo direito relativamente à obscenidade, a reforma do sistema de eleição dos deputados estaduais e federais, etc. Sob Burger, quanto ao aborto, a pena de morte e as condições das prisões, etc.<sup>5</sup>

4. O fenômeno também é patente na Alemanha<sup>6</sup>. A Corte Constitucional não se tem contentado, na função de controle de constitucionalidade, com a alternativa de, ou nulificar a lei, ou considerá-la consentânea com a Lei Magna. Assim, construiu a técnica da "interpretação de acordo com a Constituição" (*verfassungskonforme Interpretation*), pela qual entende constitucional uma lei, desde que ela seja interpretada de um determinado modo que fixa. Igualmente, pode ser considerada como a criadora da "inconstitucionalidade por omissão", não só condenando a omissão do legislador como assumindo, ou pelo menos dispondo-se a assumir o papel deste, escoado um prazo por ela própria fixada. Isto, afora a adoção de critérios como o de proporcionalidade, para o crivo das normas legais que envolvem sempre um certo grau de subjetividade.

Por outro lado, sempre por meio do controle de constitucionalidade, tem afeiçoado a seus critérios a legislação eleitoral. Por exemplo, ao fixar em 0,5% dos segundos votos (os partidários) o limite mínimo, para que o partido tenha direito a reembolsos de despesas eleitorais e não 2,5% como estava na lei. Ou ao julgar que os limites máximos para as contribuições para despesas eleitorais seriam inconstitucionais se fixados em proporção aos resultados eleitorais ou à riqueza do contribuinte, mas sendo válidas as contribuições de até 100.000 DM por parte de indivíduos ou firmas. Nessas decisões pode manifestar-se o bom senso, mas é difícil vê-las justificadas por critérios constitucionais objetivamente determinados.

5. E o mesmo fenômeno se pode apontar na Grã-Bretanha, na Suécia, na Holanda<sup>7</sup>, etc.

### III — A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO EM VIGOR

6. Antes da Constituição de 1988, era negligenciável a judicialização da política no Brasil, embora nalguns pontos ela já aparecesse. Não por obra do Supremo Tribunal Federal que, no tocante ao controle de constitucionalidade, sempre assumira uma posição de contenção, mas devido à atuação de juízes e tribunais estaduais.

Na verdade, foi na ampliação jurisprudencial do âmbito da ação popular que a judicialização primeiro se manifestou. Isto se deu a partir dos anos setenta, quicá em reação contra a falta de controle político da atuação governamental em razão do chamado regime militar.

Uma interpretação larga de "patrimônio público" ensinou que os juízes se habilitassem ao controle de atos concernentes ao meio ambiente, à herança histórica, às paisagens e à cultura, ao mesmo tempo que, por uma interpretação larga de "lesividade", ousaram alguns identificá-la a conveniência, necessidade, adequação, etc.

Por outro lado, como essa ação comporta liminar suspensiva do ato impugnado, e cai ela na competência do juiz singular — mais moço e mais ousado — o Judiciário, e por intermédio de seus juízes mais jovens, passou a interferir nas opções governamentais, proibindo construções, demolições, enchimento de represas, etc.<sup>8</sup>

A seu turno, às vésperas da nova Constituição um novo instituto — a ação civil pública — trouxe uma importante contribuição para a judicialização. Esta ação, criada, em 1985, pela Lei nº 7.347, tem como escopo fazer valer a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, atribuindo-se a legitimidade ativa para ela ao Ministério Público.

Ora, freqüentemente é o próprio Estado, por suas projeções, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, o acusado por esses danos. Assim, por meio da ação civil pública — pode-se dizê-lo — é a própria

atuação do Estado que é contestada. E num terreno em que não podem existir padrões legais definidos, prevalecendo apreciações de oportunidade e conveniência não raro subjetivas.

Se essa lei pôs o Ministério Público na primeira linha do combate a erros e abusos do Governo — politizando-o — evidentemente ela obriga o juiz, em muitos casos, a assumir a postura de administrador, devendo sopesar aspectos de conveniência, de oportunidade, a fim de decidir o mérito do pleito.

### IV — A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

7. Incontestavelmente, porém, foi a Constituição de 1988 que, consciente ou inconscientemente, determinou ampla e visível judicialização da política. E isto não só, diretamente, em razão de institutos que adotou, ou do caráter de seu texto, como por haver ampliado ao alcance de outros, criando, ademais, indiretamente um ambiente propício ao uso de instrumentos há muito consagrados, como o mandato de segurança, num sentido de interferência com a política de governo (reputada inadequada, ou injusta).

#### A — A Contribuição do Texto

8. O próprio estilo (ou sua falta) de redação da Carta de 1988 provoca essa judicialização.

Por um lado, o texto não segue nem de longe os padrões da terminologia jurídica. Leva o intérprete, portanto, o juiz, a ter de adivinhar, e aí cada um lê o que gostaria de ler. Contém absurdos, como a fixação de um máximo de juros numa economia como a brasileira, sugerindo com isso que não se leiam alguns preceitos. Aprecia fórmulas genéricas, de conteúdo indeterminado, como "sadia qualidade de vida", "recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessários a sua reprodução física e cultural", "exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores", "moralidade administrativa", etc. E assim força a apreciações valorativas que evidentemente envolvem um grande subjetivismo.

Ademais, como técnica de conciliação, a Constituinte teve o mau vezo de combinar no mesmo dispositivo o que queria a esquerda e o

que queria a direita, por meio de redações arrevezadas, obscuras, ou por meio da cláusula dilatória "nos termos da lei" — que cada lado podia apresentar como vitória sua. E com isto deixando ao Judiciário, por sua conta e risco, dar-lhe sentido e suportar a inخورável crítica de um setor da opinião. Que tal dirimir entre a expropriação para reforma agrária do imóvel que "não esteja cumprindo sua função social" quando esta não pode colher "a propriedade produtiva"?

#### B — O Controle de Constitucionalidade

9. Vejam-se, por outro lado, as inovações ou ampliações de institutos já presentes no direito anterior.

O primeiro ponto a salientar concerne ao controle de constitucionalidade, por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Observe-se, desde logo, que na repercussão política há uma imensa diferença entre o controle incidental e o controle direto. Naquele, com a sutileza posta por Marshall, o juiz não é levado a um confronto direto com o legislador. Ele afasta a aplicação da norma (inconstitucional), no exercício da função típica de determinar a regra aplicável a um caso concreto. Ele não a declara nula, inválida, isto são decorrências doutrinárias, nem lhe suspende a execução *erga omnes*, esta é uma atribuição do Senado, poder político e integrante do Legislativo. Ademais, vindo caso a caso o seu impacto é suave sobre a pele do parlamentar. E o mais das vezes há uma demora entre a promulgação da lei e a sua aplicação, longa suficientemente para que o sentido de paternidade parlamentar se tenha acalmado.

Na ação direta, não, ainda mais com a possibilidade da liminar. O juiz julga a lei e quando dá a inconstitucionalidade reprova o legislador. Freqüentemente pouco depois da edição da regra. Se essa ação tem inegáveis vantagens quanto à segurança jurídica, apresenta a desvantagem de fazer evidentemente um conflito entre poderes. Um a invocar a soberania democrática, outro o império da Constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade já existia antes da promulgação da Carta atual, mas só podia propô-la o Procurador Geral da República. Isto indubitavelmente representava um freio e uma seleção das demandas de inconsti-

tucionalidade, por motivos perfeitamente óbvios.

Generosamente, porém, a nova Carta estendeu a legitimidade para essa ação não só a inúmeras autoridades, mas igualmente a partidos políticos, a confederações sindicais ou a entidades de classe de âmbito nacional, etc.

O resultado foi, como se tem diante dos olhos, não apenas a multiplicação dessas ações, mas também a multiplicação de conflitos entre o Supremo Tribunal Federal e o legislador, mormente o legislador de fato, o Executivo, inclusive com suas medidas provisórias que ignoram — às vezes parece de propósito — as normas constitucionais.

10. Se isso não bastasse a Constituição acolheu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (no cumprimento de norma constitucional). Sem dúvida, essa cópia da Lei Magna Portuguesa de 1976 se situa bem dentro do espírito da constituição-dirigente à moda de Canotilho. Com efeito, esta preordena num rumo definido — no original o estabelecimento do socialismo e depois do comunismo — a atuação dos sucessivos governos, por meio da possibilidade de impor a estes, por via judicial, a efetivação dos programas, e evidentemente de normas programáticas.

Esta ação levada a sua consequência lógica faria do Judiciário um legislador. De fato, o poder de declarar “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” deveria ter como consectário o poder de regular a matéria a respeito da qual o Congresso Nacional se omitiu. Entretanto, embora houvesse na Constituinte quem o desejasse, o texto adotado não foi tão longe — apenas determinou que, reconhecida a omissão, será dada ciência da mesma ao Congresso Nacional.

De qualquer modo, esta “ciência” importa numa censura, ainda que com as famosas luvas de pelica, ao Congresso.

11. Aproxime-se desta ação o mandado de injunção. Este, que não tem precedente nacional ou estrangeiro, a não ser a própria inconstitucionalidade por omissão, visa a tornar possível o exercício de “direitos e liberdades constitucionais”, inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Sua decorrência lógica seria o suprimento da lacuna, isto é, a edição da norma regulamentadora.

Houve, na Constituinte, quem o quisesse. Contudo, como a idéia provocasse resistência, chegou-se a um acordo: inseriu-se no texto somente a hipótese em que caberia o instituto, deixou-se o mandamento, a consequência ao Judiciário... E grande parte da doutrina, vigente a Constituição, quis que o Supremo levasse às últimas esse novel instituto incompleto, e assumisse a postura de legislador. Ele não o fez e quanta crítica desabou, e ainda desaba, sobre ele.

De qualquer modo, aqui, de novo, a Constituição faz o Judiciário de censor do Legislativo e se não o traz à legiferação, o deixa no limiar disto.

12. Some-se isto a contribuição da Emenda Constitucional nº 3/93, a ação direta de constitucionalidade. Esta, como a expressão indica, visa a declarar constitucional lei ou ato normativo federal. Isto é à primeira vista surpreendente. De fato, em termos doutrinários, a constitucionalidade é presumida.

O intuito, porém, que levou à instituição é claro. Por um lado, é evitar longas controvérsias sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mormente de leis ou medidas provisórias. Por outro, é obter do Supremo, por meio de uma “ação” sem contraditório — se de ação se possa chamar um processo sem contestação — uma como que “sanção” judicial da norma.

Tal posição revoluciona o papel deste Tribunal como controlador de constitucionalidade, aproxima-o do Conselho Constitucional francês que examina a constitucionalidade da lei, antes de entrar esta em vigor (podendo sugerir alterações nelas que a tornem compatível com a Lei Magna).

E não se olvide que as decisões definitivas de mérito em ações de constitucionalidade têm “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

### C — O Controle da Administração

13. No que tange à judicialização da política no plano administrativo, a Constituição já encontrou os dois grandes instrumentos pelos quais ela hoje ocorre a ação popular e a ação civil pública. Deu-lhes, porém, um campo mais amplo, pois consagra na sua letra a extensão

jurisprudencial daquela, e quanto a esta lhe concede o que a lei lhe vedava, ou seja, a intervenção em questões referentes ao patrimônio público. E sempre com a possibilidade das limitações.

Ninguém contestará os aspectos positivos de uma ampliação do controle sobre a administração pública. Mas a que consagra a Constituição no ponto em exame, tem alguns inconvenientes que seria necessário corrigir.

A ação popular e a ação civil pública têm sido freqüentemente usadas como arma política. Elas são exigidas pelas oposições contra governantes, sobretudo contra os que não são “politicamente corretos” ao ver da imprensa, da intelectualidade, e da classe média (alta) de que fazem parte juizes e membros do Ministério Público. Sua proposição é acolhida com aplausos por parte da imprensa de oposição, dá o famoso minuto de celeridade a quem as propôs, inclusive os membros do Ministério Público, e sua acolhida, especialmente numa liminar dada de chofre, ao juiz. Ademais, como as questões que provocam essas decisões são “notícia”, freqüentemente são elas tomadas perante as câmaras da televisão (ou sob a pressão delas). Mas este é o problema da “videodemocracia”.

Ora, o juiz que decide essas ações em primeira instância, não raro ingressou há pouco na carreira, é inexperiente. Não sabe resistir à pressão dos meios de comunicação, por isso às vezes cede, curvando-se ao que é politicamente correto.

### D — O Controle das Eleições

14. Igualmente, a Constituição já encontrou a Justiça Eleitoral, mas, com muito boas intenções, lhe alargou a esfera.

De fato, institui uma ação de impugnação de mandato, fundada em “abuso de poder econômico, corrupção ou fraude”. Pondo-se de lado esta última hipótese, as duas outras obrigam a Justiça a emergir num terreno movediço que é o do financiamento eleitoral.

O ponto mais delicado, porém, concerne ao verdadeiro poder normativo que tem esta Justiça no que tange às eleições. É ela que, por meio de “instruções”, regulamenta o processo eleito-

ral. Nisto, incontestavelmente ocorre uma judicialização da política. O “legislador” em pontos importantes é o Judiciário.

### E — Razões da Judicialização

15. Cabe indagar o por quê desse fenômeno de judicialização.

Tendo em mente o caso norte-americano, Shapiro aponta que isso se desenvolveu em reação à “política partidária eleitoralista” (“*partisan electoral politics*”) e à “pressão dos grupos de interesse” (“*interest group lobbying*”). E comenta: “Uma corte, não eleita, ‘independente’ e ‘neutra’ dá um passo adiante para corrigir uma ‘falha’ ou a ‘patologia’ do processo democrático. A substituição do ‘*judicial policy making*’ ao ‘*legislative/executive policy making*’ é legitimado em parte pela invocação dos direitos da minoria contra a vontade da maioria e em parte pelo argumento de que em algumas raras instâncias a democracia não se corrige (“*is not self-correcting*”) sem a intervenção judicial”<sup>8</sup>.

16. No Brasil, como já aponte no artigo mencionado, o apelo à judicialização tem algumas razões fáceis de identificar.

Embora não haja — que se saiba — qualquer doutrina por detrás disto, o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes “políticos” Legislativo e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, a alimentada pelos meios de comunicação de massa.

A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral, mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de “políticos” e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam trabalhem para o interesse geral.

Na verdade, o próprio legislador constituinte assumiu essa posição de descrença. A inconstitucionalidade por omissão, o mandato de injunção, as minudências de caráter infraconstitucional do texto — bem como os inúmeros prazos para a edição de leis, afora a preordenação do conteúdo destas, para vigorar até que venha a lei regulamentadora, que estabelece o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — de-

monstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário.

Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia "esclarecida". É formado a nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso — entende essa faixa da sociedade — é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes — como as grandes decisões políticas — do que aos "políticos" — vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos...

Ainda mais que o processo judicial assegura a manifestação de opiniões diversas (o contraditório), e leva a decisões que são reexaminadas em nível superior. Por isso, supõe-se que essas decisões sejam corretas e objetivamente tomadas.

Além disso, há um fator social. Os juízes pertencem, no Brasil, à classe média alta, "politicamente correta". Ora, esta classe, a formadora da opinião pública, descrente nos políticos (que considera mais ou menos populistas) evidentemente sente maior confiança nos seus...

Enfim, muito tem contribuído para a judicialização nos últimos anos o ativismo de jovens juízes. Estes não têm hesitado, no controle de constitucionalidade difuso, em se contrapor ao Governo, anulando freqüentemente os seus atos. Reação a isto é exatamente a instituição, já comentada, da ação direta de constitucionalidade, claramente destinada a coibir a atuação crítica dos escalões inferiores da magistratura. Isto, concentrando nas mãos do Supremo a apreciação da constitucionalidade de leis potencialmente controversas, e, mais, impondo a sujeição de todos os outros juízos à decisão tomada por essa Corte.

18. Mas é preciso convir que os magistrados não estão, de modo geral, preparados para o tipo de decisões que deles reclama a judicialização, principalmente quando esta os leva a substituir o administrador. O tino administrativo não é dos que se adquirem no estudo dos livros mas exige experiência que, se às vezes o administrador político não possui, a sua assessoria de funcionários experimentados, não raro tem. Mesmo a redação de leis tem uma técnica

própria que a maioria dos juristas — habituados a aplicá-las — não dominam.

Por outro lado, a decisão política reclama freqüentemente a ponderação de inúmeros aspectos e interesses contraditórios. É muitas vezes uma escolha entre males necessários, ou entre valores prestigiados, mas que se opõem no caso concreto.

Isto bem se vê nas momentosas questões ambientais, ou assemelhadas: energia nuclear (com os vazamentos), energia hidráulica (com as imensas inundações e a destruição ou até a extinção de espécies animais e vegetais), energia da combustão (do petróleo, da madeira, do carvão e a poluição)? Ou falta de energia (com *black-out* nas cidades, paralisação do desenvolvimento industrial, falta de empregos ou mesmo desemprego)? Etc., etc. Assim, ela não se ajusta ao jogo de soma nula que decorre da decisão judicial: certo (lícito), errado (ilícito). Nem deflui pura e simplesmente de paradigmas legais.

Ora, o juiz está habituado a essa separação radical, preparado que foi para separar o legal do ilegal. Em razão disto, costuma ter uma visão maniqueísta das coisas. Ignora que a opção do administrador sopesa alternativas complexas, às vezes entre vários males. Assim, fulmina muitas vezes o que teve de ser decidido de pressa e envolve uma escolha que é... política em sua natureza, mas que não é a política que escolheria (mas não foi ele quem o povo elegeu). Acostumado a exigir o "certo" e a condenar o "errado", impõe, como se deu num caso clássico, sejam salvos os cervos do pantanal (espécie em extinção) antes de inundada uma barragem. Com isto, não só retardando uma obra de grande interesse geral, mas provocando um dispêndio que daria para construir habitações adequadas para toda uma (numerosa) comunidade, ou qualquer outra coisa que beneficiasse a população carente.

Enfim, cumpre não esquecer a questão da legitimidade. O juiz não é escolhido pelo povo (nem o deve ser), não representa o povo senão em termos metafóricos. Nem é desejável que se politize.

## VI — A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

19. A judicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justi-

ça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela "opinião pública", o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa.

Estes "profetizam" os votos dos membros de uma Corte — o Supremo Tribunal Federal, por exemplo — analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em *off*, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os "donos" da comunicação<sup>12</sup>.

20. A politização da justiça é desejada por muitos no Brasil atual.

De um lado, são os que batalham para a adoção do "controle externo" do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra. De outro, os que postulam um direito "alternativo", versão ideologizada e simplista do "Freirecht". Neste caso, o pretexto é servir aos carentes.

Em ambos os casos, trata-se de politizar o sentido no sentido de impor às decisões judiciais um padrão que não é o da lei objetivamente considerada, nem o da justiça intemporalmente encarada, mas "partidária". Seja este o partidatismo de uma corrente política, seja ele o posicionamento "politicamente correto"<sup>13</sup>.

Em ambos os casos, em favor disto invoca-se a democracia, a vontade popular.

Entretanto, a democracia moderna — a democracia representativa — é uma forma de governo misto, de acordo com a longa tradição de que a melhor forma não é qualquer das puras, mas a que combine o lado positivo de cada uma das três formas clássicas, evitando o lado negativo de cada uma delas<sup>14</sup>.

Nesse quadro, se a orientação política geral é dada pelo Executivo, hoje Governo, e pelo Legislativo, ambos eleitos pelo povo, ao Judiciário é dado o papel de freio em defesa da justiça. Por isso, é ele um poder técnico, estruturado de modo a atender às exigências de imparcialidade e independência. Os outros são poderes políticos, ele não o deve ser.

21. Não é preciso sublinhar o perigo que traz consigo a politização da justiça. Basta lembrar

que ela pode vir a sobrepor considerações de oportunidade, ou de conveniência à apreciação objetiva da legalidade, ao reconhecimento e à reparação do direito individual, mormente fundamental, quando violado. Nunca se deve esquecer que a suprema garantia da liberdade é um Judiciário independente, como o comprovam séculos de história. A verdade é que o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito.

## V — JUDICIALIZAÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

22. A análise da Constituição de 1988 exigiu o emprego do termo *controle* para designar a atividade que, em diversos campos, exerce o Judiciário. Há uma razão para isto.

Embora o termo *controle* tenha entre nós um sentido fraco, vindo do francês *contrôle*, com a significação de fiscalização, verificação — e certamente foi com este sentido que a doutrina clássica o aplicou a propósito das questões de constitucionalidade — tem ele também um sentido forte, vindo do inglês *control*, onde transparece a idéia de comando.

Ora, é este sentido forte que espelha o papel dado pela Carta vigente ao Judiciário nos planos examinados.

De fato, se não pode dizer que neles o Judiciário comande positivamente, inegável é reconhecer que ele aí desempenhe um poder negativo, uma espécie de veto absoluto. Fazendo um paralelo com a distinção de Montesquieu entre a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* no processo legislativo, o Judiciário tem, hoje, nitidamente, uma *faculdade de impedir*<sup>9</sup>.

Tal faculdade é intrinsecamente política. E, como se assinalou, ela cobre todo o campo do político, desde o processo eleitoral em que se selecionam os representantes do povo — os governantes — até o exercício do Poder que se expressa tanto nas leis como nos atos de administração.

23. A transformação do Judiciário em um dos órgãos de controle que devem existir no Estado contemporâneo, foi há bom tempo antecipada por Karl Loewenstein. Este mostra que a tipologia das funções de que se serviu Montesquieu está superada na realidade hodierna. Não, todavia, a idéia de distribuir o seu exercício por

órgãos separados. A seu ver é necessária uma nova "separação dos poderes" que leve em conta as três tarefas que lhe parecem fundamentais atualmente: a definição da política (*policy decision*), a execução da política (*policy execution*) e o controle da política (*policy control*)<sup>10</sup>.

24. Curiosamente, entretanto, o posicionamento do Judiciário na Constituição de 1988 muito se aproxima da versão (clássica) da separação dos poderes presente no *Espírito das Leis*. Neste, ela tem caráter político e não jurídico. Traduz o ideal do governo misto, procurando equilibrar as relações de poder, por meio de uma divisão em que a atuação política, ou governamental, dependa de três Poderes que encarnam três forças sociais. O Legislativo pelo qual se exprime o povo (ou seus representantes), o Executivo (o rei), o Judiciário (a magistratura, elite profissional). De fato, no livro de Montesquieu, os três Poderes podem reciprocamente paralisar-se, caso não se disponham a caminhar de concerto<sup>11</sup>.

Na Carta em vigor, o rei é o Presidente eleito diretamente pelo povo todo que exerce o Executivo; o Legislativo são os representantes dos grupos parciais; o Judiciário, uma elite instruída e não corrompida.

25. Note-se, ademais, que a judicialização biparte a função dos juizes e tribunais. De fato, lado a lado, atuam juizes e tribunais que passam a enfrentar decisões políticas, e juizes e tribunais que continuam no campo tradicional — a dirimir conflitos entre pessoas, a punir criminosos.

Mas, não havendo uma especialização — salvo e dentro de certos limites — são os mesmos indivíduos que passam de um plano para outro.

Estes juizes, todavia, que são obrigados a se substituir aos administradores ou legisladores, tem a mesma formação e são selecionados pelos critérios tradicionais — salvo nos mais altos tribunais — que os outros, que cuidam de questões de litígios entre particulares ou sancionam condutas delituosas.

## VI — OBSERVAÇÕES FINAIS

26. O fenômeno da judicialização da política, nítido no Brasil atual, deve ser encarado com seriedade e estudado com profundidade.

Sem dúvida, é ele devido, sobretudo, à Constituição de 1988 que a impôs ao Judiciário. Não se trata, todavia, de um fenômeno peculiar ao Brasil, ao contrário, por toda parte ele se manifesta. Assim, não parece seja passageiro, facilmente reversível com uma revisão da Lei Magna. Mesmo porque se apóia nos institutos jurídicos na moda entre os juristas mais jovens — ação civil pública, inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção são para eles temas fascinantes.

Trata-se, porém, de uma questão a merecer aprofundada meditação. De fato, ela modifica muito do caráter do Poder Judiciário. Tem ela assim um profundo impacto sobre a organização do Poder, que importa numa revisão ou num reequacionamento da velha separação dos poderes (pelo menos da visão jurisdicista desta doutrina).

Talvez seja isto inexorável e atenda a exigências inafastáveis do Estado contemporâneo, como aponta Lowenstein. Mas tem uma contrapartida indesejável, qual seja a politização do Judiciário. Esta não deixa de ser uma ameaça ao Estado de Direito, além de colocar um problema do qual a doutrina foge. Ou seja, a questão da legitimidade democrática do Judiciário e, portanto, a de sua intervenção nos planos legislativo e administrativo da vida governamental.

O fenômeno da judicialização da política não pode, por isso, deixar de ser analisado a fundo, para que disto ressaltem todas as suas vantagens e desvantagens. Para tanto este trabalho procurou trazer uma contribuição, ainda que superficial, cuidando essencialmente de salientar seus traços principais e suas linhas fundamentais.

## NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 No Brasil, esse já foi o tema de artigo que publiquei sob o título "O Poder Judiciário na Constituição de 1988" (RDA (out-dez 91, mas que circulou em março de 1995) 198/1). Igualmente, o assunto vem sendo debatido em numerosas oportunidades por autoridades do peso do Ministro da Justiça, o Prof. Nelson Jobim. Foi, outrossim, um dos temas discutidos no IV Encontro de Direito Constitucional (realizado em São Paulo em fins de agosto e início de setembro de 1995), com a participação de eminen-

tes juristas europeus, como o português Cardoso da Costa e o francês Louis Favoreu.

- 2 Volume 15, nº 2, abril de 1994.
- 3 Martin Shapiro, "Juridicialization of Politics in the United States", na *International Political Science Review* citada, p. 101 e s.
- 4 374 US 483 1954.
- 5 Shapiro, art. cit., p. 104.
- 6 Cf. Christine Landfried, "The judicialization of Politics in Germany", *International Political Science Review* citada, p. 113 e s.
- 7 Cf. sempre no citado número da *International Political Science Review*, Maurice Sunkin, "Judicialization of Politics in the United Kingdom", p. 125 e s.; Barry Holstrom, "The judicialization of Politics in Sweden", p. 153 e s.; Martin Edelman, "The judicialization of Politics in Israel", p. 177 e s.
- 8 Art. cit., p. 104.
- 9 Montesquieu, *Espírito das Leis*, livro XI, cap. VI.
- 10 V. Karl Loewenstein, *Political power and the governmental process*, Univ. Chicago Press, Chicago, 2ª ed., 1965, p. 42 e s.
- 11 *Espírito das Leis*, Livro XI, cap. VI.
- 12 No julgamento criminal do ex-presidente Fernando Collor pelo Supremo Tribunal Federal viu-se bem isto. A revista *Veja*, no domingo anterior, antecipou aspectos do julgamento que só lhe poderiam ter sido

dados por quem estivesse "por dentro". Jornais, como o *O Estado de S. Paulo* analisaram a composição do STF em termos próprios para avaliar as cores de uma câmara partidária.

- 13 Desse desiderato são significativas as manifestações de inconformismo de alguns juristas com o resultado do julgamento do ex-Presidente Collor pelo Supremo Tribunal Federal. Houve quem ousasse sustentar que a matéria pedia julgamento "político", para atender à "opinião pública", como se o juiz devesse guiar-se pela "voz do povo" (que, na verdade, não passa da "voz da mídia"), sem examinar os autos e as provas. O curioso é que isto veio dos mais rigorosos críticos do "arbitrio" do período militar.
- 14 Foi Aristóteles o primeiro a encontrar num governo misto a melhor das formas de governo, conquanto tenha sido Políbio, a propósito da República Romana, quem tenha dado a versão clássica dessa tese. Cícero, no *De República*, a repete e desenvolve. Montesquieu inspirou-se nessas lições ao louvar a constituição da Inglaterra, em que se combinam o elemento monárquico (o Executivo), o elemento democrático (a representação popular presente no Legislativo) e o aristocrático (a *noblesse d'épée* na câmara alta do Legislativo; a *noblesse de toga*, os juizes, guardiões da Justiça, no Judiciário).