

Imparcialidade Jurisdicional Versus Discricionariedade Administrativa¹

LUIZ R. NUÑES PADILLA

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS.
Procurador do Estado

SUMÁRIO

1. Poder Executivo; 1.1. Poder e Estado; 1.2. Poder Executivo; 1.3. Poder Executivo Federal: a) Presidência da República; b) Vice-Presidência; c) Ministros de Estado; d) Órgãos da Administração Direta e Indireta; e) Conselho da República; f) Conselho de Defesa Nacional; 2. Discricionariedade Administrativa x Imparcialidade Jurisdicional: 2.1. Medidas Provisórias; 2.2. Controle Judicial; 2.3. Política e Poder.

RESUMO

Comparação entre a atividade jurisdicional e administrativa. Discricionariedade Administrativa versus Imparcialidade Jurisdicional. A evolução no conceito de jurisdição, de Chiovenda a Micheli, passando pelos mestres peninsulares do processo. O Poder Executivo após a Constituição de 1988, e as peculiaridades nacionais como o descontrole dos mandatários e o caro hábito de passar o poder ao Vice-Presidente quando das viagens do titular. Crítica ao sistema híbrido, presidencialista mas adotando medidas provisórias, instituto dos sistemas parlamentaristas onde o controle político impede que o Executivo usurpe a função legislativa do Congresso. Sugere maior atuação do Judiciário diante das medidas provisórias inconstitucionais na origem por não configurarem "casos urgentes". Trabalho multidisciplinar comparando o processo jurisdicional com a atividade administrativa.

1. PODER EXECUTIVO

Antes de comparar as decisões administrativas e judiciais, cumpre lembrar alguns aspectos do Poder Executivo cuja estrutura não é vivenciada no dia a dia dos operadores do direito.

1.1. Poder e Estado

Poder deriva do verbo latino "posse".

No Direito Público, exprime os órgãos ou instituições a quem se confere uma parcela da soberania do Estado, permite-lhes autoridade para exercer as funções atribuídas pela ordem político-administrativa, juridicamente organizada.

Desde a "potestas" ou "imperium" do Direito Romano, onde a chefia do Estado possuía autoridade suprema, a concepção de poder evoluiu. O poder do Estado origina-se do povo "que o exerce por meio de representantes eleitos" (CF, art. 1º, parágrafo único). Lamentavelmente, inexistem mecanismos eficazes para o controle do mandato popular. Ao contrário do mandato civil, que pode ser revogado pelo mandante quando o mandatário decai de sua confiança (arts. 1.300, 1.316 e ss. do Código Civil), o mandato popular ou político, conta unicamente com os instrumentos previstos no art. 14 da Constituição Federal para "controle" do mandatário. O voto, o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular são os mecanismos constitucionais, este último uma importante inovação da Constituição Federal de 1988 possibilitando a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados por eleitores que representem, no mínimo, um por cento dos alistados no país (art. 61, pará-

grafo 2º, CF). São mecanismos insuficientes, pois o eleitor não tem como controlar seu representante², até por que o voto é secreto. O único mecanismo de controle consiste em não votar mais nos mandatários que perdem a confiança, mas o poder econômico é tão influente nas eleições que esse fator chega a perder a significação.

Todos esses procedimentos, e muito mais, estão previstos na Constituição que, como sintetizou Rui Barbosa, "... não se adotam para tirar, mas para escudar a consciência dos povos."³

1.2. Poder Executivo

A Constituição Federal adota a tripartição dos poderes, "harmônicos e independentes entre si". Essa concepção deve-se a Montesquieu, visando reduzir a possibilidade de arbítrio, ao dividir seus poderes em vários órgãos. Ao mesmo tempo, o menor encargo de atribuição permitiria um exercício mais eficaz. A tripartição é observada nas esferas federal e estaduais; os municípios brasileiros, ao contrário do que se observa em alguns países da *Common Law*, não possuem Poder Judiciário próprio. Falam em outros "poderes", tão ou mais fortes que o do Estado, sugerindo aquela poderosa, inoculável e inoculada influência da Igreja e de outras agremiações religioso-filosóficas, como a maçonaria, os rosa-cruz, que paulatinamente foram cedendo terreno para os meios de comunicação cuja influência tem sido observada sobre os poderes executivo e legislativo, e agora passam a pressionar o judiciário, em constante crítica a decisões e procedimentos jurisdicionais.

Essa tripartição de poderes desafia críticas. Cesar Saldanha de Souza Jr., Procurador da República, Doutor em Direito Constitucional pela Usp, e professor da Ufrgs, manifesta há mais de um lustro, desde a "Crise da Democracia no Brasil" (Forense), a ineficácia decorrente da tripartição dos poderes. Com a veemência que lhe é peculiar, enfatizou os vínculos e simpatias do nobre ideólogo francês com o liberalismo. Para Montesquieu, separar os poderes executivo e legislativo serviria ao propósito de reduzir a esfera de atuação e intervenção estatal na vida dos cidadãos, porque a separação gera a inoperân-

cia de um e outro. O sistema de Governo Parlamentarista resolve o impasse. Impõe sábia interdependência entre os poderes Executivo e Legislativo ao governar o Estado. Separa as funções de Chefia de Estado para serem exercidas por outro órgão, distinguindo a natural discordância política da odiosa subversão contra as cláusulas pétreas e os valores permanentes da Pátria, personificados no Chefe de Estado. Com exceção de breve e anômalo período parlamentarista imposto em 1961, o Brasil republicano adotou o presidencialismo, ratificado em recente plebiscito.

A Constituição de 1988 conjuga no Presidente da República a direção do Governo com a Chefia de Estado, atribuições que serão analisadas em capítulo destacado. Os Estados e Municípios refletem esse sistema, com as peculiaridades próprias.

1.3. Poder Executivo Federal

O governo, a administração do país, é realizada pelo Poder Executivo Federal. Comparativamente à Constituição de 1967, e sua emenda nº 1/69 (conhecida como Emenda de 69), a Carta atual reduziu um pouco a esfera de atribuições do Executivo, tradicional detentor de concentração de atribuições — procurando um melhor equilíbrio com os demais poderes, cuja esfera de competência foi sensivelmente ampliada, tanto o Legislativo, quanto o Judiciário.

A Constituição diz que "o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado". Com propriedade, não refere o Vice-Presidente, que não exerce por si mesmo qualquer esfera de poder, mas apenas substitui o titular nos eventuais impedimentos. Mas o art. 76 omite referências aos diversos órgãos de administração direta ou indireta, constituídos sob a forma de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Embora alguns destes sujeitem-se ao regime jurídico privado (art. 173, inc. 1º, CF), são órgãos da política governamental, através dos quais o Estado exerce parcela de seu poder. Um dos maiores poderes da União está em imprimir a moeda (art. 21 — VII, CF) permitindo-lhe o controle da economia.

a) *Presidência da República*

Conjugando as Chefias de Estado e de Governo, o cargo de *Presidente* comporta inúmeras atribuições, cuja citação fugiria aos limites deste ensaio, e é suficientemente detalhada nos diversos *Comentários à Constituição*. Mas uma visão genérica dessas atribuições não poderia deixar de criticar a competência legislativa do Presidente da República, em determinados casos. A exorbitância desse poder legislativo anômalo sujeita-se não só ao controle judicial, mas ao controle do próprio Congresso Nacional (CF, art. 49 — V).

Podemos dividir as atribuições do Presidente da República entre as de *Chefia de Estado*, como as dos incisos VII e VIII, do art. 84 (CF), relacionar-se com os organismos estrangeiros; e as de *Chefia de Governo*, como as dos incisos II, XXIII e XXV do mesmo artigo 84, tipicamente administrativas.⁴ Outra classificação divide os atos entre privativos e delegáveis aos Ministros.

b) *Vice-Presidência da República*

Eleito por cinco anos, juntamente com o Presidente da República, dentre os brasileiros natos maiores de 35 anos no exercício dos direitos políticos, o Vice-Presidente é o substituto eventual ou permanente do titular. Além das atribuições do titular durante a substituição, o Vice-Presidente pode ser incumbido de missões especiais, e integra os *Conselhos da República e de Defesa Nacional*.

Nosso país, apesar da necessidade de conter os gastos públicos, possui exacrável praxe do Vice-Presidente assumir, temporariamente, o exercício da Presidência quando o titular sai do país, ainda que por *poucas horas*.

A Constituição Federal só impõe essa prática para afastamentos *superiores a quinze dias*, com necessidade de autorização (art. 83 e 49, III). As atuais facilidades de comunicação permitem a direção do país de qualquer ponto do globo.

Essas *mudanças simbólicas* de Chefia revelam-se inúteis e extremamente onerosas para os cofres públicos. Inúteis porque os que assumem interinamente, seja por temor reverencial ao titular, seja pelo temor real de que seus atos sejam retificados os expondo ao ridículo, não

tem qualquer iniciativa em termos de administração pública. Limitam-se a liberar verbas e condecorações aos seus afetos, e usufruir das prerrogativas de Chefe de Estado em *visitas* ao seu domicílio eleitoral. Essas *mudanças simbólicas* oneram o erário porque, além da pompa do substituto no exercício do cargo, arcam com o aparato burocrático que acompanha a "comitiva presidencial" nas viagens.

A pobre nação brasileira sustenta dois Presidentes, embora nenhum deles esteja de fato no comando da economia e administração pública... O prejuízo é total. Esse fenômeno jurídico-sociológico revelou-se em toda sua extensão na ineficácia-inoperância da Administração Federal, capitaneada pelo Exmo. Sr. Dr. Itamar Franco que, definitivamente empossado na Presidência, continuou agindo como Vice no exercício, marcando compasso ao longo de mais de ano...

c) *Ministros de Estado*

Os Ministros de Estado são escolhidos (art. 87) e nomeados (art. 84-I) pelo Presidente da República entre os maiores de 21 anos⁵ no exercício dos direitos políticos. Suas atribuições principais são colaborar com o Presidente da República no exercício da chefia de *governo*, na *administração* do Estado, com exceção do Ministro das Relações Exteriores. O art. 87, parágrafo único, da CF, refere, em linhas gerais, os atos dos Ministros de Estado, remetendo à legislação ordinária, que cria e regula atuação dos Ministérios. Na Emenda Constitucional nº 1/69, o Presidente possuía iniciativa de criar e extinguir Ministérios, que hoje passou à competência do Congresso Nacional.

Ao falar dos atos e atribuições dos Ministros de Estado, deve-se referir a classificação dos atos do Presidente da República em *privativos e delegáveis*, já que estes são os que podem ser atribuídos aos Ministros.⁶

O Prof. José Afonso da Silva⁷ sugere destacar das funções de Chefia da Administração Federal, diretamente atrelada à orientação desta, sub-classe que incluiria justamente os atos do Presidente da República delegáveis aos Ministros de Estado, acrescidas do dever de prestar contas dessa administração (art. 84 — XXIV). Já os Ministros "prestam contas" ao Presidente

através de *relatórios anuais* (art. 87 — III), e assinam os atos e decretos referentes à área de competência de seus Ministérios.

d) *Órgãos da Administração Direta e Indireta*

Além dos Ministérios, compõe a administração federal diversos organismos instituídos sob forma de Autarquias e Fundações Públicas (ambas pessoas jurídicas de Direito Público); e de Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas (ambas entidades de direito privado), cujos dirigentes são de livre escolha⁸ do Presidente da República e Ministros de Estado, nos termos das Leis que constituem e organizam cada uma dessas entidades.

e) *Conselho da República*

Órgão da Chefia de Estado, o Conselho da República compõem-se do Presidente da República e Vice, dos Presidentes do Senado e Câmara e do Ministro da Justiça, que também integram o Conselho de Defesa Nacional. A essas autoridades somam-se os líderes da maioria e minoria da Câmara e do Senado, mais seis cidadãos com mais de 35 anos, com mandato de 3 anos, vedada a recondução, sendo dois escolhidos pelo Presidente, e dois escolhidos por cada Casa do Congresso.

O Presidente da República dirige suas reuniões, para as quais pode convocar outros Ministros quando a pauta envolver questões relacionadas à respectiva pasta.

A esse *órgão de consulta* compete *opinar* sobre intervenção; estado de defesa e de sítio; e questões, em geral, "*relevantes para a estabilidade do Estado*". Esse órgão teria extrema importância caso tivesse sido aprovado o sistema parlamentarista, conjugando entendimentos de ambos poderes envolvidos com o Governo.⁹

f) *Conselho de Defesa Nacional*

O CDN (Conselho de Defesa Nacional) também é órgão consultivo da Chefia de Estado. Dele participam, além dos já mencionados componentes do Conselho da República (Pres. da Rep. e Vice, Pres, do Senado e Câmara e Ministro da

Justiça), os Ministros Militares, das Relações Exteriores e do Planejamento.

Diferentemente do Conselho da República criado em 1988 para opinar sobre questões internas, o Conselho de Defesa Nacional já existia anteriormente, embora com outro nome, CSN (Conselho de Segurança Nacional). Hoje, ele é mais consultivo, enquanto o CSN *era* um órgão de execução da política de segurança.

Embora a CF não seja clara, a doutrina entende que a consulta ao CDN é obrigatória para os atos específicos do parágrafo primeiro, do art. 91, sendo relevante para os atos do inciso I ouvir os Ministros Militares e das Relações Exteriores; para os atos do II devem ser ouvidos os Presidentes da Câmara e do Senado devido à supressão das garantias constitucionais decorrentes. Lamentavelmente, os Ministros das Minas e Energia não tem assento no Conselho, pois lhes competiria opinar sobre a hipótese do art. 91, parágrafo primeiro, inc. III e, pelo que consta do texto constitucional a CF é omissa a respeito quando trata do Conselho de Defesa Nacional, embora o final do "caput" do art. 91 sugira que os enunciados são membros "natos", abrindo perspectivas para que o CDN seja integrado por outros membros.¹⁰

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA VERSUS IMPARCIALIDADE JURISDICIONAL

Ao falar das atribuições do Poder Executivo é importante destacar a discricionariiedade administrativa, que caracteriza esse poder estatal. Diferentemente dos atos judiciais, exercidos por órgão imparcial, e onde toda decisão deve ter fundamentos de direito sob pena de nulidade (art. 93, inc. IX, da CF), a administração pública possui uma maior liberdade de ação, chamada de *discricionariiedade administrativa*, permitindo que o poder executivo cumpra sua função política de administrar.

Na *atividade administrativa*, o poder age no próprio interesse de bem administrar os órgãos de atuação do Estado, com o que os seus dirigentes granjearão o respeito e admiração do eleitorado.

Na *atividade jurisdicional* o julgador não pode nem mesmo ter a expectativa de agradar às partes ou a quem quer que seja, qualquer quebra

da postura equidistante compromete o resultado da atividade estatal como bem demonstrou Chiovenda¹¹. Ao procurar não prejudicar a parte de quem é desafeto, termina beneficiando-a. Do contrário, procurando ser imparcial com os afetos, é rigoroso demais. Esse inolvidável mestre italiano estabeleceu como pressuposto à definição da Jurisdição como "atividade estatal que realiza o direito positivo" o caráter substitutivo dessa atividade, onde as partes são substituídas por um *um órgão estatal imparcial* para bem compor o litígio.

Mas a península efervescia com grandes pensadores iniciando-se longo processo dialético nas investidas de Carnelutti¹² e seu conceito de lide.

Allorio¹³ desenvolveu a idéia originalmente de Calamandrei¹⁴ quanto à *pedra de toque* que seria a coisa julgada, tese que floresceu com a adesão, dentre outros, de Couture¹⁵ e, no Brasil, de Frederico Marques, Arruda Alvim, Lopes da Costa, e muitos outros. Essa sucessão de tesouros de direito processual fez com que a idéia, verdadeiramente brilhante de Chiovenda, da substitutividade, muito contestada em face do processo penal e da jurisdição voluntária¹⁶, só muito mais tarde fosse alcançada em sua genialidade pela obra de Gian Antonio Micheli.

Micheli, em memorável ensaio *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*¹⁷, dá-nos conta das alturas alcançadas no pensamento de Chiovenda. O mesmo diapasão é encontrado em J. J. Calmon de Passos¹⁸, reproduzindo a lição de Marco Tullio Zanzucchi¹⁹.

Chiovenda, quando falava em *jurisdição como atividade substitutiva*, queria deixar claro que o juiz substituiu as partes para julgar de forma imparcial por ser um terceiro, totalmente desinteressado no resultado²⁰. A imparcialidade e o desinteresse do *estado-juiz* na solução do litígio são indispensáveis na atividade jurisdicional, ao passo que a parcialidade e o envolvimento/interesse nos resultados são características da atividade administrativa.

Mas justamente em razão do envolvimento do administrador e de seu interesse no resultado de sua atividade, é que a discricionariedade sofre limites. Os atos devem respeitar os princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*, a *serviço do bem comum*, expressos no art. 37, *caput*, da CF, aos quais a

doutrina acrescenta, com respaldo na jurisprudência, a *vedação do "desvio de poder"*, derivado do princípio da legalidade; o princípio da *"razoabilidade"*, de inspiração norte-americana e os *princípios gerais de direito*.

2.1. Medidas Provisórias

As Medidas Provisórias foram incorporadas em nossa Constituição a partir do modelo Parlamentarista, prevendo a adoção desse sistema. Adotada como alternativa ao famigerado decreto-lei, revelou-se mais danosa.

Como no dito popular, pior emenda que o soneto.

Enquanto os decretos-lei possuíam limites ao seu emprego, as novas Medidas Provisórias ampliaram o leque de hipóteses de utilização para qualquer caso onde, a critério exclusivo do Presidente de República, haja *"relevância e urgência"*. A limitação temporal revelou-se inócua. A cada trinta dias, o Executivo edita nova MP de texto igual ou semelhante à anterior.

Esse emprego abusivo de MP, centenas e centenas, permitiu que o Executivo usurpasse a função básica do Poder Legislativo, praticamente inviabilizando a atuação dos Parlamentares, "soterrando" o Congresso com uma avalanche de sucessivas MP's cujo exame obrigatório compromete o tempo útil dos representantes do Povo que, passados 5 anos da edição da CF de 1988, ainda não havia regulamentado nem um décimo dos artigos da Constituição Federal que exigiam leis complementares ou ordinárias. A inoperância do Legislativo assoberbado pelo expediente, "justifica" mais e mais atividade legislativa anômala do Poder Executivo, sendo necessário por fim a tal expediente, antes que se eternize.

2.2. Controle Judicial

A CF de 1988 ampliou o controle judicial da administração pública, permitindo ao Judiciário anular atos administrativos contrários ao interesse público, mesmo que se trate de acolher diversos princípios — como demonstrou a professora Dra. Maria Sylvia Zanella di Pietro²¹, que dia 27 de setembro de 1993, a convite do Procurador Geral do Estado do RGS, Dr. Gabri-

el Pauli Fadel, desceu em Porto Alegre especialmente para brindar os Procuradores do Estado com uma conferência especial.

A persistir a acomodação do Parlamento em face do abuso, pelo Executivo, de Medidas Provisórias, o único mecanismo que restará para refrear essa usurpação de poder será o Judiciário.

Os juizes que já possuem casos demais para julgar, serão convocados a decidir sobre a conveniência da edição da norma diante dos pressupostos de *"relevância e urgência"* impostos pela Constituição Federal (art. 62).

O controle judicial do uso abusivo de Medidas Provisórias poderá ocorrer em todos níveis de controle da constitucionalidade dos atos legislativos, desde o controle difuso, caso a caso, ou mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade veiculada por algum(ns) dos legitimados (art. 103). E não será demais lembrar da possibilidade do Estado ser acionado pelo dano provocado pelo ato legislativo.²²

2.3. Política e Poder

O Estado é uma entidade abstrata, com objetivo ideal de alcançar o bem comum. Sendo dirigida por seres humanos, cumpre evitar que esses condutores desviem-se (ainda que involuntariamente) da função estatal. Por isto existem as Constituições e Leis, regulando os atos do dirigentes no exercício da soberania estatal, repartindo os poderes. As atribuições do Poder Executivo devem ser exercidas para bem comum, sem desvio de função. E se o Poder Legislativo tem suas funções usurpadas ao ponto de ficar indefeso diante do uso abusivo de Medidas Provisórias, restará sempre o Judiciário atento para coibir os abusos, com a imparcialidade característica dos órgãos jurisdicionais.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Ensaio elaborado a partir da prova escrita realizada no concurso de provas e títulos para o cargo de Professor de Direito e Legislação na UFRGS onde o autor foi aprovado com média 9,33. Um trecho deste trabalho, e antes das revisões e ampliações, foi publicado com o nome de *Controle jurisdicional do abuso de medidas provisórias* na "Adv" Advocacia Dinâmica do COAD, em seu *Boletim Informativo Semanal* nº 28/95, 14 de julho de 1995, p. 305-307.

- 2 O recente "impeachment" de Fernando Collor foi caso tão excepcional, que só vem confirmar a regra.
- 3 Rui Barbosa, "Oração no Colégio Anchieta", 1903, "apud" Alcides de Mendonça Lima, "A primeira Constituição Republicana do Brasil", in: Revista da Ajuris, 51, p. 20 "usque" 30.
- 4 Nas atribuições de Chefia de Governo poderíamos incluir, ainda, os dois incisos I, III, IV, V, VI, XI, XIV, XV, XVI, XXIV do art. 84 da Constituição Federal, e as das alíneas a), b), c), d) e e), do inciso segundo, do parágrafo 1º, do art. 61 (CF), embora algumas de forma controversa. É o caso do veto (art. 84 — V) onde o Presidente deve agir em defesa da Constituição — embora esse instituto tenha muito maior uso político. Para derrubar o veto é necessário quórum qualificado, nem sempre possível. As demais atribuições do art. 84, com maior ou menor grau, são atos de Chefia de Estado.
- 5 A atual CF reduziu o limite de idade dos Ministros, que era de 25 anos, para 21 anos.
- 6 Atos privativos do Presidente da República são os mencionados no art. 61, parágrafo primeiro, bem como os do art. 84, incisos I, II, III, IV, V, VII, IX, X, XI, XII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV e XXVI. Os demais, são atos delegáveis aos Ministros de Estado.
- 7 Prof. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, 1989, p. 471.
- 8 A única exceção à livre escolha do executivo são as universidades onde há eleição dos reitores e diretores das unidades.
- 9 O Conselho da República foi uma inovação da Comissão de Sistematização visando adequar a nova Carta ao almejado Sistema Parlamentarista.
- 10 Diferente no Conselho da República, onde o Presidente poderia convocar outros Ministros (art. 90, parágrafo), a CF é omissa quanto a tal possibilidade no CDN.
- 11 Giuseppe Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, parágrafo segundo, ou na edição brasileira das *Instituições de Direito Processual Civil*, na excelente tradução anotada por Liebman.
- 12 Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, v. 1, p. 131:269.
- 13 Enrico Allorio, *La cosa giudicata rispetto terzi*, 1935 & *problemas del derecho procesal*, II, tradução espanhola, Buenos Aires.
- 14 Piero Calamandrei, *Limites entre jurisdición y administración en la sentencia civile*, nos *Estudios sobre el proceso civil*, tradução argentina de 1961, p.48.
- 15 Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesual civil*, 1958, p. 42.
- 16 No processo penal, e mesmo no processo civil na jurisdição denominada de *voluntária* certos juristas alegam dificuldades de vislumbrar a substitutividade. Isso decorre de uma análise superficial do fenômeno que, em profundidade, revela justamente no terceiro imparcial o aplicador da lei conciliando o conflito entre o interesse privado ofendido (no processo penal) ou tutelado (na jurisdição voluntária),

- 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 polémicas 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 político¹.

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

I — O CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

2. Entende-se por *judicialização da política* a tendência a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciais 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 Parlamentares, 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 avançada³.

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.