

# A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo<sup>1</sup>

Alexandre Veronese

## I. INTRODUÇÃO

Os vários países da América Latina vivenciam certo paralelismo institucional, ressalvadas as suas eventuais diferenças históricas. Tanto a Argentina, Venezuela, Paraguai, Uruguai quanto o Brasil e o Chile têm passado por problemas similares em seu retorno à institucionalidade constitucional de caráter democrático. Por mais que a Colômbia não tenha tido uma ditadura militar em sentido estrito, esse país experimentou uma sequência de estados de exceção e uma contínua guerra civil.

Em relação ao campo científico, um dos maiores problemas da sociologia institucional ainda é construir modelos que permitam comparações eficientes dos processos políticos em sua relação com o mundo judiciário.<sup>2</sup> Há a ampliação de um consenso sobre a relevância do destacado papel dos tribunais no presente. Todavia, tal papel vem acompanhado de tensões que podem ser localizadas entre o direito e a política,<sup>3</sup> sem que haja uma definição conceitual especificamente clara sobre qual processo é predominantemente erosivo em relação a cada esfera. Dentre as variadas soluções teóricas existentes, parte da literatura científica expressou esta tensão na forma do conceito de judicialização, tanto no Brasil quanto no exterior.<sup>4</sup> Mas, para entender a expressão específica destas tensões, é

<sup>1</sup> Uma versão preliminar deste texto foi apresentada no VI Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), realizado de 29 julho a 1 agosto de 2008, em Campinas (SP). O autor agradece os comentários dos professores João Féres Júnior (luperj) e Andrei Koerner (Unicamp). A presente versão foi reformulada e ampliada a partir do debate frutífero mantido tanto com esses dois docentes quanto com o professor Christian Lynch (UFF e FCRB), em evento na UFF (outubro de 2008). Os equívocos ainda existentes, todavia, reputam-se apenas ao autor.

<sup>2</sup> Cf. SHAPIRO, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981; bem como SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

<sup>3</sup> Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Törbjorn (Ed.). *The global expansion of the judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

<sup>4</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-134, 2002.

<sup>5</sup> KOERNER, Andrei; BARATTO, Márcia; INATOMI, Celly Cook. Pensamento jurídico e decisão judicial: o processo de controle concentrado em decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 31., 2007, Caxambu. *Anais...* Caxambu, 2007. Disponível em: <[http://201.48.149.89/anpocs/arquivos/15\\_10\\_2007\\_9\\_45\\_29.pdf](http://201.48.149.89/anpocs/arquivos/15_10_2007_9_45_29.pdf)>.

necessário compreender o significado local atribuído aos textos constitucionais na América Latina e sua relação com o contexto global. Uma nota sobre o tópico seria mencionar que somente nesse contexto pode ser compreendida a importância que vários analistas têm dado ao debate constitucional, como pode ser depreendido do projeto desenvolvido por Koerner, Baratto e Inatomi.<sup>5</sup>

Existem diversas perguntas que permanecem não respondidas, tanto pela teoria do direito quanto pela sociologia do direito, sobre o fenômeno jurídico. Entre elas, podemos listar algumas cujo interesse é sensível para a realização de estudos sobre desenhos institucionais comparados. O questionamento preliminar é afeito à filosofia do direito, entendida em sua relação de dependência com outros campos da filosofia:

(1) Os textos jurídicos e constitucionais possuem uma normatividade imperativa e intrínseca?

Essa questão não possui uma resposta imediata e simples. Ela obriga a formulação de uma gama de outras perguntas acerca da apropriação do fenômeno jurídico, nas instituições políticas. Note-se que essas perguntas desdobradas não são somente questionamentos abstratos. Elas induzem à necessidade de observação do mundo social, para que haja possibilidade de obtenção de respostas analiticamente razoáveis.

(2) Esta normatividade cogente depende de arranjos políticos?

(3) Tais arranjos são relacionados – de forma dependente – com contextos culturais?

O grande problema é que as perguntas – filosoficamente informadas – não podem ser produtivamente respondidas somente pela filosofia. Assim, não é novidade compreender que a normatividade de um sistema jurídico socialmente reconhecido dependa de arranjos políticos, cuja eficiência é derivada de um contexto cultural. A noção de “arranjos políticos” pode ser traduzida no termo teórico-jurídico de “regra de reconhecimento”, como na formulação de Herbert L. A. Hart.<sup>6</sup> Esse conceito serve ao propósito de estabelecer uma ponte cognitiva razoável entre os dois campos – filosofia do direito e ciências sociais empíricas –, sem que haja necessidade de apelar para uma ampla abstração, como o conceito kelseniano de “norma fundamental”. A teoria contemporânea do direito começa a desenhar um consenso no sentido de que os contextos interpretativos devem ser levados em consideração dentro de teorias da decisão. Desta maneira, a compreensão de contextos culturais ganha novamente relevância no debate, reabrindo um necessário diálogo dos filósofos do direito com os analistas sociais e os cientistas políticos. O raciocínio pode, então, ser continuado com a ampliação do problema. Se for relevante localizar a dependência de contextos culturais na efetivação do direito, para estudos comparados, há que se encontrar um modo de mensurar ou avaliar o grau de adesão das práticas aos contextos:

(4) Em caso afirmativo, em que grau?

(4') Esses contextos possuem algum elemento universal?

(4'') Eles são preponderantemente locais?

<sup>6</sup> O mais importante trabalho do autor é: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. Um estudo interessante do mesmo autor, sobre teoria do direito, está em: HART, Herbert L. A. Visita a Kelsen. *Lua Nova*, São Paulo, n. 64, p.153-177, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n64/a10n64.pdf>>.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática jurídica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008. p. 301-302.

<sup>8</sup> Para um bom exemplo, dentre variados, cf. JACOB, Herbert et al. *Courts, law, and politics in comparative perspective*. New Haven: Yale University Press, 1996.

Essas perguntas são respondidas pelos juristas, de forma doutrinária, na forma de uma crença cultural denominada no mundo romano-germânico de dogmática jurídica.<sup>7</sup> Essa crença contém fortes traços, em princípio universalistas. No escopo científico, tais dúvidas têm orientado um conjunto amplo de estudos comparados no exterior.<sup>8</sup> Todavia, as respostas existentes ainda têm sido insuficientes para fornecer um quadro analítico claro e evidente do potencial existente no constitucionalismo contemporâneo, como um meio de promoção da democratização social dos países emergentes, e especificamente das nações que compõem a América Latina. Esse é também o caso específico do conceito de judicialização. Por mais que ele contenha o germe analítico, que permite a formação de pautas contextuais, como, por exemplo, a dimensão cultural, ao lado de elementos institucionais, não surgiu um desenho claro para usá-lo de forma mensurável. Por outro lado, obviamente, existem levantamentos e estudos orientados por tal conceito, como será relatado posteriormente.

No caso brasileiro, a situação é mais grave porque há uma insuficiência de estudos comparados, que vissem responder tais questões. Uma resposta sociológica eficaz, do ponto de vista teórico, deve expandir-se para ser aplicável em outros contextos além do país onde ela foi gerada. O objetivo central do projeto – que está relacionado com o presente artigo – é contribuir com uma pesquisa em apoio à solução parcial de tal lacuna. Para a realização dessa empreitada, será necessário realizar um estudo preliminar da história política comparada de alguns países selecionados, com um recorte temporal específico. A opção foi estudar os casos brasileiro, argentino e chileno, no pe-

ríodo posterior às ditaduras militares, com vista aos processos de redemocratização. Para o atual artigo, será realizado apenas um estudo teórico sobre a formação do conceito de judicialização (2.1), bem como as críticas levantadas contra este na forma dos conceitos de juridicização (2.2) e de politização do Judiciário (2.3). Depois, será realizado um inventário de algumas apropriações conceituais realizadas por autores latino-americanos, para demonstrar como o conceito de judicialização está firmado em definitivo no horizonte dos analistas sociais, a despeito das críticas (3). Posteriormente, será resgatado o debate nacional para demonstrar que a apropriação realizada no Brasil é satisfatória para a utilização empírica desse conceito em uma empreitada que vise compreender o sistema jurídico-institucional brasileiro em uma perspectiva comparada (4).

<sup>9</sup> HOLLAND, Kenneth M. *Judicial activism in comparative perspective*. New York: St. Martin's Press, 1991.

<sup>10</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Töbhorn (Ed.). *The global expansion of the judicial power*.

## 2 O CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS CRÍTICAS

O debate sobre a relação entre o Poder Judiciário e os demais conjuntos do sistema político sempre foi pouco analisado pela literatura da ciência política. Em um período recente, surgiram diversas pesquisas para suprir tal lacuna, dentre as quais se destacam os estudos sobre “ativismo judiciário”.<sup>9</sup> Uma dessas ramificações foi oferecida pelo conceito de judicialização da política, fixado por Tate e Vallinder.<sup>10</sup> Esse conceito gerou diversas análises derivadas, tendo sido amplamente absorvido na teoria social da América Latina. A partir do seu uso continuado, diversas críticas foram dirigidas ao conceito. Elas buscavam demonstrar a sua insuficiência analítica para explicar a complexidade do processo político contemporâneo, que reco-

<sup>11</sup> Ibid. Um modelo alternativo foi produzido por Stone Sweet, cf. SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

<sup>12</sup> No original: "The process by which courts and judges come to make or increasingly dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies; and the process by which non-judicial negotiating, and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures." Extraído de TATE, C. Neal; VALLINDER, Törbjörn (Ed.). *The global expansion of the judicial power*.

locou o Poder Judiciário no centro do debate. Nesta parte será realizada uma síntese do conceito original, tal como formulado pelos dois autores (2.1), bem como serão expostos dois conceitos construídos como objeção (2.2 e 2.3). Ao fim desta parte, será indicado que o conceito ainda possui capacidade explicativa, como demonstram os vários diagnósticos empreendidos em países da América Latina (3). A conclusão do trabalho segue o mesmo sentido. O problema conceitual passa pela definição de um instrumental analítico capaz de mensurar, claramente, as condicionantes culturais do processo de judicialização, bem como separá-las, na medida do possível, dos elementos institucionais.

#### 2.1. O CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO, EM TATE E VALLINDER (1995)

No campo da teoria política, o conceito foi indubitavelmente firmado na literatura por Tate e Vallinder.<sup>11</sup> A formulação deles expressa um processo político que atingiria as democracias contemporâneas em geral, e teria dois vetores (em tradução livre):<sup>12</sup>

- (a) O processo pelo qual os tribunais e magistrados dominam, ou tendem a dominar, a produção de políticas públicas que eram previamente realizadas por outras instituições [*agencies*] governamentais (ou, ainda, quando era amplamente aceito que elas deveriam sê-lo).
- (b) O processo pelo qual negociações não-judiciais, bem como espaços decisórios, tendem a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciários (legalismo).

O primeiro vetor indica claramente a formação de políticas públicas por meio do aparelho judiciário. Neste sentido, ele explicita a ocupação de um novo espaço deliberativo sobre questões sociais pelos tribunais. Elas, outrora, eram entendidas somente como questões políticas. São decisões que eram tomadas por outras esferas e, por diversos motivos, são levadas a termo através de processos judiciais. O interessante é que os dois vetores podem ser decompostos na chave da sociologia do direito de Max Weber.<sup>13</sup> Desse modo, o primeiro vetor possibilita a localização de uma materialização do direito, pelo fato de o Poder Judiciário se ver obrigado a decidir de modo substantivo acerca de matérias que não lhe eram tradicionalmente relacionadas.

O segundo vetor demonstra a expansão simbólica e prática dos procedimentos tipicamente judiciais em diversas esferas da vida política que eram infensas a eles. A dimensão simbólica pode ser expressa por um predomínio de questões procedimentais, que avança na prática, no modo como são conduzidos os debates e definidos os ritos para a formação deliberativa dos resultados. Assim, a dimensão simbólica atua como um catalisador para a formação de práticas quase-judiciais em espaços que não eram ritualizados. De tal maneira que, no segundo vetor, tanto o mundo social quanto o político são induzidos a se orientar por procedimentos judiciais.

Essa expansão do direito formal tem como horizonte o direito vigente, obviamente. Não é a formação de uma esfera pluralista, apesar dessa possibilidade não estar inscrita na teorização dos autores. Ela contribui para a erosão do formalismo lógico, porque obriga a adaptações parciais de campos do mundo ju-

<sup>13</sup> A sociologia do direito de Max Weber está na obra *Economia e sociedade*. Cf. WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999. Um trabalho relevante sobre este tema pode ser acessado em: COUTU, Michel. *Max Weber et les rationalités du droit*. Paris: LGDJ, 1995.

rídico. Em última instância, esse fracionamento procedimental pode gerar diversas trilhas rituais paralelas para matérias assemelhadas, o que significaria materialização do direito.

É importante ressaltar que esse conceito foi recebido para diagnosticar tanto o incremento da importância dos aparelhos judiciários como espaço político quanto a sua expansão simbólica. Na convergência desses dois vetores, alguns autores mencionaram como fator causal a expansão do processo de revisão constitucional das leis (*judicial review*). Essa expansão estaria em curso, de acordo com a tradição norte-americana, mesmo em países onde tal modelo não estava presente, como a França. Para Tate e Vallinder, os fatores condicionais, são:

- (a) Expansão democrática.
- (b) Separação de poderes.
- (c) Política em prol de direitos.
- (d) Uso dos tribunais por grupos de interesses.
- (e) Uso dos tribunais por oposições políticas.
- (f) Instituições políticas ineficazes para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*).
- (g) Percepção negativa das instituições de produção de políticas públicas.
- (h) Delegação de responsabilidade por parte das instituições para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*).

Estes dois vetores são beneficiados, na exposição dos autores, pela ocorrência tanto de fatores institucionais quanto de causas culturais. Os dois tipos de in-

fluxos (institucionais e culturais) estão misturados. Na realidade vivenciada, é claro que eles estão. Porém, do ponto de vista analítico, é importante se produzir um modelo teórico que possa efetuar tal separação, mesmo que haja certa redução. Essa listagem de fatores poderia ser expandida a partir de um trabalho anterior, efetuado por Holland,<sup>14</sup> cujo tema versava sobre ativismo judicial. Todavia, os elementos já indicados por Tate e Vallinder são suficientes para indicar fontes empíricas para o processo de judicialização. Em suma, o conceito de judicialização descreve um processo social. É um diagnóstico de transição no relacionamento entre o Poder Judiciário e os outros dois poderes estatais. A questão central é se ele pode ser transformado em um conceito para aferição ou se será apenas utilizável como um rótulo geral – plástico, de certa forma – para construção de uma narrativa contemporânea. Outras versões derivadas do conceito auxiliam a demonstrar esse problema, como será tratado em seguida.

<sup>14</sup> HOLLAND, Kenneth M. *Judicial activism in comparative perspective*.

## 2.2 O CONCEITO DE JURIDICIZAÇÃO

A noção de juridicização precede o desenho do conceito de judicialização de Tate e Vallinder. Ela é menos elaborada, formando uma designação com um alcance maior (mais ampla, pois), porém dotada de menor precisão. Existem duas linhas de interpretação dessa noção:

- (a) expansão, reconstrução ou criação de esferas jurisdicionais para resolução de conflitos; e
- (b) expansão da lógica sistêmica do direito em relação aos demais sistemas sociais.

<sup>15</sup> DEZALAY, Yves. The big bang and the law: the internationalization and restructuring of the legal field. *Theory, Culture & Society*, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 279-293, 1990. Ainda, cf. DEZALEY, Yves; GARTH, Bryant G. (Ed.). *Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 2002.

<sup>16</sup> TEITEL, Ruti. The law and politics of contemporary transnational justice. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 38, p. 837-862, 2005.

<sup>17</sup> SCHIEMANN, John W. Explaining Hungary's powerful Constitutional Court: a bargaining approach. *European Journal of Sociology*, Cambridge: Cambridge University Press, n. 42, p. 357-390, 2001.

<sup>18</sup> LANDFRIED, Christine. Judicial policy-making in Germany: the Federal Constitutional Court. *West European Politics*, [S. l.], n. 15, p. 50-67, 1992.

<sup>19</sup> MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, n. 25, p. 153-169, nov. 2005.

<sup>20</sup> Um importante trabalho de discussão sobre a acimação da teoria luhmanniana no Brasil está em: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Na primeira linha, ele corresponderia à identificação da transferência prática de capacidade legiferante do poder legislativo para os tribunais em um escopo amplo. Desse modo, ele meramente constituía a localização da emergência de novas jurisdições. Ou, ainda, a reinvenção de jurisdições antigas. Não é por outra razão que os estudos de direito internacional sobre a Organização Mundial do Comércio (World Trade Organization) ainda se baseiam nesse conceito para explicar a expansão daquela organização como um quase-tribunal internacional.<sup>15</sup> O mesmo vale para o Tribunal Penal Internacional e sua institucionalização, no contexto da denominada “justiça transicional”.<sup>16</sup> Pelo mesmo sentido, os estudos sobre novas jurisdições constitucionais na Europa oriental<sup>17</sup> ou sobre a reinvenção de jurisdições preexistentes, como o Tribunal Federal Constitucional alemão,<sup>18</sup> bem como a Corte Constitucional francesa e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Esse conceito pode ser sintetizado como a tentativa de compreender a expansão de regulação – estatal e não estatal – em esferas das quais ela era apartada. Em síntese, essa leitura ampla do conceito significa um alargamento da noção ampliada de jurisdição para as relações econômicas, sociais e políticas.

A outra vertente conceitual foi formulada por Günther Teubner e representa um conceito geral para a análise da expansão do Estado Providência no mundo europeu.<sup>19</sup> Ele está relacionado com um quadro conceitual específico da teoria social daquele autor e seu debate com a teoria de Niklas Luhmann.<sup>20</sup> Essa teoria geral está relacionada com a crise de um modelo de Estado e de organização jurídica. A sua possível retirada de tal contexto faria com que ele perdesse o seu poder

explicativo, que serve ao diagnóstico da emergência de um novo padrão jurídico diferenciado no final do século XX, em sua adaptação às demais necessidades sociais e estatais. O relevante aqui é que o ponto nodal da mudança está localizado no sistema de direito (*Law*), e não no sistema judiciário (*Judicial Power*).

Outra opção conceitual, mais recente e que expande um sentido de juridicização próximo ao de Teubner, porém com um objetivo mais pragmático / analítico, é o conceito de legalização (*legalization*). Ele foi utilizado por Varun Gauri e Daniel Brinks em um recente estudo comparado, produzido para o Banco Mundial, sobre a tutela dos direitos sociais em diversos países em desenvolvimento.<sup>21</sup> O objetivo dos autores não é localizar imediatamente a relevância dos processos judiciários na definição das políticas públicas. Ele prima por fornecer um modelo mais amplo para enquadrar a luta pela distribuição de bens públicos por meio do Judiciário, ou seja, pela tutela judicial dos direitos sociais. O foco é entender como os processos políticos e sociais vêm sendo transformados em pautas primariamente jurídicas e, consequentemente, judiciárias:

O produto deste processo de quatro estágios é o que chamamos de legalização da política em uma área específica de políticas públicas. Entendemos a legalização das políticas públicas como sendo a medida na qual os tribunais e os advogados, incluindo promotores de justiça, se tornam atores relevantes, bem como a linguagem e categorias jurídicas tornam-se conceitos importantes, para a produção delas. A legalização neste sentido

<sup>21</sup> GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (Ed.). *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

<sup>22</sup> Tradução livre do seguinte original: “The product of this four stage process is what we will call the ‘legalization’ of policy in a particular policy area. We understand policy legalization to be the extent to which courts and lawyers, including prosecutors, become relevant actors, and the language and categories of law and rights become relevant concepts, in the design and implementation of public policy. Legalization in this sense is self-evidently a continuous concept, and quite often a difficult one to measure with any degree of precision, but this definition is broad enough to capture most of what is interesting about the role of law and courts in the policy arena, and yet specific enough to guide our inquiry”. Cf. BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. *Embedded courts, dialogical rulings: the political logic of judicial enforcement of social and economic rights*. In: JOINT ANNUAL MEETING OF THE LAW AND SOCIETY ASSOCIATION AND THE CANADIAN LAW AND SOCIETY ASSOCIATION, 2008, Montreal. *Proceedings...* Montreal, 2008. p. 4.

é um conceito autoevidente e contínuo; geralmente é difícil mensurá-lo com qualquer grau de precisão. Porém, esta definição é ampla o bastante para englobar o que é mais interessante sobre o papel do direito e dos tribunais nas arenas de políticas públicas; assim, como é preciso o bastante para guiar a nossa pesquisa.<sup>22</sup>

Todavia, se já existem críticas ao conceito de judicialização, que permite a separação razoavelmente clara entre os condicionantes institucionais e os catalisadores culturais, sem dúvida a precisão analítica da noção de juridicização ou de legalização é menor. Portanto, o uso do primeiro conceito ainda é preferível em relação a ambos, em que pese a boa apropriação do último para a construção de uma análise específica. Outra crítica relevante foi dirigida ao conceito de judicialização por meio da noção de politização do Poder Judiciário. Obviamente, este conceito contém uma carga normativa, que pressupõe uma função “natural” não política do aparelho judiciário. O conceito de judicialização coloca em cheque tal entendimento que, atualmente, seria dificilmente aceito. Por mais que tanto o sistema jurídico, quanto o sistema político sejam relativamente autônomos, tal separação nunca seria absoluta.

### 2.3 O CONCEITO DE POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

O conceito de politização do Judiciário pode ser indicado como derivado do debate acerca das judicialização da política. O exemplo é o estudo realizado por Maria Teresa Sadek, no Idesp, acerca das atitudes e percepções dos magistrados sobre a reforma do po-

der Judiciário.<sup>23</sup> A conclusão da autora é que, de acordo com a resposta dos juízes, havia um incremento da politização daquele conjunto de servidores. Tal politização seria um dos elementos culturais aferíveis para compreender a judicialização da política brasileira. Ela foi baseada em um *survey* com magistrados. A pesquisa aproveitou o primeiro mapa realizado por Werneck Vianna et al. sobre o perfil dos magistrados brasileiros.<sup>24</sup> Naquela pesquisa, os juízes identificaram o Poder Judiciário como “não-neutro” em relação à mudança social e à justiça substantiva, na proporção de 82,9% para 17,1%, cuja indicação foi de neutralidade daquele Poder. Este dado foi expandido para construção de novas questões sobre a politização do Judiciário. A tabela 7, da referida pesquisa, indica os dados derivados da seguinte pergunta:

Argumenta-se, no sentido oposto, que também o Judiciário se “politizou” muito nos últimos anos, o que faz com que por vezes as decisões sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma leitura rigorosa da lei. Em sua opinião com que frequência isso ocorre?

O ponto central é que as perguntas desse *survey* do Idesp eram baseadas numa escala de cinco níveis: “muito frequentemente”, “frequentemente”, “ocasionalmente”, “raramente” e “nunca”. A pesquisa, em si, não possui problemas. A questão objetável diz respeito à interpretação dos dados. Ela pode ser criticada pela incidência de um viés típico das perguntas de questionários fechados, a agregação das respostas recebidas nas escalas. Nessa reorganização de categorias, dada a

<sup>23</sup> SADEK, Maria Tereza. Poder judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas: Unicamp, v. 10, n. 1, p.1-62, 2004.

<sup>24</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ambiguidade da escala do centro (“ocasionalmente”), é possível indicar tanto que há uma maioria de respondentes que consideram existir politização, como o contrário. A questão é definir o que significa “ocasionalmente”. Não há problema em visualizar que as duas primeiras respostas indicam “sim” (“muito frequentemente” e “frequentemente”), assim como a última resposta significa “não” (“nunca”). O grande problema é onde haverá aderência do “ocasionalmente” e do “raramente”. No caso do último (“raramente”), podemos incluí-lo como um “não” receoso. Analisando a tabela abaixo, com as duas interpretações possíveis, chegamos ao epicentro da crítica.

		Há politização do Poder Judiciário?			
		Agregação em prol da resposta: “há politização, sim”.		Agregação em prol da resposta: “não há politização”.	
Muito frequentemente	3.9 %	Sim	74,3 %	Sim	24,1 %
Frequentemente	20.2 %	Sim		Sim	
Ocasionalmente	50.2 %	Sim		Não (receoso)	
Raramente	20.0 %	Não	24,7 %	Não	74,9 %
Nunca	1.9 %	Não		Não	
Não sabe, sem opinião, ou não respondeu	2.8 %			Não	

Nota: a tabela original totaliza 99 % e não 100 %.

A interpretação dada, no momento de exposição dos dados, foi no sentido de que os magistrados haviam assumido a politização como um processo atual e em marcha. Deve ser frisado que a categoria “ocasionalmente” (pouco frequente) foi lida no sentido

“preto e branco” de que há politização do Judiciário (que é um fenômeno) e dos juízes (que é outro fenômeno):

<sup>25</sup> SADEK, Maria Tereza. *Poder judiciário: perspectivas de reforma*, p. 45.

É notável que quase ¼ dos entrevistados reconheçam que “muito frequentemente” e “frequentemente” decisões refletem a visão política dos magistrados. A metade afirma que isso só ocorre “ocasionalmente” – o que não deixa de ser uma admissão da influência da visão política sobre as decisões. Observe-se que apenas 1,9 % dos que se manifestaram disseram que tal reflexo “nunca” ocorre.<sup>25</sup>

Em síntese, podem ser indicadas duas objeções. A primeira é que a pesquisa confunde os respondentes ao não diferenciar o sistema judiciário da função judiciária (o juiz, especificamente). É possível que um magistrado considere que o Poder Judiciário, como um sistema, esteja se politizando. Todavia, talvez ele discorde de que sua ação judicante específica seja política, pura e simplesmente. A segunda crítica é fortemente relacionada com a primeira. A resposta para a pergunta deve ser inferida das ações observadas, para além das opiniões dos atores. Assim, pesquisas de opinião com magistrados são úteis, porém limitadas para esclarecer se há politização do sistema ou não.

O mesmo conjunto de dados, dessa pesquisa do Idesp, foi utilizado por Armando Castelar-Pinheiro para concluir que os magistrados estavam se afastando de uma visão relacionada com o marco legal, ao passo em que se permitiam decidir com base em elementos subjetivos, como suas próprias visões de justiça

<sup>26</sup> CASTELAR-PINHEIRO, Armando (Org.). *Reforma do judiciário: problemas, desafios, perspectivas*. [S. l.]: Booklink, 2003.

<sup>27</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*.

<sup>28</sup> SADEK, Maria Tereza. *Poder Judiciário: perspectivas de reforma*.

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

substantiva.<sup>26</sup> Este conceito de justiça substantiva foi extraído e expandido da categoria indicada por Werneck Vianna et al., no já citado estudo seminal.<sup>27</sup> Ele partilha dos mesmos problemas interpretativos que existem no estudo de Sadek.<sup>28</sup> Todavia, ainda podemos indicar que a análise de Castelar-Pinheiro pode ser objetada por não ter buscado diferir, de forma densa, do ponto de vista cultural, o que é uma decisão “informada juridicamente” de uma decisão “baseada em critérios substantivos de justiça”. Nesse sentido, ele possui duas narrativas abstratas – e não descritas – do que seria uma decisão judiciária. O foco, dirigido para a opinião dos atores, encobriu a ação destes, que não foi analisada, e, sim, pressuposta.

O conceito de “politização do Judiciário” também foi mencionado por Boaventura de Sousa Santos et al., em um grande estudo sobre o Poder Judiciário português.<sup>29</sup> No capítulo inicial desse trabalho, foi realizado um inventário das teorias disponíveis para análise do Judiciário. Um ponto inovador deste capítulo foi buscar a adaptação do debate internacional, usualmente referido ao quadro europeu e norte-americano, para Portugal e para o Brasil. O autor inicia com a menção do protagonismo judiciário, e o expande ao processo de judicialização, na forma como é indicado pela literatura internacional. Mas ele trata também de um processo conexo à judicialização, que seria a politização do Judiciário. Inicialmente, seria uma forma de indicar os riscos da judicialização. O maior risco indicado por Boaventura é a possibilidade de que o corporativismo judiciário use o incremento de suas competências para ampliar vantagens funcionais (privilégios), em vez de auxiliar no processo de democratização das sociedades latino-americanas.

Entretanto, há elementos para indicar a necessidade de controle ou pressão social como parte do processo de politização. Este conceito foi enunciado novamente em uma palestra realizada no Ministério da Justiça, no Brasil. Numa resposta, o autor indicou a ação de grupos sociais como necessária para avançar a agenda progressista, tendo em vista a inexorável existência de lutas políticas que envolvem o direito:

No Brasil de hoje estamos longe dessa situação [de apatia no sistema jurídico, como no Chile, do final da década de 1970]. Há, de facto, uma luta para modificar a Constituição de 1988, mas há igualmente, no terreno, forças sociais, movimentos sociais, organizações sociais, que não vão deixar que isso ocorra de uma maneira muito fácil. Sem essa mobilização política, não haverá mobilização jurídica. [...] É isto a que eu chamo de mobilização política do Judiciário. Já vimos que se não houver uma pressão de baixo, a tentação positivista e individualista terá a primazia, para o que conta, aliás, com a convivência das pressões internacionais.<sup>30</sup>

Podemos expressar uma tradução razoável desse termo pelos trabalhos de Ran Hirschl.<sup>31</sup> O país daquele analista, Canadá, sofreu uma expansão recente do processo de judicialização da política. Tal processo está relacionado com a formação de um “*bill of rights*” naquele país. Dessa forma, a sua Suprema Corte tem experimentado uma ampliação sensível de suas funções. Para o autor, o processo apresenta – no caso do Canadá e de outros países – o risco de uma “juris-

<sup>30</sup> SOUSA, Boaventura Santos. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 94-95.

<sup>31</sup> HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, v. 11, p. 93-118, 2008; também, cf. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, New York: Fordham University School of Law, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

<sup>32</sup> CASTELAR-PINHEIRO, Armando (Org.). *Reforma do judiciário: problemas, desafios, perspectivas*.

<sup>33</sup> RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew. M. Institutional determinants of the judicialisation of policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin American Studies*, London: Institute for the Study of the Americas, v. 38, p. 739-766, 2006.

tocracia”, que vem a ser a politização do Judiciário, como uma característica negativa. Outro exemplo, que segue sendo citado como problemático, é a possibilidade de partidarização das cortes superiores, por meio dos processos políticos de indicação (*appointment*) dos magistrados.

O problema desse conjunto de usos é o risco das inflexões normativas. Isso ficou bastante claro com o trabalho de Castelar-Pinheiro.<sup>32</sup> Novamente, a dificuldade de separar os elementos causais e condicionais nos vetores culturais e institucionais faz com se considere que a opinião – ou percepção – seja a expressão da prática no cotidiano das instituições.

O problema dessas variações é que elas explicam questões pontuais relacionadas com nuances, em casos específicos; ou, ainda, indicam análises normativas sobre os processos em curso. Consequentemente, não servem de alternativa para refinar o conceito de judicialização, nem para substituí-lo. Em síntese, ele segue com possibilidade de capacidade explicativa, apesar da polissemia e de utilização diversa que tem sido dada a ele. Um exemplo é o trabalho realizado por Rios-Figueroa e Taylor.<sup>33</sup> Nesse estudo, os autores avaliam como existem condicionantes institucionais para a emergência do estado de judicialização da política no México e no Brasil, em perspectiva comparada. Aliás, o quadro da América Latina, em geral, indica que o uso do conceito de judicialização foi bem aclimatado e encontrou relevância explicativa nesses países, em especial, no caso brasileiro. Este estudo, aliás, bem como outros, demonstra que o uso do conceito de judicialização ainda é preferível em relação aos seus conceitos alternativos.

#### 2.4 DUAS CRÍTICAS: INUTILIDADE CONCEITUAL E SUBSTITUIÇÃO FUNCIONAL DA POLÍTICA

Existem duas críticas que devem ser relacionadas para finalizar este inventário acerca do tratamento dado ao conceito de judicialização e seus congêneres. O primeiro é indicado pela crítica desferida por Koerner, em debate realizado na Unicamp e na Universidade Federal Fluminense.<sup>34</sup> Esse autor indicou, preliminarmente, que tal conceito tem sido apropriado pelo senso comum em grande parte para qualificar um discurso de defesa do Poder Judiciário. Dessa forma, tal uso evidencia a perda de sua função analítica – o que é verdade – e encontra amparo no diagnóstico de Maciel e Koerner.<sup>35</sup> Nesse caso, o conceito não serviria à compreensão das instituições políticas, pois ele seria usado pelos atores para modificá-las. A crítica conceitual, produzida por ele, não tem como objeto tal uso, entretanto. Isso seria inútil, por motivos óbvios. A sua crítica é dirigida para o uso analítico que tem sido feito pelos vários cientistas sociais que se dedicam ao tema, atualmente. O foco da crítica é, portanto, o conceito de Tate e Vallinder, considerado abrangente demais por incluir sob o mesmo signo a visualização analítica de fenômenos diversos. Ele segue o mesmo compasso do que foi afirmado em texto anterior, produzido em coautoria por ele:

Embora possam constituir um ponto de partida útil, essas formulações não nos parecem constituir base suficiente para a formulação de problemas de pesquisa empírica sobre as instituições judiciais. Em especial, é preciso tratar o tema das relações entre Judiciário e política na democracia brasileira sem o

<sup>34</sup> Os eventos estão indicados na primeira nota deste texto.

<sup>35</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*.

<sup>36</sup> *Ibid.*

recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política. Há, pois, espaço para conceitos mais específicos para a elaboração de problemas de pesquisa. No plano macroinstitucional, seria o caso de avaliar o papel das instituições judiciais no conjunto de transformações do Estado brasileiro, nas duas últimas décadas, centrando a atenção no *path* histórico desse conjunto, assim como na dinâmica organizacional das diversas burocracias que compõem o sistema judicial. É essencial considerar a crise do Estado desenvolvimentista e seu complexo corporativo de representação de interesses, além das tensões entre o modelo da Constituição de 1988 e o das reformas constitucionais posteriores, cujo sentido foi o de mudar o marco das relações entre os poderes e destes com a sociedade. No plano social, as transformações poderiam ser abordadas de uma perspectiva construtivista, atenta para as formas de normatividade social elaboradas por atores coletivos.<sup>36</sup>

Assim, para efetivar tal crítica, o autor dividiu o conceito em quatro possíveis campos de incidência da relação possível entre a vida política e o sistema judiciário:

(1) O conceito poderia demonstrar a interferência do Poder Judiciário na modificação das regras do jogo político, o que os anglófonos designam por *polity*. Assim, em vez

do sistema político estabilizar tais regras, estas seriam preponderantemente fixadas pelo ator judicial.

(2) Ele também poderia servir para demonstrar a interferência judiciária na formação das políticas públicas (*policies*). A construção e modificação de tais políticas é atribuição dos outros dois poderes. Logo, o novo fenômeno seria a iluminação desta nova função.

(3) Ele poderia evidenciar que o Poder Judiciário é um ator político. Nesse papel, ele começa a atuar da mesma forma que os outros, na ação política cotidiana; o termo da língua inglesa que denomina esta seara é *politics*.

(4) Por fim, a última função analítica seria a compreensão do uso político do Poder Judiciário. Esta talvez, na opinião do autor, seja a única em que há alguma possibilidade de formulação. É algo que a literatura norte-americana denomina *social use of law* ou *legal mobilization*. Esse uso delimita a utilização dos tribunais por diversos grupos de interesses para o avanço da sua agenda política. Um exemplo histórico seria a luta da American Civil Liberties Union (Aclu) e de outras associações em prol dos direitos civis nos Estados Unidos da América, notadamente no caso da igualdade racial.

Dessa maneira, ele indicou que os quatro campos não são aclarados pelo conceito de judicialização da política, por sua excessiva abrangência e pelo que segue:

(1') A definição final das regras do jogo (*polity*) pelo ator judicial é uma atribuição do sistema político. Consequentemente, é pouco razoável considerar que tal função é continuamente tolerada sem que haja apoio dos outros *players* do sistema político. Ademais, tal função não é novidade e constitui marca dos sistemas políticos modernos, dotados de *judicial review*.

(2') Ele também poderia servir para demonstrar a interferência judiciária na formação das políticas públicas (*policies*). Todavia, esta interferência faz parte do desenho institucional que assegura a proteção de determinados direitos (individuais, coletivos e difusos) pela via judicial. Assim, seria insensato considerar que o Poder Judiciário desempenha o papel de influenciar as políticas públicas, exatamente porque tem esta competência, quando há infração aos direitos.

(3') Que haja novidade na imersão do Poder Judiciário no jogo político é algo pouco razoável, também. Algumas decisões judiciárias podem ser entendidas como tendo claras consequências políticas, independentemente do interesse dos magistrados que as decidem. Todavia, se essa for perspectiva utilizada, obviamente o Judiciário possui peso político e participa do jogo político (*politics*). Se a questão estiver dirigida para a formação de maiorias ou domínio do governo, o Judiciário pode influenciar; mas não produz *politics*.

(4') O uso dos tribunais por grupos de interesses (*legal mobilization*) é algo diagnosticado e não apresentaria novidades. Não seria um fenômeno novo. Em determinados momentos históricos, a via judicial seria mais evidente e utilizada. Em outros, a luta extrajudicial ganharia mais espaço. Todavia, esse conceito possuiria uma maior precisão ao somente foca-

lizar o uso do Judiciário por movimentos de reivindicação de direitos.

O que pode ser depreendido é que a sua conclusão está baseada na noção de que o sistema judiciário obviamente é parte do sistema político. No evento da UFF, Koerner indicou que, historicamente, existem momentos em que há uma maior importância da arena judiciária como local de solução de conflitos políticos, e fez remissão à sua dissertação de mestrado sobre o *habeas corpus* na República Velha.<sup>37</sup> Ou, ainda, como ele indicou, existem momentos em que os grupos de interesse se utilizam dos tribunais para fazer avançar a sua pauta de reivindicações, no contexto de uma estratégia política mais ampla. Em síntese, ele se mostrou bastante cético com o diagnóstico de que o Poder Judiciário esteja tendo prevalência sobre os outros dois poderes republicanos, no caso brasileiro. Para ele, o Poder Judiciário é uma parte do sistema político, como os outros poderes. O que ocorreria não seria a judicialização da política. Seria apenas uma nova conformação da maneira de agir da vida política.

Uma crítica à perspectiva de Koerner pode ser feita a partir da indicação de que ele reduziu conceitualmente as decisões judiciárias ao mesmo patamar das decisões políticas. Este é o primeiro passo feito por Tate e Vallinder, aliás. No momento em que ele construiu uma equivalência funcional – ou, talvez, uma ausência de diferenciação substantiva – como pressuposto analítico, fica evidente que não existe judicialização. Para realizar esse intento, ele apenas ignorou todo o debate da moderna teoria do direito, em sua conexão com a teoria política. Dessa forma, ele construiu uma perspectiva externa, que adjudica o Poder

<sup>37</sup> KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

Judiciário como uma parcela do sistema político. No mesmo passo, indicou a necessidade de estudos empíricos; o que é correto e contém a possibilidade de ampliar o debate. Todavia, isso não possui a capacidade intrínseca de resolver imbróglios e preconceitos teóricos por si só. No início do presente artigo, o problema contemporâneo da teoria do direito foi indicado de forma sucinta e clara. Ele está fortemente relacionado à possibilidade de construção de um método interpretativo – razoavelmente parametrizado e socialmente aceito – que sirva de fixação de referenciais para as ações sociais em uma seara diferenciada funcionalmente. Ademais, tendo por base o que é percebido socialmente como “direito”. Tal construção precisa de uma relativa autonomia, portanto, das decisões políticas. Isto desemboca no dilema político de uma legitimidade específica do direito em relação à política, o que é um tema clássico do constitucionalismo moderno. Se a pista de Koerner for seguida, o sistema judiciário será entendido como parte do sistema político sem funcionalidade específica. Assim, diminuirá ou poderá haver desaparecimento dessa tarefa. Logo, a busca de um quadro que sirva de referência para ações sociais, separada funcionalmente da via política, ficará prejudicada. Vai se ter anulado a diferença entre direito e política. Portanto, ter-se-á liquidado – previamente, do ponto de vista analítico – a compreensão de que os atores sociais entendem as decisões políticas como baseadas em uma fonte de autoridade e legitimidade diversa das decisões judiciárias. Será que esta pressuposição analítica é razoável para fundar uma base teórica?

A justificativa poderia ser analítica. A análise somente tem como foco a compreensão do significado

político do mundo judiciário. De certa forma, tal justificativa pressupõe a perspectiva de que somente uma análise externa pode ser isenta; o que é correto no cânone científico. O problema é que a partir de tal suposição, é entendido que uma construção analítica do direito, pela teoria do direito, é legitimamente desprezada por possuir um olhar “interno”. É negada a possibilidade de uma análise jurídica com o mesmo rigor das demais ciências sociais. Cabe frisar que o argumento de que existe a apropriação cotidiana e equivocada dos conceitos analíticos para a seara política ou da prática jurídica não invalida a possibilidade de uma análise rigorosa com base na teoria do direito. Seria o mesmo que condenar, de forma vaga e imprecisa, a “ciência política” pelo aviltado uso de seus conceitos por parte de atores sociais na vida cotidiana.

A outra perspectiva crítica é introduzida por Júlio Aurélio Vianna Lopes.<sup>38</sup> Se Koerner não crê que haja utilidade no conceito de judicialização da política, para ele o fenômeno contemporâneo é o deslocamento da política em relação ao direito, isso também exigirá outro conceito. É uma distinção sutil, porém relevante. No entendimento desse autor, o Judiciário não se torna um ator especial para produção da política. O direito – em sentido mais amplo, ou seja, como referência subjetiva da sociedade – ocupa o lugar da política. O diagnóstico de Vianna Lopes se nutre de autores que escrevem sobre a diminuição do vigor da política para a transformação do mundo social. Para ele, esse quadro demonstra que as referências programáticas, contidas nas interpretações constitucionais, ocupam o espaço de bandeiras políticas. Em vez de lutas políticas em prol de direitos, teríamos um incremento das lutas jurídicas em prol dos direitos.

<sup>38</sup> LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

<sup>39</sup> COUSO, Javier A. The politics of judicial review in Chile in the era of democratic transition, 1990-2002. *Democratization*, [S. l.]: Routledge, v. 10, n. 4, p. 70-91, 2003.

<sup>40</sup> YEPES, Rodrigo Uprimmy. The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: cases and debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* London: Ashgate, 2006. p. 153-168; Cf. também YEPES, Rodrigo Uprimmy. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits, and risks. *Sur: international journal on human rights*, São Paulo: Human Rights University Network, n. 6, p. 49-65, 2007.

Apesar do *insight* do autor, não são produzidas evidências na quantidade e na qualidade que justifiquem o abandono do quadro teórico de Tate e Vallinder em prol de uma invasão do direito ou de uma juridificação da política. Entretanto, o aporte serve como mais uma adição de luz sobre um fenômeno que precisa de mais estudos empíricos para ser compreendido.

### 3. O QUADRO LATINO-AMERICANO

Vários pesquisadores têm se dedicado ao tema da judicialização da política na América Latina. Os estudos empreendidos por Javier Couso têm efetuado uma avaliação geral do conceito de judicialização da política, especificamente em relação ao continente. O diagnóstico convergente indica a expansão do poder judicial nas democracias recentes como uma característica generalizada. Mas essa análise esbarra em casos específicos, como o do Chile.<sup>39</sup> Ela encontraria expressividade ampla no caso colombiano,<sup>40</sup> apesar dos seus diversos problemas específicos, bem como no caso brasileiro, em que haveria o caminho de expansão dos tribunais em relação à política. Nesse tópico, será realizado um breve inventário de algumas análises produzidas sobre os países da América Latina, para demonstrar que o conceito de judicialização foi definitivamente incorporado ao instrumental das ciências sociais nessas análises sobre transições políticas.

Em relação ao foco ampliado, entendido a partir do objetivo de firmar uma avaliação geral do conceito, cabe ressaltar que é muito improvável realizar tal empreitada para além de uma análise superficial. O que unifica a análise de Couso é o diagnóstico de uma transição democrática geral, levada a termo na década de 1990, em todo o continente sul-americano. To-

dava, a emergência do poder judicial é diretamente implicada – no entendimento do autor – por uma importação institucional, que é a revisão judicial da constitucionalidade das leis, no modelo norte-americano.

O caso chileno, na análise de Couso, apresenta-se como uma inexistente revolução de direitos (*rights revolution*). Vale a ressalva de que o conceito de revolução de direito foi cunhado por Charles Epp no seu diagnóstico do caso americano, com destaque para as lutas judiciais travadas no século XX.<sup>41</sup> No seu trabalho de pesquisa sobre o Chile, Couso localiza que existe um forte movimento de busca da tutela judicial para defesa de direitos em relação à administração pública, como em todos os países da região. Mas indica, também, que o Tribunal Constitucional chileno não efetivou nenhum mecanismo processual como o recurso de amparo colombiano ou argentino, que serviriam para a perseguição de uma tutela de proteção direta aos cidadãos. Ainda assim, haveria uma luta judiciária pela efetividade de direitos. Mas ela passaria ao largo do debate constitucional. O ponto positivo do caso, para o autor seria a sua estabilidade legal, baseada em um Poder Judiciário tradicionalista e legalista, que serviria de base para qualquer inovação jurídica futura. Ele seria, em síntese, um Judiciário reconhecidamente independente, o que pode induzir a expansão da *rule of Law* (no caso, do Estado de direito, na formação do continente, fortemente ancorada no conceito de interesse público). Algo benéfico por si mesmo, desde que encarado dentro de um contexto liberal, como fica evidente na menção à tese de Lisa Hilbink sobre o Poder Judiciário chileno.<sup>42</sup> O autor assente que ela concluiu que o Chile precisará, no

<sup>41</sup> EPP, Charles. *The rights revolution: activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

<sup>42</sup> HILBINK, Lisa. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: lessons from Chile*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

<sup>43</sup> COUSO, Javier. *Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política*. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, v. 14, n. 2, p. 29-48, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf>>.

<sup>44</sup> RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew. M. *Institutional determinants of the judicialization of policy in Brazil and Mexico*.

futuro próximo, de magistrados ativos, comprometidos com a doutrina liberal.<sup>43</sup>

Ora, se o debate constitucional é um elemento central para a análise desse autor, o seu própria país de origem configura uma relevante exceção analítica. A resposta de Couso para tal fato é simples: a cultura judiciária chilena é conservadora por não ter reconstruído os mecanismos institucionais, como ocorreu na Colômbia e em outros países. Tal explicação não é sustentável em si mesma. Existe uma dimensão de autonomia nas instituições jurídicas, de uma forma geral. Elas obviamente dependem de um contexto político mais amplo. Todavia, se elas não foram erguidas por meio de um processo político continuado, será muito difícil que, isoladamente, os atores judiciários (advogados e magistrados) possam fazê-lo.

O caso da Colômbia é evidente nesse sentido. Não basta somente que existam juristas progressistas que gostem do diálogo entre o direito e as ciências sociais. É necessário que haja um contexto institucional que permita ao ordenamento jurídico fixar as práticas sociais facilitadoras da judicialização. Esse processo não é uma questão de simples vontade por parte dos atores políticos. Mas já é possível identificar que existem contextos gerais que servem como catalisadores deste fenômeno. Logo, esse arcabouço institucional representaria parte do que Rios-Figueroa e Matthew Taylor consideram como condicionantes institucionais da judicialização da política.<sup>44</sup> A Colômbia passou por dramas sociais e políticos relevantes ao longo do século. Mas, ela manteve uma estabilidade formal, que permitiu a maturação de um arcabouço ins-

titucional propício para a aclimação do modelo de revisão judicial das leis nos moldes dos Estados Unidos da América. Um exemplo de efetividade de tal sistema constitucional pode ser visualizado pela construção de uma doutrina para a limitação material da propositura das situações de exceção, como o estado de sítio.<sup>45</sup>

Uma síntese positiva do debate brasileiro é a ausência de rígida fixação conceitual do termo. Desse modo, ele foi tomado menos com uma dimensão normativa e mais como um meio para entender realmente uma transição social e política. O risco do emprego latino-americano do termo é o seu uso restrito a formas específicas, na formatação de um discurso propositivo:

- (a) a judicialização é benéfica, desde que amplie os cânones liberais do direito (Javier Couso); ou, ela é benfazeja, desde que mantida sob controle popular (Yepes, Sousa Santos, etc.); ou
- (b) a judicialização é negativa porque expropria o espaço real da política, diminuindo a possibilidade de autogoverno e a democracia (Ran Hirschl).

Os discursos normativos não são problemáticos em si mesmos. Todavia, eles servem para erodir o conceito de sua capacidade analítica. A maior vantagem do conceito é permitir que se possa empreender uma análise de desenhos institucionais e de funcionalidades específicas para o melhor entendimento dos sistemas comparados.

<sup>45</sup>Em especial, YEPES, Rodrigo Uprimmy. *Judicialization of politics in Colombia: cases, merits, and risks.*

<sup>46</sup> CASTRO, Marcus Faro de. Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. *Cadernos de Ciência Política*, Brasília, n. 7, 1993. Cf. também CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997, bem como: CASTRO, Marcus Faro de. The courts, law and democracy in Brazil. *International Social Science Journal*, v. 152, p. 241-252, 1997.

<sup>47</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>48</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Dados: revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005.

<sup>49</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos Cedes*, Campinas: Unicamp, n. 8, dez. 2006. Disponível em: < <http://www.cedes.iuperj.br/PDF/cadernos/judicializacao.pdf>>.

<sup>50</sup> LOPES. Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*.

<sup>51</sup> Cf. as três obras organizadas por Maria Tereza Sadek: SADEK, Maria Tereza (Org.). *O sistema de justiça*. São Paulo: Sumaré, 1999; SADEK, Maria Tereza (Org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2001; SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

<sup>52</sup> SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério B. A crise do judiciário e a visão dos juizes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.

<sup>53</sup> ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 1997.

#### 4. O USO NACIONAL DO CONCEITO E SUA UTILIDADE PARA PESQUISAS COMPARADAS

A temática da judicialização da política está bem estabelecida na literatura brasileira, desde o trabalho seminal de Marcus Faro de Castro<sup>46</sup> até os estudos de Werneck Vianna et al.,<sup>47</sup> Werneck Vianna e Burgos,<sup>48</sup> e Werneck Vianna, Burgos e Salles,<sup>49</sup> além de trabalhos de outros pesquisadores egressos do Iuperj, como Vianna Lopes.<sup>50</sup> Em São Paulo, os estudos sobre o Judiciário e as demais instituições do sistema de justiça tiveram as pesquisas de Maria Tereza Sadek,<sup>51</sup> Sadek e Arantes,<sup>52</sup> Arantes,<sup>53</sup> Arantes e Kerche,<sup>54</sup> e Couto e Arantes.<sup>55</sup> O tema da judicialização se expandiu para estudos sobre diversas instituições, como o Ministério Público,<sup>56</sup> Defensoria Pública,<sup>57</sup> entre outros objetos. O tema também suscitou debates específicos sobre controle público<sup>58</sup> e privatizações.<sup>59</sup> Além disso, foram produzidas análises teóricas.<sup>60</sup> Por fim, está em curso um projeto de estudo político sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de Andrei Koerner et al., da Unicamp,<sup>61</sup> bem como uma pesquisa sobre a eficiência do Supremo Tribunal Federal.<sup>62</sup> Entretanto, a característica central dessa farta literatura tem sido utilizar um referencial teórico internacional para analisar a faceta nacional do fenômeno, sem, contudo, realizar estudos comparados.

Conseqüentemente, apesar da ampla literatura existente, há duas peculiaridades do presente projeto – base do atual artigo – que legitimam a necessidade de pesquisa adicional. A primeira é a mencionada ausência de um quadro teórico que absorva a relação existente entre a história institucional e os processos políticos contemporâneos para a compreensão do Judiciário. Essa lacuna pode se compreendida pelo

fato de os estudos sociológicos trabalharem com recortes temporais específicos, como, por exemplo, os desenhos institucionais posteriores à promulgação da Constituição brasileira de 1988. Dessa forma, são construídos estudos nos quais as instituições são vistas como ausentes de historicidade. Como reflexo, na área acadêmica diversas pesquisas relevantes de história política ficaram relegadas à margem dos estudos sociológicos. A análise do legado do pensamento político, nas instituições jurídicas, ficou desvalorizada, em prol de explicações contingentes, como a força derivada de um texto constitucional.

Assim, a presente proposta de pesquisa – que origina este artigo – tem clara a lacuna dos estudos contemporâneos de sociologia institucional do direito em relação à sua incorporação de métodos comparados. Essa característica pode ser localizada talvez nos problemas dos trabalhos de direito comparado. Em determinado caso, os autores de direito apresentam baixa densidade em relação com outros campos, como a história ou a sociologia, descrevendo o sistema jurídico dos países estrangeiros sem que haja uma contextualização cultural. Em outros casos, os clássicos da literatura estão defasados para acompanhar a metodologia comparativa contemporânea. Os autores mais recentes têm buscado a integração com a história política cultural, sem a qual a descrição de um sistema jurídico perde sentido. Isso é especialmente verdadeiro para sistemas jurídicos que estão imersos em contextos em que as normas tradicionais possuem efetivo uso no cotidiano, como na África<sup>63</sup> ou na América Latina.<sup>64</sup> Mesmo um estudo tradicional como o de Mauro Cappelletti não fogia a essa imposição.<sup>65</sup> A utilização de uma metodologia comparati-

<sup>54</sup> ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fabio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos*, São Paulo: Cebrap, v. 54, p. 27-41, 1999.

<sup>55</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: Anpocs, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

<sup>56</sup> Cf. ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: Anpocs, v. 14, n. 39, p.83-102, 1999; ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002. Veja também: SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça*. São Paulo: Edusp, 2001; bem como SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosângela Batista. The new Brazilian public prosecution: an agent of accountability. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher (Ed.). *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 201-227.

<sup>57</sup> MOTTA, Luiz Eduardo; RIBEIRO, Ludmilla M. L. A Defensoria Pública do Rio de Janeiro no contexto da judicialização. *Revista Comum*, Rio de Janeiro, v.13, p. 5-25, 2007. Cf. Também MOTTA, Luiz Eduardo; RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. O acesso à justiça como objeto da vida pública: o caso da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. *Cadernos Ebape.br*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 2, 2006; bem como, Motta, Luiz Eduardo. Da assistência judiciária à Defensoria Pública: a institucionalização do acesso à justiça no Brasil. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 127-160, 2006.

<sup>58</sup> LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. *A judicialização da política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados: revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 48, n. 3, p. 550-587, 2005.

<sup>60</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Além desse trabalho, cf. OLIVEIRA, Vanessa Eliás; CARVALHO, Ernani. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje: revista do mestrado em Ciências Sociais da UFPE, Recife*, 2005. Veja também: CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, n. 23, p. 127-139, 2004; bem como CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba: Universidade Federal do Paraná n. 28, p. 161-179, 2007.

<sup>61</sup> KOERNER, Andrei; BARATTO, Márcia; INATOMI, Celly Cook. *Pensamento jurídico e decisão judicial: o processo de controle concentrado em decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988*.

<sup>62</sup> LOPES JÚNIOR., Eduardo Monteiro. *O STF: eficiência e efetividade na jurisdição constitucional*. Montreal, 2007. Trabalho apresentado no XXVII International Congress of the Latin American Studies Association.

<sup>63</sup> MENSKI, Werner. *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>64</sup> FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). *Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press, 2003. Cf. também GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* London: Ashgate, 2006; bem como: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). *Democratization and the Judiciary: the accountability functions of courts in new democracies*. Portland: Frank Cass, 2004.

va, com atenção à história política e cultural, tem se apresentado como a solução teórica mais promissora, atualmente.

Em outro contexto, a tradição das pesquisas jurídicas é plena de exemplos nos quais a filosofia do direito é utilizada para analisar e, muitas vezes, legitimar contrastes com os mais diversos desenhos institucionais. Essa perspectiva, marcada pela dogmática, não é útil para realmente conhecer o objeto do direito, enquanto prática social. Outra solução é efetuar o estudo comparado de desenhos e práticas institucionais dos países latino-americanos. Essa opção foi ainda pouco empreendida por brasileiros, o que eventualmente conduz à falsa impressão de que existiria uma ruptura radical entre os modelos praticados no Brasil e na América hispânica. Obviamente, o problema inverso também ocorre, ou seja, existem poucos estudos latino-americanos que têm o Brasil como elemento de comparação. Dessa maneira, um dos objetivos do presente projeto é suprir essa lacuna com um estudo comparado de instituições judiciárias entre Brasil, Chile e Argentina.

Feito este resumo sobre o estado da literatura, vale indicar que o uso do conceito de judicialização foi suficientemente aclimatado no sentido de indicar, com razoável precisão, um processo social em curso. Abdicar do refinamento de tal conceito para outras soluções, como juridicização – relacionada com uma narrativa, no arcabouço sistêmico de Teubner – ou legalização, como uma redução excessiva do conceito inicial, seria um equívoco. O ideal é se continuar o caminho em prol de um modelo mais refinado na separação entre os elementos culturais e institucionais em uma quadra mais definida, para evitar que

o contexto cultural seja um definidor do processo, como está presente em Couso. Ou, ainda, para evitar narrativas simplistas de engenharia institucional que sobrevalorizam a capacidade de uma mudança legal para fomentar uma alteração desejável.

<sup>65</sup> Dentre os vários trabalhos do autor, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

