

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

"JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA": ARQUEOLOGIA DE UM CONCEITO

"JUDICIALIZATION OF POLITICS": ARCHEOLOGY OF A CONCEPT

Alvaro Augusto de Borba Barreto¹

Caroline Bianca Graeff²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A definição de "judicialização da política"; 2. As críticas à "judicialização da política"; 2.1 Envolver mais de um fenômeno; 2.2 Exposição desarticulada das condições a ela associadas; 2.3 O significado dos termos que a compõem; Considerações finais; Referências das fontes citadas

RESUMO

O artigo parte da formulação de Tate e Vallinder sobre a expressão "judicialização da política" (e sua correlata "expansão global do poder judicial"), procura testar os elementos epistemológicos e analíticos que ela fornece, bem como verificar a capacidade explicativa que apresenta. Está baseado em revisão bibliográfica e procura testar o pressuposto que essa expressão não tem capacidade explicativa, pois é imprecisa, ambígua e se refere a uma temática já diagnosticada e abrangida pela discussão em torno do *judicial review*.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização da política; controle de constitucionalidade; poder judicial

ABSTRACT

The article start from the Tate and Vallinder formulation about the term "judicialization of politics" (and the related term "global expansion of judicial power"), intends to test the epistemological and analytical elements that it provides, even as verify the explicative power that it presents. Is based on literature review and seeks to test the assumption that this expression has no explicative power, it is imprecise, ambiguous and refers to a theme already diagnosed and covered by the discussion about the judicial review.

¹ Professor do PPG em Ciência Política da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), RS, Brasil. (albarret.sul@terra.com.br).

² Advogada e Mestre em Ciência Política (UFPEL), RS, Brasil. (carolinegraeff@gmail.com).

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

KEY-WORDS: *judicialization of politics; judicial review; legislation; judicial power*

INTRODUÇÃO

A expressão "judicialização da política" passou a ser utilizada no universo acadêmico há aproximadamente 20 anos, quando C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder organizaram o livro *The Global expansion of judicial power* [A Expansão global do poder judicial]³. Na obra, além da apresentação do conceito, são estudados os casos de países cujas experiências serviram à comprovação do fenômeno: Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Alemanha, França, Itália, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Rússia e outras ex-repúblicas soviéticas, Filipinas e Namíbia. Ela foi rapidamente recepcionada no Brasil e, desde então, permanece na agenda das pesquisas sobre a interface da Política e do Direito. A difusão é tão intensa que ela ultrapassou as fronteiras da academia e passou a ser largamente utilizada pela imprensa⁴.

O artigo parte das formulações de Tate e Vallinder com vistas a identificar e testar os elementos epistemológicos e analíticos fornecidos pela expressão "judicialização da política" e sua correlata "expansão global do poder judicial", bem como verificar a capacidade explicativa que apresenta. Não é uma investigação neutra, pois parte

³ O livro e a difusão do termo foram antecipados por um encontro da *International Political Science Association* (IPSA), realizado em Bolonha (Itália), em 1992, e por um número da *International Political Science Review* (v.15, n.2), coordenado por Vallinder, publicado em 1994, cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

⁴ De 2013 a 2016 foram encontradas 24 referências apenas no jornal Folha de São Paulo, cf. Pesquisa "Judicialização da política". 2016. Disponível em: <<http://acervo.folha.uol.com.br/resultados/?q=%22judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+pol%C3%ADtica&site=&periodo=acervo&x=15&y=7>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

do pressuposto que ela não tem capacidade explicativa que justifique seu status acadêmico. Já há algum tempo, ela é criticada na literatura. É destacado:

apresenta deslizes conceituais que simplificam as relações entre os tribunais e a política, pois revela uma concepção estreita da jurisdição e do direito [...]; ela apresenta uma abordagem parcial e enviesada sobre as transformações dos Estados contemporâneos [...]; e ela revela ambiguidades que a tornam analiticamente inútil⁵.

Apontam-na como "conceito pouco preciso, mas de rápida circulação", razão pela qual "a produção acadêmica também apresenta fluidez no uso da expressão, a qual não se torna mais do que um nome que é tomado como ponto de partida para análises cujas perspectivas são bastante divergentes"⁶. São afirmados três problemas nos estudos produzidos na América Latina:

Em primeiro lugar, muitos autores não conseguem definir os termos-chave em que baseiam seus estudos. Em segundo lugar, quando os autores definem os termos, eles raramente reconhecem definições concorrentes ou conciliam as suas conceituações com essas definições anteriores, resultando no uso inconsistente de conceitos. Finalmente, as operacionalizações de termos-chave realizadas pelos estudiosos nem sempre refletem fielmente suas conceituações, turvando ainda mais a águas desse campo de análise⁷.

⁵ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). **O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 150.

⁶ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n.57, 2002, p. 130-131.

⁷ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew. Doing courts justice? Studying judicial politics in Latin American. **Perspectives on politics**, v.6, n.4, dec. 2008, p. 748. Tradução dos autores deste artigo. O original diz: "First, many authors fail to define the key terms on which their studies rely. Second, when authors do define their terms, they infrequently acknowledge competing definitions or reconcile their conceptualizations with those previous definitions, resulting in the inconsistent use

Para transformar a percepção crítica em demonstração, o texto promove uma revisão bibliográfica sobre o tema e está organizado em duas seções: a primeira descreve a "judicialização da política" conforme a formulação de seus proponentes, com vistas a resgatar as características originais da expressão; a segunda, construída a partir dessas informações, analisa os elementos que a constituem por meio de críticas que recebe da literatura especializada.

1 A DEFINIÇÃO DE "JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA"

A expressão aponta a intensificação da inserção do poder judiciário ou dos procedimentos judiciais no processo decisório das democracias contemporâneas. No dizer de Hirschl significa: "o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas"⁸. Enfim, o "poder judicial" avança sobre a política, que passa a ser cada vez mais "judicializada".

Ele possui duas faces. Em uma, denominada *from within* (vinda de dentro), métodos tipicamente judiciais são incorporados pelos outros poderes e utilizados em instâncias administrativas e legislativas, como: Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), agências reguladoras, conselhos, ouvidorias, controladorias e auditorias. Na outra, identificada como *from without* (vinda de fora), o sentido mais corrente da expressão, cortes e juízes passam a ter capacidade para intervir em questões políticas típicas do executivo e legislativo, com

of concepts. Finally, scholars' operationalizations of key terms do not always faithfully reflect their conceptualizations, further muddying the analytic waters".

⁸ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 140.

as quais, até então, pouco ou simplesmente não se envolviam, de modo que há a transferência de poder deliberativo para o judiciário⁹.

Também são apresentadas condições que propiciam a "judicialização da política"¹⁰, sendo que nem todas são exigidas para a constatação do fenômeno ou se manifestam da mesma forma nos países. Elas serão a seguir detalhadas.

1) **Democracia** – Os autores a consideram condição necessária, mas não suficiente, embora não expliquem detalhadamente o papel da democracia para o advento do fenômeno, a não ser declarar que seria muito difícil ele ocorrer em regimes ditatoriais que concentram poder no executivo, não atribuem independência aos juízes e tampouco aceitam decisões contrárias aos seus interesses. Ou seja, afirmam-na por contraste. Pode-se especular que o façam porque vinculam a "expansão global do poder judicial" à ampliação de países democráticos no mundo, registrada na "segunda" (após a II Guerra) e na "terceira onda de democratização" (a partir dos anos 1970).

2) **Separação de poderes** – Aquele em que a atividade jurisdicional é prerrogativa exclusiva de um dos poderes do Estado. É exaltada a independência dos juízes em relação ao executivo e ao legislativo, pois têm autonomia para interpretar, mas não para criar a lei – embora reconheça a dificuldade para determinar esta distinção. Ele faz referência ao modelo de Montesquieu, mas não está a falar em um judiciário que é tão somente a "boca que pronuncia as sentenças

⁹ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 13.

¹⁰ A questão figura no artigo assinado apenas por TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 27-38. Ele não aprofunda essas condições, por isso serão agregadas contribuições de outros autores.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

da lei", por isso sem vontade e interesse próprios, e sim o que exerce o *judicial review* (controle jurisdicional de constitucionalidade ou, simplesmente, "revisão judicial")¹¹.

Como pondera Vallinder¹², ele tem a prerrogativa de apreciar decisões dos demais poderes, o que implica a possibilidade de barrar e de ampliar políticas públicas ou exigir que elas sejam realizadas, assim como, e principalmente, determinar se uma norma legal produzida pelo legislativo ou pelo executivo contraria a Constituição e retirar ou disciplinar a eficácia e a abrangência dessa norma. Enfim, pode atuar tanto como legislador negativo quanto positivo¹³. Tal é garantido com vistas a preservar a Constituição, considerada norma jurídica superior e que, por consequência, impõe limites ao poder de decisão de majorias políticas ocasionais.

Pode-se dizer que o *judicial review* passou por três "grandes ondas". Ele principia nos EUA, tendo se afirmado com o famoso caso Marbury x Madison, de 1803. A segunda onda surge na Europa no pós-II Guerra como consequência da experiência traumática dos regimes

¹¹ Há muita controvérsia em torno do tema, entre as quais: o modo como ele deve ser interpretado; as diferentes modalidades que compreende (concentrado, incidental e difuso, híbrido ou eclético); quem deve exercê-lo (Corte Suprema, cúpula do judiciário, ou Tribunal Constitucional dissociado do poder judiciário; cujos membros têm permanência vitalícia ou limitada a certa idade ou a um mandato com tempo pré-determinado); o rol dos legitimados a acionarem o judiciário no caso de controle abstrato; a relação com a democracia e a questão da legitimidade de membros não eleitos para revisar decisões tomadas por representantes eleitos pelo próprio povo e, em contrapartida, a importância de as minorias serem protegidas frente à vontade majoritária. Um debate célebre, conduzido a partir da perspectiva europeia figura em: SCHMITT, Carl; KELSEN, Hans. **La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: "El Defensor de la Constitución" versus "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?"**. Madrid: Tecnos, 2009. Independentemente dessas discussões, preserva-se o essencial: a revisão constitucional existe e é exercida por órgão judicial.

¹² VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in, p. 15-16.

¹³ Conforme alguns ordenamentos jurídicos, ele ainda pode insurgir-se contra a inatividade do legislativo e determinar que haja a regulamentação e a aplicação de uma norma ou de um princípio presente na Constituição. É o que ocorre no Brasil por meio de instrumentos como mandado de injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

fascista e nazista, quando o *judicial review* foi tomado como uma medida de afirmação e de proteção aos direitos fundamentais, bem como de freio às forças majoritárias, consideradas capazes de, em razão desta condição, restringirem direitos¹⁴. E, na terceira onda, foi incorporado pelas democracias surgidas desde os anos 1970, e por aquelas formadas após o fim do mundo comunista.

3) **Existência de uma Carta de Direitos** – A Constituição deixa de ser concebida como a descrição de um elenco de direitos individuais e da estrutura do Estado, na vertente do liberalismo clássico, e torna-se mais abrangente, eclética e exigente, pois passa a incluir a afirmação de direitos das minorias e um amplo catálogo de direitos coletivos e difusos – antes inexistentes no ordenamento jurídico ou presentes tão somente na legislação ordinária –, que devem ser garantidos e prestados pelo Estado. No caso europeu, tal cenário deu origem a uma vasta rede de proteção social e de serviços oferecidos pelo Estado como forma de efetivar tais direitos. Assim,

os direitos sociais, produto típico do Estado do Bem-Estar Social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente

¹⁴ Para SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 77-78, "sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entendeu-se que a Constituição é autêntica norma jurídica que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos da organização do Estado e a prever alguns direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso", o que traz uma série de consequência, a serem apresentadas a seguir.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados¹⁵.

Como reflexo, os textos constitucionais passaram a ter um caráter mais fluido, composto por normas programáticas, princípios e conceitos indeterminados, mais do que por regras claramente (ou pretensamente) delimitadas e precisas, como ocorria no antigo constitucionalismo. Esses novos textos suscitam diferentes (e normalmente divergentes) interpretações, pois albergam ampla margem de interpretação. A demanda ao judiciário só tende a crescer, seja para garantir essas prerrogativas, seja para dar um determinado sentido àquelas afirmadas de modo genérico¹⁶, e os procedimentos judiciais tornam-se mais complexos, pois implicam a adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos de construção de sentidos, ao lado da tradicional subsunção, da lógica dedutiva do

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Ferraz. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n.21, 1994, p. 18.

¹⁶ Para SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, p.86-87, este é o caso da Constituição brasileira de 1988 que, contém "um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reformas (art. 60, parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inefastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. [...] Além disso, a Constituição de 88 regulou uma grande quantidade de assuntos – muitos deles de duvidosa dignidade constitucional – subtraindo um vasto número de questões do alcance do legislador. Ademais, ela hospedou em seu texto inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação". Para AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n.15, set.-dez. 2014, p. 84, ela "representou uma verdadeira refundação do Estado brasileiro, especialmente pela generalização da experiência do constitucionalismo democrático", sendo que a construção do texto permanece em aberto por meio da possibilidade de reforma constitucional e de revisão judicial. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 é uma das autoras a destacar que a amplitude da "comunidade de intérpretes" facilita e estimula a "construção do sentido" dos direitos presentes na Constituição.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

texto. Ou porque "tais leis e direitos frequentemente são muito vagos, fluidos e programáticos, mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los"¹⁷.

4) **Utilização dos tribunais por grupos de interesses** – Tem relação direta com o anterior, pois decorre de grupos e associações de interesse, movimentos sociais, ativistas políticos e agentes institucionais, que passam a ver o judiciário como a instituição capaz de atender às reivindicações de efetivação de direitos, quando estes, apesar de constitucionalizados, não são contemplados pelas normas legais e pelas políticas públicas ou se encontram ameaçados pelas forças majoritárias. Desse modo, apresentam demandas ao judiciário por meio de ações judiciais em nome próprio ou de terceiros¹⁸, habilitam-se para atuar junto à corte em processos de seu interesse como *amicus curiae* e participar de audiências públicas promovidas por tribunais, o que confirma, em favor do judiciário, a "hipótese da fragmentação", proposta por Ferejohn: "quando os poderes políticos não podem agir, as pessoas que buscam a resolução dos conflitos tenderão a gravitar em direção a instituições das quais podem obter soluções"¹⁹.

5) **Utilização dos tribunais pela oposição** – Nessa situação específica são os partidos de oposição que, derrotados nas arenas legislativas, utilizam-se dos tribunais com vistas a frear, obstaculizar, obstruir e até mesmo inviabilizar normas legais e políticas públicas,

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 60.

¹⁸ Ver: EPP, Charles. **The Rights revolution: lawyers, activists and the Supreme Court in comparative perspective**. Chicago: Chicago University Press, 1998 sobre as ações militantes e de organização social de advogados e ativistas, responsáveis, segundo ele, pela "revolução dos direitos civis". Para o caso brasileiro, uma referência importante é VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹⁹ FERREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 80-81.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

utilizando-se dos direitos que são garantidos às minorias em regimes democráticos²⁰.

6) **Inefetividade das instituições majoritárias** – Circunstâncias políticas contribuem para que executivo e legislativo sejam ineficazes na formulação e na execução de políticas públicas, caso da existência de partidos indisciplinados ou de coalizões de governo frágeis. Todavia, também contribui o fato de a necessidade de prestigiar direitos aumentar a produção de normas destinadas a regulamentar cada vez mais a vida social, grande parte delas realizadas pelos organismos administrativos do executivo, mais ágeis e tecnicamente preparados que o parlamento para produzir essas respostas. Paradoxalmente, o excesso de regulação das relações sociais ou de "juridicização", como o denomina Habermas²¹,

ao tentar atender aos mais contingentes, antagônicos e nunca conciliáveis conflitos e aspectos da vida em sociedade, em vez de cumprir sua função de aumento da certeza e segurança jurídicas, resolve-se em um esvaziamento da eficácia da própria lei²².

Logo, fruto da ausência de regulação, que produz demandas por efetivação, ou da existência de regulação, que gera atritos, os interesses e os conflitos sociais não são satisfeitos nem dirimidos pelas instituições majoritárias e tendem a desaguar no judiciário em busca de solução.

²⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, nov. 2004, p. 119. Sobre essas estratégias e suas motivações, ver: TAYLOR Matthew M.; DA ROS L. Os Partidos dentro e fora do Poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, v.51, n.4, 2008, p. 825-864.

²¹ HABERMAS, Jürgen. Tendências da juridicização. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n.2, 1987, p. 185-204.

²² VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, jul.-dez. 2008, p. 400.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

7) **Percepção acerca das instituições políticas** – Diz respeito à perda de legitimidade da classe política e do legislativo em particular, pois

quando o público e líderes de grupos de interesse e de organizações sociais importantes consideram que as instituições majoritárias estão imobilizadas, só atendem ao próprio interesse, ou mesmo são corruptas, não é surpreendente que aceitem a transferência de poderes políticos ao Judiciário, que tem reputação de expertise e retidão, possuindo igual ou maior legitimidade que os administradores públicos e os legisladores²³.

Ferejohn a traduz por meio da hipótese dos direitos: a expansão da intervenção do judiciário é aceita quando a sociedade entende que este pode ser mais confiável para proteger uma vasta gama de valores importantes contra potenciais abusos políticos²⁴. E esta é convergente com a interpretação de que:

o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'déficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos²⁵.

Na linha explicativa de Durkheim, Garapon a vincula ao fenômeno da perda de laços sociais de referência (familiares, Igreja, costumes,

²³ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power?, p. 31. Tradução de BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.263, maio-ago. 2013, p. 192. O original diz: "when the public and the leaders of interest groups and major economic and social institutions view the majoritarian institution as immobilized, self-serving, or even corrupt, it is hardly surprising that they would accord the policy-making of judiciaries, who have reputations for expertise and rectitude, as much or more legitimacy as that executives and legislatures".

²⁴ FERREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito, p. 81.

²⁵ GARAPON, Antoine. **O Guardador de promessas**. Lisboa, Instituto Piaget, 1999, p. 48.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

tradições) na atualidade, o que faz do judiciário o novo símbolo de autoridade e de dignidade – processo que também é alimentado pela incapacidade da política para representar tal papel. Na mesma perspectiva, Maus²⁶ fala no crescimento da demanda ao judiciário como sintoma de uma "sociedade órfã" que busca um "pai" que atenda os anseios de uma sociedade mais justa e fraterna²⁷.

8) Delegação ao judiciário da prerrogativa de decidir – Nesse caso, os próprios organismos políticos preferem transferir a definição de algumas questões, tendo em vista que o custo associado à decisão é muito elevado, os assuntos em pauta dividem radicalmente a sociedade e a própria classe política, logo qualquer resultado trará danos eleitorais e institucionais.

No mínimo, a transferência de 'abacaxis' políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse²⁸.

²⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos**, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

²⁷ Maus e Garapon não consideram esta característica positiva, pois a tomam como sintoma da crise social, bem como que, ao ser aprofundada, produz resultados negativos à democracia.

²⁸ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo, p. 165. Porém, ele (p. 173) a critica, pois é "problemática do ponto de vista da democracia representativa. [...] Pode prejudicar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve a deliberação aberta – e muitas vezes controversa – entre representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos. Afinal, a função primária das legislaturas é enfrentar e resolver problemas, e não passá-los a outros. [...] Jogando pelas regras do 'redirecionamento de culpa', as legislaturas dão prioridade aos seus interesses de curto prazo (conseguir apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares) em detrimento da sua responsabilidade política".

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Há mais uma condição, não incluída na relação por não ser "facilitadora", e sim eficiente. É a disposição dos juízes para agir politicamente²⁹, cuja ausência não permite que se fale em "judicialização da política". Para o autor:

sob condições que sejam favoráveis, a judicialização [da política] se desenvolve apenas porque os juízes decidem que devem (1) participar da tomada de decisão política que poderia, de outra forma, ser deixada à discricão, criteriosa ou arbitrária, de outras instituições e, ao menos ocasionalmente, (2) substituir as decisões políticas emanadas de outras instituições por aquelas emanadas deles mesmos. De juízes ativistas, por definição, pode-se esperar que aproveitem todas as oportunidades de utilizar suas decisões para disseminar os valores que lhes são caros³⁰.

A vontade do juiz para atuar com vistas a efetivar suas preferências pessoais e ideológicas rompe com a visão que ele deve ser um árbitro neutro e apolítico (ou, pelo menos, que exerce a "autocontenção"). Igualmente, permite aos autores apreciar

²⁹ A opinião de Hirschl, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo, p. 164 diverge da de Tate e Vallinder, pois "é pouco realista e até mesmo ingênuo supor que a definição de questões políticas centrais [...] poderia ter sido transferida para tribunais sem que essa transferência contasse com no mínimo o apoio tácito dos atores políticos relevantes nesses países". Ou seja, não basta um arranjo institucional favorável e a "vontade dos juízes", há processos sociais mais profundos a embalar tal fato – e, ao contrário de visões mais otimistas e que a concebem como "vinda de baixo", fruto da mobilização social, eles não necessariamente devem ser considerados "progressistas". Para ele (p. 165-166): "[...] também pode ser alimentada por tentativas de 'preservação hegemônica' de grupos sociopolíticos dominantes que estejam com receio de perder seu controle sobre o exercício do poder político. Estes grupos e seus representantes políticos são mais propensos a delegar ao Judiciário questões estruturantes sobre a construção da nação e sobre identidades coletivas quando suas visões de mundo e preferências políticas estão sendo cada vez mais contestadas nas arenas decisórias majoritárias".

³⁰ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power?, p. 33. Tradução dos autores deste artigo. No original: "under otherwise favorable conditions, judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions. [...] Activist judges, by definition, may be expected to take every opportunity to use their decisionmaking to expand the policy values they hold dear".

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

axiologicamente a "judicialização da política" e, na linha de uma das críticas mais recorrentes ao *judicial review*, afirmar que se trata de um fenômeno perigoso para a permanência das democracias contemporâneas e dos princípios majoritários que a subsidiam, e que corre o risco de implantar o domínio dos juízes, elite não eletiva e não representativa³¹.

2 AS CRÍTICAS À "JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA"

Apresentada a definição dessa expressão, esta seção sistematiza e discute as principais críticas que ela recebeu da literatura especializada.

2.1 ENVOLVER MAIS DE UM FENÔMENO

A primeira delas diz respeito ao fato de as duas faces da "judicialização da política" não compreenderem um único fenômeno, indício de que não têm clareza nem são precisos ao abordarem o tema.

Se a expressão for tomada como a maior inserção dos procedimentos judiciais nas decisões das democracias contemporâneas, de fato, é possível considerar que estão abrangidas pelo enunciado as duas dimensões – a adoção de expedientes tipicamente judiciais em outras instâncias estatais (*from within*); a revisão pelo judiciário de decisões dos demais poderes (*from without*). No entanto, isto ocorre porque ela tem grande extensão e reduzida precisão, o que ameniza as diferenças que essas dimensões possuem entre si, tanto do ponto de

³¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 527. O que os autores evocam é o "ativismo judicial", tema que se presta a tantas polêmicas quanto as que envolvem a "judicialização da política", e que não será aprofundado neste artigo.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

vista conceitual quanto fenomênico, bem como pode explicar porque *from without* predomina e *from within* atrai menos os pesquisadores.

Como o próprio enunciado dos autores indica, a dimensão *from within* não envolve, por si só, a expansão do judiciário tomado como poder estatal. É um fenômeno que indica a preponderância da lógica e do *modus operandi* que constituem o poder judiciário, o que inegavelmente vai se refletir em maior influência dele em relação aos demais e na percepção da opinião pública sobre o que é correto e desejável no exercício do poder estatal. Contudo, em si mesma, não implica que o judiciário, tomado como um poder, tenha passado a preponderar em relação aos demais. Enfim, é preciso fazer a distinção entre, de um lado, os procedimentos, a lógica operacional e a simbologia do judiciário e, de outro, a instituição – o que Tate e Vallinder não fazem.

Assim, pode-se perceber que na *from within* a ocorrência de um, não exige necessariamente a do outro. A diferenciação figura na afirmação de Eisenberg, para quem esta dimensão, que ele chama de "tribunalização da política", não se trata propriamente de expansão do poder judicial tomado como a capacidade de decidir em lugar de outros poderes (o que ele denomina de "politização do judiciário"), e sim da assimilação do discurso e de procedimentos jurídicos pelos outros poderes³². A *from without*, ao contrário, refere-se à afirmação de ambos, pois a instituição poder judiciário, utilizando-se dos procedimentos que lhe são próprios, autorizada pelo texto constitucional, tem a prerrogativa de modificar decisões tomadas pelos outros poderes, decisões essas que atingem áreas específicas de atuação de cada um deles. Nesse caso, ocorre, em escala global, a

³² EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ; FAPERJ, 2002, p. 43-61.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

"expansão do poder judicial", ou seja, da instituição judiciário, um dos três poderes estatais.

2.2 EXPOSIÇÃO DESARTICULADA DAS CONDIÇÕES A ELA ASSOCIADAS

A imprecisão que cerca a "judicialização da política" também se manifesta nas condições que a propiciam. Tate e Vallinder listam regras institucionais e comportamentais, de curto e de longo prazo, mas não explicitam como elas se relacionam entre si e com o próprio fenômeno, e tampouco especificam quais delas são causas e quais são consequências:

quase que de maneira automática, as causas e as condições são correlacionadas com o aumento da litigância processual e, conseqüentemente, com um processo de judicialização da política. Portanto, existe um argumento tautológico por trás da definição e caracterização da judicialização da política³³.

As três primeiras condições – democracia, separação de poderes e existência de uma Carta de direitos – abrangem questões institucionais, concebidas como um conjunto de regras que forma a infraestrutura para a realização da "judicialização da política", pois garante as liberdades para agir, afirma os direitos a serem reivindicados e os meios formais para que esta demanda ocorra. Condições como a inefetividade das instituições majoritárias e a percepção negativa da política são de outra ordem, pois atuam como o fermento que leva os grupos sociais e políticos a buscarem o judiciário, pois fornecem a "sensação" de insatisfação com os poderes executivo e legislativo.

³³ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, p. 122.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

As demais dizem respeito a ações que são desenvolvidas a partir dessas regras e, em alguns casos, do "espírito" presente na sociedade. Elas envolvem, por consequência, aspectos comportamentais, como é o caso da utilização dos tribunais por grupos de interesse, das oposições, e a delegação realizada pela "classe política" em temas que prefere não decidir.

A causa eficiente, que depende das anteriores (não necessariamente de todas), também abarca elementos volitivos, mas não mais da sociedade ou de políticos, e sim dos juízes que, ao serem oficialmente provocados, aproveitam tais oportunidades e se dispõem a utilizar os recursos institucionais que lhe são franqueados para implementar suas preferências.

Como afirmam Sundfeld et al., nos termos em que é formulada, "judicialização da política" não esclarece em que medida a expansão do poder jurisdicional dos tribunais para decidir conflitos políticos seria fruto do "voluntarismo" do judiciário ou resultado exclusivo do desenho de competências previstos no desenho constitucional³⁴.

Na mesma linha, várias das condições arroladas por Tate³⁵ são (ou podem ser encaradas como) consequências, e não condições. Ou, ao menos, algumas (as institucionais) antecedem outras (ações/decisões dos atores), pois são pressupostos para que possam se manifestar – e não deveriam ser colocadas no mesmo patamar. Logo, porque há uma Carta de direito é que grupos sociais podem acionar o judiciário como alternativa para garantir a eficácia desses direitos; porque há *judicial review*, a oposição propõe ADIs. Ainda que os autores meçam a "expansão global do poder judiciário" por meio do aumento da

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari et al. **Controle de Constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos poderes**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 12.

³⁵ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power?, p. 27-38.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

quantidade de ações apresentadas ao judiciário, o que obviamente exige que os atores tenham esse comportamento – e por isso faz delas "causas" –, elas são antecedidas, facilitadas, condicionadas por outras (as institucionais). E esta distinção Tate e Vallinder não promovem.

2.3 O SIGNIFICADO DOS TERMOS QUE A COMPÕEM

Outro aspecto diz respeito às denominações "judicialização da política" e "expansão global do poder judicial". Para os autores, elas são sinônimas, como se verifica ao apontarem: "quando falamos da expansão global do poder judicial, nos referimos a [...]. Para colocar brevemente, nos referimos a 'judicialização da política'"³⁶. Entretanto, é possível especular em torno dos significados que elas suscitam, pois podem ser entendidas como não equivalentes, ainda que os autores não se apercebam ou repudiem tal distinção. Na mesma medida, reforçam a ambiguidade destacada previamente.

"Expansão global do poder judicial" parece indicar um fenômeno: o poder judicial era de uma determinada forma e se constata que ele se ampliou em escala internacional. Além de, conforme indicado anteriormente, não ser claro que "poder judicial" é este, a expressão não revela muito mais do que o diagnóstico da existência desse fenômeno e traz a percepção de que ele não exigiu transformação na realidade para ser registrado, e sim a intensificação do que já havia anteriormente. Por conseguinte, não permite identificar as causas e as consequências a ele associadas.

³⁶ VALLINDER, Torbjörn. *When the courts go marching in*, p. 13. Tradução dos autores deste artigo. O texto original diz: "When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to [...]. To put briefly, we refer to 'judicialization of polics'".

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Também se pode especular que ele traz como resultado a "judicialização da política", pois a expansão altera o *status quo* anterior e a "nova situação", tomada como um ponto de chegada, é por ela traduzida. Assim, apesar de intimamente relacionados, uma expressão indicaria o processo e a outra, o resultado desse processo.

É possível pensar, ainda, a "judicialização da política" como uma transformação na realidade ocasionada pela "expansão global do poder judicial", que é por ela explicada. Logo, mais do que um diagnóstico, ela se afirmaria como um conceito ou uma categoria analítica. Dito de outra forma: "expansão" indicaria o diagnóstico de um fenômeno e "judicialização" seria uma expressão mais ambiciosa, que forneceria uma compreensão mais efetiva do fenômeno, evidenciar e esclarecer aspectos não percebidos ou percebidos confusamente dessa nova situação. Este é o desafio de qualquer conceito, porém, cabe perguntar: sendo um, o que "judicialização da política" explica em particular? E, ao realizá-lo, o faz de que modo? O estatuto dessa expressão depende das respostas que podem ser dadas a estes questionamentos.

Um caminho para tal é dimensionar, no âmbito da "judicialização da política", como podem ser compreendidos os termos que a compõem, seguindo-se o mesmo esforço interpretativo quando esses mesmos termos se unem para compor o conjunto. Pode-se começar por "judicialização":

os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via³⁷.

Assim, ele abrange a dimensão *from without* ou, mais especificamente, a "expansão do poder judicial", quando esta implica aumento da demanda formal por pronunciamento do judiciário. Supõe-se que estas ações versam sobre "política" (daí a "judicialização da política"). Contudo, também é possível supor que a expansão em questão é quantitativa e não envolve necessariamente a ideia de fortalecimento do judiciário frente aos outros poderes.

Encontram-se estudos relativos ao Brasil em que a expressão é tomada a partir do aumento da litigância, seja no âmbito do judiciário como um todo, seja do STF em particular, a indicar um processo de "judicialização das relações sociais" no qual se inserem relações privadas cada vez mais conflituosas em uma sociedade fragmentada, bem como a intensificação da luta por direitos³⁸. Na mesma linha, pode-se pensar o aumento da litigância em escala internacional, com o incremento de organismos judiciais transnacionais, como o Tribunal Penal Internacional ou a Corte Europeia de Direitos Humanos, o que Veronese denomina como "expansão, reconstrução ou criação de esferas jurisdicionais para resolução de conflitos"³⁹.

Vallinder toma "judicialização" nessa acepção de levar uma questão à apreciação da justiça, como se verifica quando ele diferencia os modos judicial e político de resolver conflitos⁴⁰. Para ele, a política tem diversas partes envolvidas, atua por meio de negociações e de trocas, em geral a portas fechadas, decide pelo princípio majoritário,

³⁷ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises, p. 115.

³⁸ Com destaque a Vianna et al. (1999) e Veríssimo (2008).

³⁹ VERONESE, Alexandre. A Judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos**, Rio de Janeiro, n.2, 2009, p. 257.

⁴⁰ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

elabora decisões e normas gerais, aloca valores na solução politicamente possível. Já a decisão judicial envolve duas partes e um terceiro participante (o juiz), atua por meio de audiências abertas e da ponderação de argumentos, decide por um juiz imparcial, resolve ações individuais e busca a única solução correta. Tais características a tornaram uma instituição contramajoritária por excelência e, portanto, capaz de atender aos interesses minoritários.

Como se pode verificar, o referencial adotado por Vallinder são as ações ordinárias do judiciário e eventualmente o controle difuso de constitucionalidade, sem atentar para o controle concentrado e tampouco para o fato de que este se manifesta por meio de decisões cumulativas (não necessariamente colegiadas), as quais, assim como a "política", seguem o princípio majoritário⁴¹. Na mesma medida, a concepção a respeito dos procedimentos judiciais é flagrantemente positivista e normativa, pois baseada na ideia da neutralidade e da mera subsunção, na afirmação de um juiz apolítico e sem

⁴¹ Esta é a base para a crítica de WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003 à crença no valor da decisão judicial e à desvalorização da decisão legislativa, visto que, em termos procedimentais, ambas são idênticas, com a vantagem de que o parlamento possui mais membros, mais diversidade de opiniões e todos os componentes são eleitos, de forma que gozam de uma legitimidade que os juízes – por serem indicados/concursados – não possuem. Ele propõe que à visão idealizada do judiciário – e que negligencia o fato de que juízes decidem porque estão autorizados a decidir, e não porque tomam decisões melhores – seja contraposta uma visão normativa do parlamento. A intenção é regatar a "dignidade da legislação" e reduzir o papel que o judiciário desempenha como a voz que diz o que a Constituição quer dizer, ou seja, interpreta-a, como qualquer outra. Ele se contrapõe a Dworkin e seus seguidores que apontam que os tribunais devem decidir porque o fazem a partir de princípios, o que os torna qualitativamente superiores aos órgãos parlamentares, que são inegavelmente "políticos" (tomado em sentido pejorativo, pois calcados em interesses). MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 102, seguindo Waldron, afirma: "[...] apesar de os juízes apoiarem suas decisões em longos arrazoados, a qualidade da decisão não tem impacto nenhum no peso de seu voto. Não vale mais por ter feito uma pesquisa erudita, por ter um argumento coerente; será somente mais um voto a ser somado aos outros".

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

preferências⁴². Igualmente, parece esquecer o papel sempre "criativo" da magistratura, o que foi destacado em trabalho de ampla difusão em que discute os "juízes legisladores"⁴³.

Para tornar mais intensa a proliferação de significados, Asensi sugere a adoção de outro termo, "juridicização", tendo em vista que o fenômeno também abrange conflitos que não são levados ao judiciário, mas que acabam sendo discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos não-processuais. Tal se impõe porque, para os que seguem esta perspectiva, "judicialização" (ou jurisdicionalização) abarcaria tão somente aqueles conflitos que são levados ao judiciário na forma de algum instrumento processual. Em defesa do argumento, o autor aduz:

na medida em que há diversas instituições jurídicas (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.) que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário – isto é, evita-se a judicialização do conflito⁴⁴.

Para traduzir esta contribuição aos termos em tela, pode-se dizer que ela quer marcar a diferente entre as modalidades *from within*⁴⁵ (que corresponde à juridicização) e *from without* (que equivale à judicialização).

⁴² O que justifica a crítica que Tate e Vallinder fazem aos juízes ativistas: ao ser acionado, ele responde, mas deve se restringir ao que lhe foi perguntado; e se cala, quando não demandado.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**

⁴⁴ ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 216.

⁴⁵ A destacar, como já ponderado, que esta tem abrangência mais ampla, pois abarca procedimentos administrativos e legislativos, caso de CPIs.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Vianna et al.⁴⁶ propõem duas formas distintas de ampliação do acionamento do judiciário: "judicialização da política" e "judicialização das relações sociais". A primeira se refere ao controle jurisdicional de constitucionalidade, estudada no Brasil por meio de ADIs; a segunda diz respeito à crescente invasão do direito na organização da vida social, logo, conflitos que eram solucionados por outros meios passam a ser judicializados, seja porque o direito passa a abarcá-los e há meios institucionais para tal, seja porque a justiça passou a ser preferida por parte da sociedade e de agentes institucionais em substituição aos procedimentos pregressos, o que implica aumento da litigância, bem como abre a perspectiva do uso do judiciário como instrumento de luta social. Assim, ocorre

a regulação da sociedade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis⁴⁷.

Tais abordagens aproximam a "judicialização" à temática do acesso à justiça, que suscita diversos estudos no país⁴⁸.

⁴⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**.

⁴⁷ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 149. Esta visão vincula a "judicialização da política" à dimensão *from without*. Mas, a exemplo do que foi anotado em relação ao comentário de HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo, p. 142, esta leitura faz com que, de um lado, a "judicialização das relações sociais" se aproxime da dimensão *from within*, pois a sociedade também passa a se articular em torno de procedimentos jurídicos; de outro, apresenta-se com maior amplitude, pois implica o encaminhamento de ações judiciais, enquanto para Tate e Vallinder os expedientes jurídicos permanecem no âmbito estatal e transbordam para o executivo e o legislativo.

⁴⁸ Um dos mais importantes referenciais é: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988. Exemplos da discussão teórica sobre o tema e de estudos aplicados podem ser encontrados em: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001; CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública**. Rio

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Embora sejam claros os vínculos dessa concepção de "judicialização" com a apresentação formal de ações ao judiciário, verificáveis inclusive na abordagem de Tate e Vallinder, esta não parece ser a efetiva intenção dos autores ao se servirem do termo. Supõe-se que desejam que ele seja concebido de modo mais largo, pois, na acepção *from without*, significa "que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais"⁴⁹. Em resumo, o termo "judicialização" daria ênfase ao fim (mais participação do judiciário) e não ao meio (ação judicial⁵⁰), e, por isso, a ele se segue "da política" para tornar o sentido mais evidente.

Contudo, a questão não é tão simples, pois o termo "política" traz dificuldades ainda mais agudas à expressão. Pode-se ler que "judicialização da política" é a "denominação dada à interferência do poder judiciário em questões eminentemente políticas"⁵¹. Aparentemente os enunciados solucionam o problema e distinguem o assunto em apreço, ressalvado um detalhe: O que é uma questão "eminente política"? Como distingui-la das "não políticas"?

Uma das alternativas é associá-la à "teoria das questões políticas", de larga aplicação tanto no Brasil quanto nos EUA. Na Constituição brasileira de 1934, por exemplo, consta no art. 68: "é vedado ao

de Janeiro: Forense, 2002; MOTTA, Luiz Eduardo. A Justiça estatal: a reconstituição da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro pós-1988. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 266-298.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 3.

⁵⁰ E por isso contemplaria, inclusive, como na dimensão *from within*, transformar algo em forma de processo judicial ou proceder como se fosse um processo judicial.

⁵¹ OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO, Ernani. Judicialização da Política: um tema em aberto. **Política Hoje**, Recife, n.15, 2006, p. 111.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas"⁵². Essencialmente, essa teoria afirma que há questões que se estão fora do campo de abrangência do judiciário (e do *judicial review*) por serem essencialmente "políticas"⁵³, a exceção é se envolverem afronta a direitos individuais. Portanto, "judicialização da política" indicaria que passou a ocorrer o avanço sobre estas questões das quais até então o judiciário se afastava – o que poderia ser o sentido da frase: "quando falamos da expansão global do poder judicial, nos referimos à infusão de tomada de decisões judiciais e de procedimentos das cortes em arena política onde não residem anteriormente"⁵⁴.

No entanto, há uma série de dificuldades em torno da teoria das "questões políticas". A primeira, e mais evidente, reside em como estabelecer quais são elas. Uma das alternativas adotadas foi definir uma lista de matérias tomadas como incontestavelmente políticas e, portanto, estranhas à competência do judiciário, sem que isso excluísse eventuais outras matérias.

⁵² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁵³ No escrito de Rui Barbosa (apud CUNHA, Jânio Pereira. **Jurisdição constitucional e Supremo Tribunal Federal: a judicialização da política no Brasil à luz da teoria moderna da democracia**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2014, p. 152), principal defensor dessa teoria no país: "Nas basta que a questão estreme com a política, ou com ela prenda; que tenha relações políticas, ofereça aspectos políticos, ou seja susceptíveis de efeitos políticos; que à política interesse, ou sobre ela possa atuar por algumas das suas faces, algumas das suas ligações, alguns dos seus resultados. É mister que seja simplesmente, puramente, meramente política, isto é que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente".

⁵⁴ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in, p. 13. Tradução dos autores deste artigo. No original, consta: "when we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arena where they did not previously reside".

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Esse expediente de catalogação de assuntos abrangidos pela doutrina das questões políticas, no entanto, gradativamente tem perdido prestígio, na medida em que, como observa Bonavides, não é possível mais demarcar, 'numa esfera autônoma', as questões políticas, para efeito de evitar o controle de constitucionalidade [...] (BONAVIDES, 2001, p. 290)⁵⁵.

Teixeira arrola uma segunda dificuldade: ainda que fosse possível definir claramente quais são elas, como vigora o princípio da supremacia da Constituição, nenhuma questão está efetivamente fora do *judicial review* e "permitir que determinadas matérias não possam ser contrastadas com as normas constitucionais é o mesmo que admitir a existência de certas práticas à margem da Constituição"⁵⁶.

Em razão desses impasses, Sundfeld et al. reconhecem a vagueza semântica do conceito de "judicialização da política", fixam-se no que consideram um ponto comum entre os diferentes estudos sobre o tema e delimitam a pesquisa empírica deles a ações envolvendo *judicial review*, pois "[...] parece razoável assumir que problemas de

⁵⁵ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A Doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal - STF**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004, p. 36. Como de praxe, esta não é uma questão unânime. CUNHA, Jânio Pereira. **Jurisdição constitucional e Supremo Tribunal Federal: a judicialização da política no Brasil à luz da teoria moderna da democracia**, p. 61 argumenta que "não obstante a dificuldade de definição total e precisa de questão política, tal problemática não parece significar a impossibilidade total de identificar, de antemão, matérias de natureza primacialmente política". Para o autor (p. 164), "[...] as questões constitucionais são, originária e substancialmente, matérias de conteúdo político por excelência", razão pela qual, seguindo os passos da "teoria das questões políticas", manifesta-se contrário ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

⁵⁶ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A Doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal - STF**, p. 36. Nesse ponto surgem outras disputas. Leituras, como a de MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**, afirmam que, se há a supremacia da Constituição, o parlamento deve participar da definição do sentido constitucional, e não exclusivamente a Corte Suprema. De modo semelhante, ponderam que, por meio do *judicial review*, a prevalência da Constituição se traveste em supremacia do órgão com a prerrogativa de interpretá-la, logo ocorre a predominância dos juizes sobre os agentes políticos autorizados a representarem o conjunto dos cidadãos, o que seria contraditório à própria noção de democracia como soberania do povo.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ordem constitucional (ainda que não em todos os casos) possam, em geral, ser caracterizados como questões de *natureza política*⁵⁷.

Desse modo, a intenção original da expressão evocaria o "avanço" do poder judicial sobre a política e que esta foi "judicializada" de um modo que até então não o era, o que a reforça como diagnóstico de um fenômeno mais do que como a construção de um conceito. No caso de países que adotavam a "teoria das questões políticas", este avanço até poderia estar relacionado ao abandono desta teoria e à afirmação de que essas questões tidas como alheias à ação do judiciário, deixaram de ser assim consideradas.

Esta pode ser a perspectiva seguida por Hirschl quando exalta que às duas modalidades de "judicialização da política" anteriormente elencadas deve ser acrescida uma terceira, esta sim o traço de inovação nas relações entre Direito e Política vivenciada contemporaneamente em escala internacional:

judicialização da 'política pura' [ou megapolítica, como ele também a denomina] – a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e de identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras⁵⁸.

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari et al. **Controle de Constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos poderes**, p. 14 (grifado no original).

⁵⁸ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo, p. 141. Contudo, o autor (p. 147) pondera que "[...] [essas questões] refletem dilemas que são primordialmente morais e políticos — e não jurídicos. Como tais, eles devem — ao menos por questão de princípio — ser contemplados e decididos pela própria população, por meio de seus representantes eleitos e politicamente responsabilizáveis. [...] Judicialização desse tipo coloca os tribunais na posição de decidir sobre algumas das mais centrais questões políticas que uma nação pode enfrentar, mesmo que a Constituição não faça nenhuma referência a esses problemas, e apesar de se reconhecer os óbvios riscos políticos envolvidos em decisões desse tipo. São precisamente essas situações de judicialização de questões que combinam altíssimos riscos políticos com instruções constitucionais

Ao mesmo tempo, persiste a ambiguidade na concepção de Tate e Vallinder, pois também é possível entender que a expressão indica que o controle jurisdicional de constitucionalidade não é político em si mesmo, e sim jurídica, de modo que a expansão do judiciário "politizou" esta atividade. Esta interpretação deve ser repudiada, pois a atividade judicial é sempre política, mesmo que não o queira ser. De um lado porque

as normas constitucionais são elaboradas, interpretadas e aplicadas numa ambiência sumamente rica em conflitos e embates reais em torno de interesses e valores os mais diversos e contraditórios possíveis. Realmente, as forças políticas fazem e refazem as constituições tanto no momento da sua elaboração quanto da sua interpretação e concretização⁵⁹.

De outro, tendo em vista que

mesmo quando o juiz se pretende neutro, e aplica as normas segundo uma interpretação bastante literal do texto elaborado pelo legislador, sem grandes considerações a respeito das consequências políticas de sua decisão, ainda assim age politicamente, tendo em vista que desse modo adere à opção política do órgão deliberativo⁶⁰.

Ou seja, ao ratificar a deliberação majoritária, ele toma uma decisão, o que encontra eco na ideia de que não decidir

escassas ou impertinentes que tornam mais questionáveis as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade. Isso ocorre porque não está nada claro o que tornaria os tribunais o fórum mais apropriado para resolver esses dilemas puramente políticos".

⁵⁹ CUNHA, Jânio Pereira. **Jurisdição constitucional e Supremo Tribunal Federal: a judicialização da política no Brasil à luz da teoria moderna da democracia**, p. 77.

⁶⁰ BRAUNER, Arcênio. O Ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 615.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

(contramajoritariamente), é decidir⁶¹. Igualmente, o simples fato de o judiciário ter a possibilidade de fazê-lo implica participar e ter "poder" nesses processos.

No entanto, na obra de Tate e Vallinder essa a visão contrária ao *judicial review* ou, ao menos, que o considera "não político", descortinada quando reputam (e lamentam) a intervenção interessada do juiz como requisito necessário para a ocorrência da "judicialização da política". Nobre e Rodriguez indicam que esta crítica corresponde à visão normativa do Direito: "o que se exige sempre é que a decisão judicial seja uma 'decisão técnica', o que significa pouco mais do que dar nova roupagem a velha metáfora formalista do 'juiz boca da lei'⁶². Como já foi visto, também há passagens do texto dos autores que evocam esta concepção da atividade jurisdicional.

Se o entendimento for em direção a que questões constitucionais são políticas por excelência – e há fortes indícios disso –, assim como passíveis de controle de constitucionalidade, o problema é outro: a expressão "judicialização da política" se revela tautológica, pois todas essas questões são, em princípio, políticas. Ou, então, ao utilizar o termo "política" ela não quer se referir à política em sentido lato, e sim a um recorte que englobaria tão somente as "questões políticas" como vinha sendo apontado pela referida teoria.

No entanto, a situação é ainda mais complexa, pois Tate e Vallinder não se referem exclusivamente ao controle de constitucionalidade, mas também à intervenção do judiciário em questões relativas ao dia-a-dia da administração pública. Para tentar avançar nessa

⁶¹ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power?, p. 33.

⁶² NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativos. **Novos Estudos**, São Paulo, n.91, nov. 2011, p. 7.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

questão, Koerner, Inatomi e Baratto se propõem a discutir as diferentes acepções da "judicialização da política" e, para isso, utilizam-se das palavras em inglês *polity*, *politcs*, *policy*, normalmente traduzidas para o português por meio de um único termo, "política".

O fenômeno pode se referir à "invasão" do judiciário nas questões de *polity*, concebida como comunidade política ou Estado. Para os autores, este é um fenômeno antigo, pois a própria afirmação histórica do Estado implica que esta dimensão da política esteja vinculada à judicialização, visto que este se forma pelo monopólio das leis e pela existência do "poder judiciário". Por isso, concluem que na *polity* a expressão não acrescenta elementos para compreender a questão⁶³.

A "judicialização da política", quando relacionada a *policy* – políticas públicas –, indicaria a ação desencadeada por juízes ativistas cujas orientações ideológicas são opostas às dominantes nas instituições majoritárias dos sistemas democráticos e que interfeririam ou impediriam na implementação de projetos, programas e ações estabelecidas pelos governantes ou o legislativo na implementação. Os autores ponderam que a concepção suscitada pelo termo está equivocada, pois a atividade jurisdicional se vincula por excelência a *policies*, pois "os juízes cotidianamente examinam, controlam, interpretam e implementam planos de ação governamentais" e devem decidir sobre litígios deles decorrentes⁶⁴.

Por fim, se ela se refere a *politcs*, "as atividades que, no interior de uma ordem política, dedicam-se de forma especializada às atividades

⁶³ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. **Sobre o judiciário e a judicialização**. p. 161-162.

⁶⁴ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. **Sobre o judiciário e a judicialização**. p. 164.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

governamentais e suas relações com a sociedade", os autores acham que "parece haver alguma novidade"⁶⁵ – e talvez por isso a denominação original seja *judicialization of politics*. Mas a possibilidade de juízes se envolverem com a gestão pública existe pelo menos desde a adoção do *judicial review* e, no caso, teria ocorrido apenas a intensificação global do fenômeno ou a crescente adoção em outros países de mecanismos institucionais adotados pelos EUA.

Ainda nesse âmbito, seria correta a expressão "expansão global do poder judicial", pois evoca um fenômeno específico, e a imprecisão/improcedência de "judicialização da política", que é tomada como sinônimo daquele e conceito que desvela a nova realidade. Novamente, portanto, concluem que "o termo não indica novidade e não acrescenta grande coisa; não nos auxilia, pois, a pensar as relações entre judiciário e política"⁶⁶.

Nesta perspectiva também a expressão "judicialização da política" não se desvela e pouco explica sobre as relações da Política e do Direito, o que parece reforçar suas limitações. Logo, o fenômeno diagnosticado por Tate e Vallinder corresponderia simplesmente à expansão do *judicial review* para a Europa e as democracias de terceira onda, tornando-se base para a validação das decisões político-legislativas, bem como da inevitável associação deste com o fortalecimento do poder dos órgãos judiciais. Não por acaso, Vallinder destaca que "para muitos países democráticos, velhos e jovens, o sistema político norte-americano, com seu grande poder e prestígio atribuído ao judiciário e ao *judicial review*, tornou-se um ideal a ser

⁶⁵ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. **Sobre o judiciário e a judicialização**. p. 162.

⁶⁶ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. **Sobre o judiciário e a judicialização**. p. 164.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

seguido"⁶⁷. Igualmente, arrolam dentre as motivações contextuais para a "expansão global do poder judicial" a projeção dos EUA como a única superpotência mundial decorrente do colapso do "socialismo real"⁶⁸. Hirschl pondera que, embora as dimensões de "judicialização da política" arroladas por Tate e Vallinder envolvam formas de controle judicial que se expandiram a outros lugares do mundo, elas não deixam de repetir o modelo que os EUA praticam há mais de 200 anos⁶⁹.

A ressaltar que este fenômeno sequer foi "descoberto" ou revelado por meio dessa expressão, visto que já há muito tempo ele era de amplo reconhecimento nas ciências sociais⁷⁰ – sem contar as largas e históricas discussões no campo da Teoria Política e do Direito Constitucional. Por isso, Mendes⁷¹ vaticina que, para conter algo conceitualmente novo, ela não pode simplesmente afirmar o controle político pelo judiciário, pois esta ideia já está presente no *judicial review*. Nesse sentido, teria ocorrido, no máximo, o diagnóstico da expansão em escala global, o que não autorizaria a denominá-lo como sinônimo de "judicialização da política".

⁶⁷ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in, p. 22. Traduzido pelos autores. A formulação original é: "to many democratic countries, old and new, the American political system, with great power and prestige for the judiciary and the judicial review, became an ideal to be emulated".

⁶⁸ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global expansion of judicial power: the judicialization of judicial power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 2.

⁶⁹ HIRSCHL, Ran. **O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. p. 140. E, por isso, para ele, o que há de realmente novo é a "judicialização da megapolítica".

⁷⁰ Para citar um exemplo: DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.252, 2009, p. 25-43, p. 25), em estudo de 1957, discute o papel "político" do judiciário, ao partir do pressuposto que "considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estritamente como uma instituição jurídica é subestimar sua importância no sistema político americano".

⁷¹ MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**, p. 22.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou identificar e analisar os elementos epistemológicos presentes na expressão "judicialização da política" (e na correlata "expansão global do poder judicial"), com vistas a verificar a capacidade explicativa que ela apresenta. Para tal, apresentou o modo como seus proponentes, Tate e Vallinder, formulam-na, assim como a submeteu às críticas que tem recebido ou que foram especulativamente desenvolvidas pelo próprio texto.

Os autores a concebem como a ampliação da participação do judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, a qual se manifesta de duas formas: procedimentos tipicamente judiciais começaram a ser adotados pelos outros poderes (*from within*); juízes e tribunais passaram a atuar nas deliberações relativas a questões políticas, anteriormente sob reserva dos poderes legislativo e executivo. Eles também se dedicam a listar uma série de condições que contribuem para este quadro.

As críticas abordam diferentes aspectos, com vistas a ressaltar ambiguidades ou imprecisões que ela contém. Uma delas se refere ao tratamento declaratório e não articulado em relação às condições que propiciam o fenômeno, de modo a não permitir compreender o papel que cada uma nele desempenha e tampouco como elas se articulam entre si.

Outro campo avalia que as duas dimensões do fenômeno não são equitativamente abarcadas pela expressão "expansão global do poder judicial", pois *from within* abrange o avanço a outras fronteiras dos procedimentos judiciais, e não propriamente o poder judicial, enquanto *from without* compreende ambas as possibilidades de ampliação. Ao tratar como iguais situações distintas, os autores

demonstram não ter claramente delimitado o fenômeno nem suficientemente desenvolvido o conceito.

As críticas também dizem respeito ao caráter sinônimo das expressões "judicialização da política" e "expansão global do poder judicial", o que também não foi devidamente esclarecido por Tate e Vallinder, pois é possível pensá-las como momentos distintos de um mesmo processo e que, portanto, contemplam condicionantes distintas.

Frente a tantas dúvidas, a literatura busca o sentido da "judicialização da política" por meio dos termos que a formam. "Judicialização" evoca mais o ingresso em juízo do que a adoção de procedimentos judiciais em outros campos e abre margem a ser compreendida tão somente como o aumento da litigância, mas parece efetivamente indicar um tipo particular de acionamento, aquele relativo a questões políticas de ampla repercussão e interesse social, de modo a enfatizar a maior participação do judiciário nas decisões a ela relativas do que a mera ampliação das ações judiciais.

Contudo, é o termo "política" quem se mostra mais problemático, pois Tate e Vallinder não conseguem especificar de que modo ele deve ser compreendido. Diversas passagens levam a crer que por "judicialização da política" eles se referem ao controle jurisdicional da constitucionalidade. Nesse caso, o fenômeno descrito não é novo, pois ele teria apenas se intensificado em decorrência da expansão do modelo estadunidense de *judicial review* a outros países do globo. Sob este ponto de vista, e como tal, ele também não é novo, pois já havia sido identificado e analisado muito antes de ter sido batizado como "judicialização da política", dado o caráter intimamente e inevitavelmente político do *judicial review*.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. “Judicialização da política”: arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Se a expressão for considerada como um conceito, um princípio analítico com capacidade explicativa em relação às interfaces entre Direito e Política, o seu valor heurístico é limitado, pois ela não fornece os elementos necessário para lançar luzes sobre como se estabelece a dinâmica da relação judiciário-política, bem como do poder judicial com os demais poderes, e muito menos sobre os impactos que traz ao Estado e às relações sociais.

Desse modo, parece que ela se sustenta como uma denominação trepidante e com alto poder de sedução pela aura de novidade que suscita em relação a questões já bastante conhecidas, haja vista a rápida e ampla difusão alcançada. Igualmente, torna-se uma expressão que se refere a um fenômeno – a intensificação global do poder judicial, especialmente por causa da propagação do *judicial review* – e que não se afirma como ferramenta conceitual capaz de lançar luzes e propiciar novos elementos para a compreensão de determinados fenômenos ou interfaces entre Direito e Política. Isto é, trata-se de uma expressão descritiva, mas não analítica.

Por fim, cabe enfatizar que, quando Tate e Vallinder criticam a postura engajada do juiz que se dispõe a intervir em “questões políticas” ao ser demandado – condições imprescindível para a “judicialização da política” –, eles desvelam outra característica que também a limita em sua capacidade explicativa: a visão formalista e positivista acerca do papel do judiciário, de raiz liberal e que “denuncia” a nova situação global como indesejável e perigosa.

Referências das fontes citadas

ACERVO FOLHA. **Pesquisa “Judicialização da política”**. 2016. Disponível em:

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

<<http://acervo.folha.uol.com.br/resultados/?q=%22judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+pol%C3%ADtica&site=&periodo=acervo&x=15&y=7>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 205-223.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n.15, set.-dez. 2014, p. 69-94.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.263, maio-ago. 2013, p. 175-220.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRAUNER, Arcênio. O Ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 597-624.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, nov. 2004, p. 115-126.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CUNHA, Jânio Pereira. **Jurisdição constitucional e Supremo Tribunal Federal: a judicialização da política no Brasil à luz da teoria moderna da democracia**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2014.

DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.252, 2009, p. 25-43.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ; FAPERJ, 2002, p. 43-61.

EPP, Charles. **The Rights revolution: lawyers, activists and the Supreme Court in comparative perspective**. Chicago: Chicago University Press, 1998.

FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 63-96.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Ferraz. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n.21, 1994, p. 12-21.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de promessas**. Lisboa, Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Tendências da juridicização. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n.2, 1987, p. 185-204.

HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew. Doing courts justice? Studying judicial politics in Latin American. **Perspectives on politics**, v.6, n.4, dec. 2008, p. 741-767.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). **O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n.57, 2002, p. 113-133.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos**, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOTTA, Luiz Eduardo. A Justiça estatal: a reconstituição da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro pós-1988. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 266-298.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativos. **Novos Estudos**, São Paulo, n.91, nov. 2011, p. 5-20.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO, Ernani. Judicialização da Política: um tema em aberto. **Política Hoje**, Recife, n.15, 2006, p. 111-128.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 73-113.

SCHMITT, Carl; KELSEN, Hans. **La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: "El Defensor de la Constitución" versus "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?"**. Madrid: Tecnos, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. **Controle de Constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos poderes**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 27-38.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. "Judicialização da política": arqueologia de um conceito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global expansion of judicial power: the judicialization of judicial power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 1-10.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 515-528.

TAYLOR Matthew M.; DA ROS L. Os Partidos dentro e fora do Poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, v.51, n.4, 2008, p. 825-864.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano, 2001.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A Doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal - STF**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 13-26.

VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, jul.-dez. 2008, p. 389-406.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, jul.-dez. 2008, p. 407-440.

VERONESE, Alexandre. A Judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos**, Rio de Janeiro, n.2, 2009, p. 249-281.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Recebido em: Fevereiro de 2016.

Aprovado em: Junho de 2016.