

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA
JURÍDICAS**

ALEXANDRE VERONESE

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

VERONICA TEIXEIRA MARQUES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

S678

Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Alexandre Veronese, José Fernando Vidal De Souza, Veronica Teixeira Marques – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-065-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sociologia. 3. Antropologia. 4. Cultura jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

Apresentação GT de SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURAS JURÍDICAS

Com vinte e nove artigos, o Grupo de Trabalho Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas proporcionou ricos debates e interlocuções entre os presentes no GT, autores e ouvintes que identificaram na proposta do Grupo, o campo adequado para interdisciplinaridade, usos de métodos e abordagens que vão além das pesquisas teóricas e jurisprudenciais, mais comuns em outros grupos de trabalho do CONPEDI.

Em especial os autores que apresentaram seus artigos representaram as mais diferentes instituições e regiões do Brasil, proporcionando discussões entre alunos, egressos e docentes de Mestrados e Doutorados de instituições como: Centro Universitário do Pará, Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Rio Grande, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Universidade Federal do Oeste do Pará, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Centro Universitário La Salle, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Universidade de Brasília, Fundação Machado de Assis, Universidade Federal Fluminense, Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Centro Universitário Volta Redonda, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal do Espírito Santo, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Campo Grande, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, assim como da anfitriã, Universidade Federal de Sergipe.

A maioria dos trabalhos do GT se concentrou em cinco eixos de debates, estruturados em pesquisas metodologicamente subsidiadas por diferentes instrumentos, abordagens e análises, caracterizando as perspectivas jurídicas, antropológicas e sociológicas esperadas no GT. Num primeiro eixo, que inclusive demandou uma solicitação de registro para que haja um grupo de trabalho específico, tendo em vista o crescente número de textos nos mais diversos GTs dos últimos CONPEDIs, se delinearão os trabalhos com enfoque em questões de Gênero.

Com o trabalho A subordinação da esfera social à fiscal: uma análise sócio jurídica a partir da teoria da dominação masculina de Pierre Bourdieu, Thiago Augusto Galeão de Azevedo

tratou da relação subordinativa entre a esfera social e fiscal do Estado Democrático e Social Fiscal, decorrente da esgotabilidade dos recursos públicos, identificando-a como um reflexo constituinte da estrutura de dominação reproduzida pelo Estado, à luz dos preceitos teóricos da dominação masculina de Pierre Bourdieu. Já Clarice Gonçalves Pires Marques apresentou o artigo intitulado O papel da ciência jurídica na subalternização da feminilidade: problematizações e desconstruções necessárias para a igualdade de gênero que se debruçou sobre as identidades femininas enquanto produção cultural e sobre como a ciência jurídica contribui para a subalternização das identidades femininas.

No texto Destrinchado por um artigo clássico sobre gênero. Gênero: Uma categoria útil de análise histórica (Joan Scott) os autores Pablo Henrique Silva dos Santos e Paula Pinhal de Carlos se debruçaram sobre o clássico texto de Joan Scott, identificando a importância da autora sobre os estudos sobre gênero e sua influência nos estudos brasileiros sobre a temática. Com um recorte dentro das discussões sobre gênero, a categoria trans foi tratada em dois artigos. No primeiro, intitulado O (re)conhecimento trans, os autores Renato Duro Dias e Amanda Netto Brum analisam o reconhecimento e a experiência da (des)construção dos discursos naturalizantes das identidades de gênero e sexual trans com base em estudos culturais. Já Paulo Adroir Magalhães Martins e Ana Paula Cacenote, no artigo intitulado A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional, ao utilizarem o método sócio-analítico e a abordagem dedutiva, discutem a necessidade de uma integridade legislativa no ordenamento jurídico brasileiro para a criação de uma lei que busque assegurar o devido reconhecimento às identidades transexuais.

Com uma pesquisa de campo de fôlego, o artigo Pobreza, cachorrada e cachaçada: representações de policiais sobre a violência contra a mulher, dos autores Júlio Cesar Pompeu e Rafael Ambrósio Gava, se sustenta em um estudo etnográfico nas Delegacias de Atendimento à Mulher da Grande Vitória para analisar a dinâmica de funcionamento desses órgãos e descobrir se a compreensão dessa dinâmica pode ajudar a explicar o porquê de o Espírito Santo ter índices tão altos de violência contra a mulher. Os autores chamam a atenção sobre como a representação social dos policiais estigmatiza as vítimas e, aliado a outros fatores, dificulta o combate adequado dessas infrações penais, encontrando nessa variável um dos possíveis fatores que explicam os altos índices capixabas de violência contra a mulher.

Outro instigante trabalho se referiu à Justiça de gênero e direitos humanos das mulheres: percepções sobre feminismo em decisões dos Tribunais de Justiça do país de autoria de Fabiana Cristina Severi, que trouxe para discussão as dificuldades de acesso à justiça das

mulheres e de efetivação de seus direitos, a partir da análise de conteúdo de julgados, na tentativa de traçar a percepção dos Tribunais de Justiça sobre feminismo. Como último trabalho que versa sobre gênero, o artigo intitulado *Pode a subalterna negra falar na Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul?* de autoria de Tiago Resende Botelho teve como recorte temporal os anos de 1977 a 2014, período em que constatou a inexistência da mulher negra neste espaço legislativo por trinta e sete anos, o que o leva a questionar a legitimidade representativa da mulher negra na política.

O segundo eixo de trabalhos se constituiu em torno das discussões sobre trabalho e economia, com quatro artigos que refletem sobre imigração, exploração de mão de obra e crédito como reconhecimento. Numa pesquisa de campo com resultados que vão além dos discutidos no artigo, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, e Thais Janaina Wenczenovicz escrevem no texto *Imigrantes senegaleses, direitos humanos e trabalho: dimensões materiais e concepções acerca da integração no Brasil a respeito da integração desses imigrantes à sociedade brasileira*, chamando a atenção sobre como na região norte do Rio Grande do Sul o migrante senegalês experimenta a primeira forma de integração através da obtenção de emprego.

Já no artigo *Panoptismo digital: a terceirização das centrais de teleatividades*, Ailsa Costa de Oliveira faz uma análise acerca da terceirização, enfatizando dentro deste fenômeno, as atividades laborais executadas nos call centers. A autora identifica os call centers como empresas terceirizadas baseadas em um modelo de precarização do trabalho, caracterizado pelos controles a que são submetidos os teleoperadores pelos supervisores e por toda uma estrutura telemática, que se constituem pelo que chama de panoptismo tecnológico.

Marcelo Maduell Guimarães, na apresentação de seu texto *O contrato de trabalho e a sua insuperável marca exploratória: breves críticas ao modelo de desenvolvimento capitalista* parte de alguns questionamentos acerca do modelo de produção e desenvolvimento capitalistas na discussão sobre o contrato de trabalho, explorando seus significados na história e chamando a atenção sobre as poucas transformações até dias atuais, que ainda pressupõe exploração. Na busca por compreender as relações de consumo mediadas pelo crédito, bem como os aspectos jurídicos da atividade creditícia no Brasil, Anna Taddei Alves Pereira Pinto Berquó escreve o texto *O uso do crédito e reconhecimento social: aspectos jurídicos da atividade creditícia no Brasil onde explora a relação de cordialidade como categoria que permitiu o acesso ao crédito, uma vez que é uma das características históricas do comércio brasileiro tratar os negócios como relações pessoais*.

Um terceiro eixo de interlocução entre os trabalhos apresentados se deu em torno de discussões sobre a Sociologia Jurídica. Nesse sentido o trabalho intitulado *A relação entre a modernidade reflexiva e a sociedade do risco com a sociologia do direito* Rodrigo Marcellino da Costa Belo, discute a relação de singularidade interdisciplinar entre sociologia e direito que deu ensejo a formação da sociologia jurídica como campo que buscava estudar como tal relação influía na própria definição do Direito e de seus institutos. Já o artigo *Entre a academia e os tribunais: a construção social do direito constitucional brasileiro* de Carlos Victor Nascimento dos Santos e de Gabriel Borges da Silva busca ampliar as discussões acerca da produção do direito constitucional brasileiro partindo de quatro elementos: (i) a delimitação dos autores que se tornaram referências, (ii) a distância entre teorias e realidade social, (iii) a expansão dos programas de pós-graduação em Direito e o aumento da circulação de ideias que envolvam matérias constitucionais, além (iv) das relações entre professores/pesquisadores e juristas. Os autores analisam como esses quatro elementos são incorporados à discussão como movimentos capazes de influenciar a construção do direito constitucional brasileiro.

No texto *Velhas e novas perspectivas da Sociologia Jurídica no Brasil: flores ou espinhos?*, Cora Hisae Monteiro da Silva Hagino faz uma análise da história da Sociologia Jurídica no Brasil. A partir de uma abordagem histórica a autora discute a dificuldade de institucionalizar a sociologia jurídica nas faculdades de direito até transformar-se em disciplina obrigatória, partindo assim para uma análise sobre a influência dessa disciplina para entender a dinâmica do Direito na sociedade brasileira.

Por fim, nesse eixo, Enoque Feitosa Sobreira Filho e Lorena de Melo Freitas apresentam o artigo *Uma leitura realista do idealismo jurídico a partir das ideias de Gilberto Freyre*. Neste artigo analisam através de uma metodologia retórica, a crítica realista freyriana ao idealismo jurídico, apoiando-se na análise que Gilberto Freyre faz à cultura do bacharelismo no Brasil. Os autores apontam como Freyre ao estudar a formação acadêmica dos Bacharéis em Direito destaca a necessária vizinhança existente entre as Ciências Jurídicas, a Sociologia e Antropologia, que trabalham com fatos concretos, empíricos da realidade sócio jurídica.

O quarto eixo versa sobre estudos relativos à cultura que congregam quatro trabalhos que tratam da cultura como direito. O primeiro deles, intitulado *O direito ao idioma e a preservação cultural e linguística das minorias na comunidade dos países de língua portuguesa*, escrito por Pedro Bastos de Souza, se preocupa em discutir a importância da proteção cultural e linguística das minorias, em um cenário de globalização. Já o artigo *Por uma discussão a respeito das questões identitárias no âmbito dos direitos humanos*, de Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e de Márcia Letícia, discute sobre como o trânsito de povos e

culturas fragmentou as identidades fazendo com que estas se multiplicassem, se transformassem e fossem, aos poucos, se moldando a novos cenários, tornando necessária a reflexão a respeito das questões identitárias em Direitos Humanos. Os autores Noli Bernardo Hahn e Francis Rafael Mousquer, no trabalho *O interculturalismo como mecanismo emancipatório*, chamam a atenção sobre como uma estrutura de relacionamento receptiva e resiliente entre as culturas existentes no cenário geopolítico mundial absorvem as diferenças existentes entre culturas. Fechando o eixo sobre cultura como direito, o trabalho *Rinha de galo: uma expressão de cultura, uma atividade esportiva ou uma ofensa à constituição?* das autoras Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros e Letícia Albuquerque debate a respeito da possível colisão de direitos fundamentais a partir de uma análise da jurisprudência brasileira firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. As autoras buscam responder à seguinte pergunta: a rinha de galo pressupõe o enfrentamento de uma questão cultural, de uma atividade esportiva ou, efetivamente, de uma ofensa à Constituição?

O quinto eixo, possibilitado pelos trabalhos aprovados no GT, envolve discussões a respeito de questões indígenas que passam por discussões sobre territorialidade, relação constitucional e cultura indígena. De autoria de Julianne Melo dos Santos, o artigo *Territorialidade indígena e a demarcação de terras indígenas no Brasil: tensões, contradições e potencialidades* busca compreender as limitações e as potencialidades do reconhecimento estatal da sociodiversidade indígena no processo de demarcação territorial. Já o trabalho sobre *Os povos indígenas e o tratamento constitucional latino americano: uma análise acerca dos ordenamentos boliviano e equatoriano* de José Albenes Bezerra Júnior trata do direito comparado e da análise dos textos constitucionais da Bolívia e do Equador, ao analisar os novos tratamentos constitucionais dispensados aos povos indígenas em países da América Latina. O artigo intitulado *Pensão por morte e poligamia indígena: redistribuição ou reconhecimento?*, das autoras Ana Catarina Zema de Resende e Fabiola Souza Araujo, apresenta uma análise da decisão judicial paradigmática que concedeu, pela primeira vez, uma pensão por morte em caso de poligamia de povos indígenas. As autoras indicam que apesar da determinação de distribuição de uma pensão por morte entre as viúvas e os filhos do segurado falecido mostrar avanço quanto ao reconhecimento da organização social própria dos povos indígenas, acaba por reduzir a avaliação da situação a uma mera questão de distribuição, negando um reconhecimento jurídico pleno da diversidade cultural. No texto *A Regularização das Terras Indígenas e os Dados do Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil* os autores Giselda Siqueira da Silva Schneider e Francisco Quintanilha Veras Neto discutem a questão da demarcação de terras e a necessidade de políticas públicas de investimento econômico para programas de promoção dos direitos de tais populações em suas aldeias.

Também abrilhantaram as discussões do GT Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas, outros cinco artigos que versaram sobre teoria marxiana, direito à memória, educação em direitos, justiça restaurativa e ativismo judicial. No artigo Teoria marxiana e racismo: possibilidades na busca de um Direito instrumento de transformação, Franciele Pereira do Nascimento provoca a reflexão acerca da relação existente entre teoria marxiana e racismo, indicando que apesar de não ser suficiente para suprir todas as demandas advindas dos conflitos étnicos-raciais, a teoria marxiana é fundamental para entender o capitalismo atual e os reflexos do racismo neste sistema econômico. Com o trabalho O Grupo Tortura Nunca Mais e seus sentidos de fazer justiça Igor Alves Pinto parte da categoria sensibilidade jurídica colocada por Clifford Geertz e de uma pesquisa de campo com observação participante, de forma que através de um trabalho com inspiração etnográfica busca compreender como se produz e quais são os sentidos de justiça que o Grupo Tortura Nunca Mais quer ver representada pelo Estado. Os autores Diego de Oliveira Silva e Lutiana Valadares Fernandes Barbosa, no trabalho Biopoder, educação, resistência e libertação: a função da defensoria pública de educar em direitos como forma de resistência e de libertação da opressão, tecem reflexões sobre a função institucional da Defensoria Pública de educar em direitos como forma de possibilitar à população hipossuficiente a compreensão da dinâmica do biopoder e seus microssistemas, numa perspectiva de cumprir sua função institucional. Já no artigo intitulado Abordagem sociológica da justiça restaurativa Christiane de Holanda Camilo apresenta uma análise sociológica sobre os principais elementos fundantes da Justiça Restaurativa, apresentando-a como uma reinvenção contemporânea e aprimorada das formas de resolutividade de controvérsias comunitárias que visam o estabelecimento de estratégias integrativas e humanizadas que têm como propósito construir sistemas de justiça que possam ser implementadas, tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto em comunidades que viabilizem a integridade de vítima e de ofensor, caracterizando a manutenção inclusiva do ofensor na reparação da ofensa assim como a reparação da ofensa em si.

O Grupo de Trabalho Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas encerra seus artigos com o texto A democratização do judiciário como resposta ao ativismo judicial: ideias iniciais, de autoria de Vitor Costa Oliveira, que busca saber se há, em que grau, e de que forma, um elemento volitivo ligado ao ativismo judicial. Essas e outras perguntas e suas possíveis respostas é o que desejamos que os leitores mais atentos encontrem, para dialogar, criticar, interagir e refletir.

Ótima Leitura!

José Fernando Vidal de Souza - Uninove

Verônica Teixeira Marques Unit e ITP

Alexandre Veronese UnB

Coordenadores do GT Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas

A DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL: IDEIAS INICIAIS

DEMOCRACY INTO JUDICIARY AS SOLUTION TO SOLVE THE ISSUES AROUND JUDICIAL ACTIVISM.

Vitor Costa Oliveira

Resumo

As atenções da ciência política e da sociologia jurídica tem se voltado, em tempos recentes, para o engrandecimento do poder judiciário na arquitetura da organização dos poderes. Antes fechado em si em razão do dogma da neutralidade, mas também pela estrutura desejada pelo estado liberal, hoje os temas debatidos no judiciário, assim como o conteúdo das suas manifestações, acendem o interesse da sociedade, da imprensa e da área acadêmica, que repercutem cada qual a seu método os motivos e consequência do chamado ativismo judicial . O presente trabalho pretende reunir alguns pontos de vista teóricos que vão analisar os fenômenos que levaram a este destaque acentuado da atividade judicante, procurando respostas no campo estrutural da reorganização das funções do estado trazida pelo estado de bem-estar social, assim como nos elementos relativos à própria composição do campo jurídico, buscando aí saber se há, em que grau, e de que forma, um elemento volitivo ligado ao ativismo judicial. Posta a questão, cuida-se apresentar propostas para ampliar o cânone democrático no judiciário, a partir da regulamentação da inclusão da participação da sociedade civil nas instancias decisórias

Palavras-chave: Ciência política, Poder judiciário, Organização dos poderes, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The attention of political science and sociology of law has focused in recent times, on the aggrandizement of judicial power in the architecture of the organization of state powers. Before closed in on itself due to the dogma of neutrality, but also by the structure desired by the liberal state, today the issues discussed in the judiciary, and the contents of its manifestations, kindle the interest of society, the press and academia, which reflect - each in their methods - the reasons and consequences of so-called "judicial activism". This work intends to gather some theoretical points of view that will analyze the phenomena that led to this sharp prominence of judicial activity, looking for answers in the field of structural reorganization of the functions of the state brought by the welfare state, as well as the details of the actual composition of the judiciary field, seeking to know if there is, to what degree, and how, a volitional element connected to the judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key-words: political science, Judiciary power, Separation of powers; judicial activism.

INTRODUÇÃO

Em meados de março de 2014, populares seguiam às ruas da antiga São Cristóvão, interior de Sergipe, para protestar contra a falta de água que há algumas semanas já desafiava os direitos básicos daqueles cidadãos, colocando a culpa na omissão da prefeitura, já que ocupante do cargo, mesmo dentro daquela situação, sequer costumava ir à cidade. Um dos manifestantes, questionado retoricamente pelo repórter da rádio sobre as motivações do protesto, explicou da seguinte forma: estamos aqui por ninguém toma conta da cidade, a cidade não tem autoridade. Por que, veja, na minha opinião, uma cidade tem três autoridades: a primeira é o juiz, a segunda o promotor, e a terceira a prefeitura. E a prefeitura daqui não existe, não tem autoridade”.

A breve exposição opinativa do transeunte ganha curiosidade mais acentuada quando se sabe que tal forma de ver o sistema decisório de uma comunidade é exposta num momento em que a academia discute o chamado ativismo judicial, ou politização da justiça, a tentar descrever um momento no qual o Poder Judiciário ganha proeminência na engenharia política estatal, carregando para si decisões e pautas antes vinculadas ao Legislativo e ao Executivo.

Com efeito, já é comum a essa altura a impressão de que o comportamento dos juristas em geral e tribunais em particular mudou: passou a ser mais criativo, inovador, mais apto a tomar decisões que tivessem como preocupações as suas repercussões práticas, isto através de argumentos e técnicas jurídicas antes tidos como vinculadas apenas a escolas marginalizadas do direito (como a escola do direito livre, ou o mais recente movimento do direito alternativo). Seus representantes, talvez, estariam deixando esmorecer em si o paradigma da neutralidade, *pedigree* fundamental para a caracterização do positivismo jurídico, clássico formador da cultura jurídica brasileira¹. Além disso, as matérias extremamente controversas sob o ponto de vista social, que carregam debates sobre valores morais, princípios de justiça e comunidade, passam a ser decididos com muito mais frequência nos tribunais do que nos parlamentos.

¹ Para a compreensão da “cultura jurídica brasileira” e sua forte ligação com o positivismo jurídico, cf. Maria Del Carmen Cortizo. *A cultura da justiça: cultura jurídica e administração de justiça*. Campinas, SP: [s.n.], 2000

A tomar como exemplo o Supremo Tribunal Federal, algumas decisões nos últimos anos chamaram a atenção de estudiosos, sejam eles juristas, cientistas políticos ou filósofos e diversos setores da sociedade civil. Pode-se citar como destaques os julgamentos sobre fidelidade partidária (Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604), nepotismo (ADC 12), cotas raciais (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e o Recurso Extraordinário 597285), aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54) e dos efeitos jurídicos da união homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132).²

Embora seja útil e há alguns anos a academia se presta a descrever o ativismo judicial (ou politização da justiça, ou judicialização da política – vamos tratar destas nomenclaturas adiante), procurando as suas origens e consequências positivas e negativas e modos como se manifesta, a nós parece interessante no momento avançar nessa discussão e passar a enxergá-lo como uma realidade posta, e a partir disso, observar as formas enquadrá-lo dentro de um viés democrático. É dizer: a politização da justiça é um dado. Agora, o que fazer para que esta politização não se torne a tirania que tantos, não sem razão, temem?

Ou seja, já que os tribunais tornaram-se de fato os locais de decisão de boa parte dos grandes temas que interferem na vida social, pensemos em saídas para que as decisões sejam tomadas de forma democrática, no sentido de que elas devem ser fruto de ampla representatividade social e debate. O termo “democratização do judiciário” nunca foi tomado através desse enfoque, e sim como acesso do povo ao serviço judicante ou a uma mais justa correlação de forças dentro da administração daquele poder.

Propõe-se que passe a descrever, agora, também a necessidade de participação e fiscalização das decisões dos tribunais pela sociedade civil organizada e seus representantes, e

² Pelo viés da ciência política, a questão mais clara parece ser o fato em si do julgamento de questões dessa estirpe distante das cadeiras do Congresso Nacional. Mais do que isso, até. Os debates sobre fetos anencéfalos, por exemplo, movimentaram debates ferrenhos em toda a sociedade, mobilizando diversas associações, entidades religiosas, sindicatos, partidos, a academia e a imprensa durante muitos anos. Dizem respeito, nessa roupagem, a questões de justiça e liberdade, pautas tão antigas quanto a vida em sociedade. O cenário do desfile de opiniões, contudo, não se deu no parlamento, que deveria ser o espelho da representatividade das forças sociais, mas no judiciário, leitor agora dos valores já (pretensamente) resolvidos pelo poder constituinte originário.

Evidentemente, além disso, passa a chamar a atenção o conteúdo das decisões tomadas pelos ministros. Por exemplo, a Constituição não pronuncia uma só palavra acerca de punições para troca de partido, quiçá perda de mandato nestes casos, e também sobre a proibição do nepotismo. Os votos dos ministros foram embasados em princípios e interpretações sistemáticas da constituição calcadas em regras práticas tais como o fato de haver políticos que se elegem com poucos votos, por conta do sistema proporcional adotado pela Constituição, no primeiro caso, do princípio republicano, da moralidade e eficiência administrativa, no segundo.

os mecanismos através dos quais isso poderá ser realizado sem que se retire a liberdade judicante. Cuida-se, portanto, da necessidade de se pensar o aprimoramento dos meios já existentes e criar outras formas através das quais a representatividade democrática tenha vez nesse novo local de decisões coletivas, mormente através mudanças de cunho processual, como alargamento da legitimação, impulso às ações coletivas, além de outras adiante tratadas.

O presente trabalho, portanto, procura desenvolver uma ideias iniciais sobre a democracia no judiciário dentro da realidade do ativismo judicial, tomando como esta democracia, aqui, a possibilidade procedimental de abertura do diálogo social para a construção de decisões relevantes tomadas nos tribunais.

Em um primeiro momento, não fugirá daquele debate que, como antes foi dito, pretende avançar, ou seja, das causas apontadas como relevantes para uma recolocação do poder judiciário dentro dos papéis do estado moderno, assim como os elementos discursivos e sociológicos que ajudam a visualizar a mudança de concepção do papel dos agentes do campo jurídico e, assim, contribuir para a compreensão do fenômeno acima descrito, a politização da justiça ou, como mais comumente chamado, o ativismo judicial.

A primeira parte do texto procura traçar um desenho do campo jurídico abordando o quadro estrutural em que o Poder Judiciário hoje se insere, sendo considerado como poder proeminente na estrutura estatal. Procurou-se desenvolver, portanto, as possíveis razões pelas quais o poder judiciário largou sua função inerte do começo do século e destaca-se hoje como relevante para a decisão dos rumos da comunidade política. O efeito mais claro da mudança nas relações entre os poderes, que sufragaram uma posição de frente à judicatura chama-se judicialização da política.

Após esta exposição que inevitavelmente abarca discussões acerca de teoria política, o segundo tópico busca debater a dinâmica dos agentes do campo jurídico diante desse papel protagonista do judiciário então colocado. É levada a cabo uma descrição desse campo, com suas disputas e principais agentes opositores, apresentando os instrumentos pelos quais cada grupo procura legitimar o seu discurso. Consideradas pesquisas sobre o tema, trilharemos o caminho do tópico no intuito de fundamentar a discussão sobre a existência de uma politização da justiça ou ativismo judicial.

Balizas postas, passaremos a debater a possibilidade da criação de meios democratização do poder judiciário, tendo sempre em mente que a força do princípio democrático e da legitimidade social devem ser tão intensos quanto a abrangência e importância das suas decisões.

1. ANÁLISE DO CAMPO JURÍDICO – ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

1.1 Judicialização da política e Judicialização dos conflitos sociais – o aspecto estrutural da mudança do judiciário.

Fala-se em judicialização da política para tentar descrever o fenômeno da transposição de pautas antes exclusivas do domínio da política para o judiciário. É, portanto, um sinal de protagonismo ou expansão do poder judiciário, que passa a ser visto, pela importância das novas demandas que tem competência para julgar, como o “terceiro gigante”, no dizer do jurista italiano Mauro Cappelletti (1999).

Daí, pergunta-se: qual seria a explicação deste perceptível declínio da atuação legisladora no seio da dinâmica relação da divisão de poderes? Que se passou para que a clássica “vontade geral” expressa pela maioria nos parlamentos, antes impoluta, não convença como alhures, dando lugar a um protagonismo do poder judiciário como *locus* de maior representatividade da defesa de direitos e demandas sociais? As análises que apresentam tais diagnósticos vêm propondo o acúmulo de alguns fenômenos que, embora possivelmente interligados, podem ser discutidos através de três eixos argumentativos, a seguir expostos.

a) O advento do welfare state.

Em *Direito e democracia*, Jürgen Habermas propõe que o “deslocamento de pesos entre parlamentos e tribunais constitucionais” seja resultado da decadência do paradigma político e jurídico em que se assentava o Estado liberal de direito, e a conseqüente ascensão do Estado social (1997:304).

O “esquema liberal de divisão de poderes”, como o diz Habermas, remete a uma situação de abstenção do aparelho, na qual uma sociedade livre do Estado, busca sua felicidade de forma autônoma e privada (1997:304), a economia é autorregulada e a autonomia, simbolizada no sacrossanto instituto do contrato, garante a previsibilidade. Resultado das agruras burguesas, o direito constitucional é resumido à compreensão dos direitos fundamentais como direitos de defesa, uma vez que eles fundamentam apenas pretensões dos cidadãos contra o Estado (1997:305), ou seja, exigem que o poder público apenas garanta a propriedade particular, a autonomia contratual e seu fiel cumprimento.

Werneck Vianna (1999: 1) sugere que o início da mudança do relacionamento entre Estado e sociedade civil, que iria exigir do primeiro uma participação mais ativa na organização interna do segundo, teria a emergência de novos detentores de direitos, especialmente o movimento operário, em meados do século retrasado, que deu fim à rigorosa separação entre Estado e sociedade civil, nos termos da óptica liberal da liberdade negativa.

A inserção de regras trabalhistas cogentes, que limitavam a liberdade de contratar e, portanto, colocaria um óbice à autonomia da vontade, dogma liberal, seria assim uma primeira etapa da inserção do Estado na regulação dos conflitos sociais. Esta intrusão passa a ser mais evidente tanto quanto solicitada, à medida que a complexidade social e a existência de novas demandas – que não diziam respeito apenas aos tradicionais aspectos de redistribuição, mais ligados aos sindicatos –, passam a estar presentes. Em um primeiro momento percebe-se a inserção cada vez mais freqüente do debate sobre o papel do Estado na economia, motivada, na segunda metade do século, pelo keynesianismo; a questão da igualdade toma corpo nas exigências do dever de o Estado garantir o bem-estar e segurança das pessoas, provendo sistemas de saúde, educação e de previdência para todos, daí surgindo de fato a engenharia do *Welfare State*; mais recentemente, os programas de reconhecimento como forma de justiça, como por exemplo as cotas sociais ou raciais e políticas de gênero, através da força de cada um dos seus movimentos, fazem por fim modificar completamente o tipo de comportamento do Estado no que diz respeito às relações sociais, passando de um espectador, esfera liberal, a um agente atuante no Estado social³.

³ Para um panorama das teorias de justiça que contribuíram na construção do aporte teórico e das práticas dos movimentos sociais e ações estatais, conferir FRASER, Nancy “**Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation**”. In: HONNETH, Nancy Fraser and Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. London: Verso, 2000; HONNETH, Axel **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003; DOWRKIN,

O advento histórico do modelo social provoca uma inevitável reviravolta na divisão das funções estatais. Para Habermas, a diferença fundamental entre os dois modelos – liberal e social – está em que, enquanto o anterior, como já dito, limita-se a declarar “os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado” (1997:325), o modelo social passa a “entender a constituição como uma ordem jurídica política e global, que não garante apenas proteção jurídica individual abrangente, como também o bem-estar social e a segurança dos seus cidadãos” (1997:304).

A reviravolta a que se refere Habermas, portanto, significa que para uma extensa gama de situações, a arena de discussão da efetivação de políticas públicas ou direitos de uma forma geral, migrou do parlamento – clássico cenário de representação e decisão pela maioria – para o judiciário, mobilizado agora, “para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre a sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia” (1997:304).

b) A mudança da linguagem do direito

Este aspecto estrutural traz uma consequência relevante para aquilo que foi descrito como a utilização de pautas programáticas, trazidas do executivo para o judiciário, e é o segundo trecho da linha argumentativa aqui trazida: no momento em que, como dito, a política passa a utilizar a linguagem do direito, isto é feito de forma a atribuir à legislação tarefas programáticas e de intensa regulação social. O constitucionalismo moderno passa a albergar valores positivados no seu texto, o que contribui para que aplicação da norma jurídica, agora mais vaga e imprecisa, seja cada vez menos passível de ser pensada a partir dos rígidos modelos positivistas de sistematização e uso do direito. Na esteira de Mauro Cappelletti (1999:42) pode-se dizer que

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais [...] nessas novas áreas

Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997; SANDEL, Michael J.. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

Assim, o protagonismo do poder judiciário se dá não apenas pelo fato de ele vir a ser chamado para decidir um grande número de importantes controvérsias as quais não estava habituado num cenário anterior, mas também em razão da forma pela qual ele deve se manifestar. Comunicando-se necessariamente com teor de criatividade mais acentuado e se envolvendo com questões e argumentos diretamente ligados à justiça e ponderação de valores, isso faz contribuir sobremaneira para o seu aumento de visibilidade, indicada, por exemplo, pelo crescente interesse da mídia e da opinião pública no seu trabalho. A questão, ligada à hermenêutica jurídica, será tratada mais adiante, quando da análise da disputa pelo discurso no campo jurídico.

c) a judicialização dos conflitos sociais

O terceiro eixo no qual se apoiam as tentativas de diagnosticar a proeminência do poder judiciário percebida desde pelo menos a metade da segunda parte do século XX diz respeito à perda de encanto com as democracias representativas, simbolizada na crise dos parlamentos, e à perda de espaço dos tradicionais canais de ligação entre a sociedade e o Estado, os partidos políticos, que disputam o papel de mobilização social com outras organizações sociais, cujas demandas podem se vincular a defesa de direitos transindividuais, como também podem ser individualizadas em relação aos interesses específicos dos seus grupos, mas que em todo caso, passaram a encontrar mais no judiciário e não apenas política possibilidade de acesso às instâncias decisórias do Estado que ouçam e acatem os seus reclamos. Como adverte Bernardo SORJ (2006:110), a dificuldade dos partidos políticos de transformar-se em articuladores dos novos sujeitos sociais decorre da não absorção de novas pautas pelas agremiações partidárias. Identidades coletivas (religiosas, étnicas) que se colocam à margem dos ideais republicanos, e que dizem respeito mais à democracia material do que formal, demoraram muito para serem absorvidas e encontraram caminhos de organização longe da política tradicional.

A desvinculação daqueles canais tradicionais de debate público, portanto, facilita o enfraquecimento da visão da política como único meio hábil a solucionar os problemas sociais.

Por outro lado, agenda política tendo sido traduzida em termos jurídicos, como dito atrás, abre a possibilidade de que grupos que, em regra, não teriam acesso aos seus representantes no parlamento, invoquem uma disputa política judicializada.

Nesse sentido, e também por outras razões sustentadas por alguns autores como Cappelletti, é que se pode dizer que “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas (1999:25).

1.2 Os agentes e a disputa no campo jurídico: caminhos para a politização da justiça.

As modificações experimentadas no papel do judiciário não podem ter suas explicações centradas apenas nos relevantes dados estruturais que têm relação com o crescimento da ideia de estado social e regulação econômica. Para explicar estes fenômenos, adotamos no tópico anterior a ideia de judicialização da política. Contudo, o complemento necessário para compreender o Judiciário nos dias de hoje está na noção de *politização da justiça*, que remete necessariamente ao chamado *ativismo judicial*. Trata-se, aqui, do elemento volitivo, a ação social⁴ dos agentes do campo jurídico.

Marcando a assimetria entre ambos, pode-se dizer que, sendo o resultado final dos dois uma maior participação do judiciário, no primeiro caso – a “judicialização” – isto decorre não de uma opção dos tribunais, mas de uma competência que lhes foi outorgada, dos fatores estruturais acima abordados, enquanto que no segundo, trata-se de uma opção ideológica de advogados, promotores, magistrados (estes sempre mais visados), que procuram concretizar princípios de justiça contidos fora da letra das leis como também interpretar a Constituição de forma que suas normas sejam plenamente efetivas, a partir da ideia de que seu texto contempla um projeto social de longo prazo, o qual cabe aos juízes efetivá-lo⁵.

⁴ O termo “ação social” aqui é utilizado na linguagem weberiana, como objeto do estudo da sociologia.

⁵ Luis Roberto Barroso afirma que o outro lado da moeda do ativismo judicial seria a auto-contenção judicial. Nesse último caso, segundo ele, algumas características despontam, e os juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO;2009)

Como trabalho científico, o ativismo judicial não deve simplesmente ser colocado como fato público e notório, ou algo do tipo: deve-se procurar seu diagnóstico, seus indicadores, seus indícios. Teresa Sadek (2006), em pesquisa feita com magistrados, busca a visão destes acerca dos usos do direito. Numa das questões do estudo, foi indagado aos entrevistados se as decisões judiciais deveriam orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas consequências econômicas, ou ter compromisso com as consequências sociais. Reproduz-se duas tabelas de respostas, referentes análise do mesmo grupo tomado em duas subdivisões.

Orientação preponderante de decisões judiciais, por situação funcional, em percentuais de concordância			
	Ativa	Aposentado	Total
Parâmetros Legais	87,1	84,9	86,5
Compromisso com as consequências econômicas	40,5	25,4	36,5
Compromisso com as consequências sociais	83,8	64,1	78,5

(SADEK, 2006)

Orientação preponderante de decisões judiciais, por tempo na magistratura, em percentuais de concordância				
	Até 5 anos	6 a 10 anos	11 a 20 anos	21 anos e +
Parâmetros Legais	88,6	89,0	86,1	85,0
Compromisso com as consequências econômicas	48,1	42,0	37,4	27,2
Compromisso com as consequências sociais	90,2	85,9	81,9	64,9

(SADEK, 2006)

Sugere-se algumas conclusões do resultado destas pesquisas. Uma é que, como se pode notar, pode-se atribuir uma tendência mais presente em rejeitar os postulados que indiquem a falta de neutralidade (criatividade; extensão dos direitos sociais; consequências sociais da decisão) aos magistrados que ocupam mais tempo na carreira. Considerada ainda a informação de que as magistradas mulheres, recém-chegadas à magistratura tendem a adotar este indicador de postura de forma mais acentuada que os homens (88,0% *versus* 75,7%, segundo a pesquisa), percebe-se que vem ocorrendo uma mudança de percepção motivada talvez pela mudança de composição no campo, que ressalta a maior pluralização na magistratura, com ingresso de novos atores pertencentes a classes sociais e grupos familiares diversos daqueles tradicionais, através do concurso público.

Questão de relevância é notar o aparente paradoxo existente no resultado que apresenta a similitude percentual entre o compromisso com as consequências sociais da decisão e compromisso com os parâmetros legais, mesmo naqueles grupos que mais se apegam ao primeiro ponto (respectivamente, 83,8% e 87,1% na primeira tabela; e 90,2% e 88,6% na segunda). Ou seja, como pode o mesmo magistrado apontar que tem como compromisso com os parâmetros legais e com os compromissos sociais da decisão ao mesmo tempo?

A resposta para encontrar uma coerência nesses dois fatores reside na evolução doutrina jurídica, justamente o instrumento dos agentes pela apropriação do discurso jurídico, notadamente do pós(neo)-positivismo e, especificamente, neoconstitucionalismo. Não há plena necessidade de se colocar em oposição os elementos de respeito aos parâmetros legais e respeito às consequências sociais das decisões – e assim se explica o aparente paradoxo do questionário. É que, foram os próprios parâmetros legais que se elasteceram. O agente do direito não precisa atravessar um sentido unívoco da lei para dar-lhe uma interpretação que lhe afague a consciência quanto às consequências do seu labor. Os elementos de ética e de justiça, dentro de algumas balizas que a doutrina vem tentando construir, podem ser invocados a partir das próprias cláusulas gerais e princípios observados nas principalmente nas constituições mas também nas leis como um todo.

Nesta primeira parte do texto, como antes avisado, procuramos oferecer uma contribuição sucinta ao diagnóstico do ativismo judicial. Entretanto, deve-se ir mais além, para debater de que forma este ativismo judicial presente possa se enquadrar nos princípios do estado democrático, evitando-se as razoáveis advertências daqueles que vêm o desenvolvimento de uma tirania judiciária no quadrante atual.

2 O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA NUMA SITUAÇÃO JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

Os mecanismos de participação popular devem estar presentes onde quer que locais de decisões públicas relevantes se encontrem. Conforme se procurou aqui demonstrar e, de

resto, tem sido objeto de pesquisas há alguns anos quanto ao fenômeno, diversas das mais relevantes questões da sociedade brasileira tem sido decididas pelo poder judiciário, e não mais, ou não tão-somente, pelo legislativo.

Neste passo, caso se tenha ciência da importância dos princípios democráticos e republicanos, é de concluir que os procedimentos participativos devem, também, estar presentes nas decisões do judiciário, sendo adaptados às suas realidades próprias.

Assim, como já foi defendido nas primeiras linhas, crê-se que o rumo das discussões deve deslocar-se do fenômeno do ativismo judicial, de todos já sabido, para as formas de equilíbrio democrático diante desta nova realidade posta. Diga-se, não se trata de resignação, mas pelo contrário, da premente necessidade de exploração de espaço de disputa, que tem sido perigosamente negligenciado.

É de ser dito, desde logo, que existem já ótimas práticas no judiciário que vão de encontro à expectativa por participação da sociedade nos debates públicos, a tomar como exemplo as já conhecidas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal para subsidiar julgamentos de grande vulto. Junto a esta, apresenta-se a seguir, algumas pautas para discussão do tema proposto.

a) Audiências Públicas

Não sem alguma razão, o referencial bibliográfico predileto para justificar teoricamente as audiências públicas que passaram a ser realizadas no Supremo Tribunal Federal há alguns anos foi o jurista alemão Peter Haberle, autor do livro sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Nele, o autor traz uma proposta hermenêutica que respeito como atores da vontade constitucional os diversos grupos representantes da sociedade. Assim fala o autor alemão:

No processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado como *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elenco da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou

constituente dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Entretanto, embora positiva que seja a proposta do referido jurista, a nós parece que a sua tese apenas lateralmente serviria como fundamento das audiências públicas. Isto porque não se tem nela a adoção de um procedimento democrático, com o qual, inclusive, seu conterrâneo Jürgen Habermas fortemente demonstra se preocupar na sua obra aqui já citada. As audiências públicas, o seu significado, importam mais à ciência política do que a hermenêutica. Trata-se de forma de participação política na construção de um resultado, e não apenas um subjetivo memorando na interpretação de uma norma.

A realização de audiências públicas é fundamentada em dispositivos legais, quais sejam, artigo §1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99, para ações direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, e o artigo §1º do art. 6º da Lei nº 9.882/99, para Ação de descumprimento de preceito fundamental.

De fato, embora se tenha custado para que se tivesse a iniciativa de invocar tais dispositivos – a primeira audiência pública deu-se em 2007 –, parece relevante número de audiências públicas que vêm sendo realizadas pelo STF. Até o momento elas trataram dos seguintes pontos: aborto de fetos anencéfalos; cotas raciais; células-tronco; obrigatoriedade e limites orçamentários do Estado para o pagamento de tratamentos médicos; direitos autorais; biografia não autorizadas; programa “mais médicos”; financiamentos de campanhas eleitorais; regime prisional; queimadas em canaviais; marco regulatório da TV por assinatura, uso do amianto; lei seca; importação de pneus usados; campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia; alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil; internação hospitalar com diferença de classe no SUS.

De resto, cabe utilizar como exemplo o referido instituto como fonte de inspiração para outras cortes. O STJ, em agosto de 2014, realizou sua primeira audiência pública, esta sobre sistemas de “scoring” do consumidor⁶. O TST, por sua vez, convocou audiência pública, em 2011, para debater elementos da terceirização⁷. É de se pensar, sem dúvidas, em

⁶ <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/08/stj-promove-audiencia-publica-para-debater-legalidade-dos-sistemas-de>

⁷ <http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao>. Acessado em 27/07/2014, às 21:40h.

quanto seria melhorado o debate no nível regional caso os Tribunais de Justiça adotassem a mesma fórmula.

Em todo o caso, tratando-se da necessidade imperiosa do aprimoramento de instrumentos democráticos no processo decisório do judiciário, os mecanismos não devem receber a característica da facultatividade, no sentido de dependerem a sua existência do espírito “haberliano” do tribunal. Devem eles apresentar critérios, tanto de oportunidade quanto de representatividade, a fim de que a pluralidade, tanto abordada, seja de fato tão colorida nos tribunais quanto o que parece ser defendido.

b) Legitimidade processual

Não há como propor uma maior participação da sociedade nos embates jurídicos de consequências coletivas sem que se tenha em mente uma ampliação das possibilidades processuais dos cidadãos.

O modo abstrato de constitucionalidade é convidado a responder por algumas das relevantes questões sociais que têm sido travadas no STF. Muito embora com a constituição atual se tenha notado um grande avanço quanto à abrangência para propor ação de direta de (in)constitucionalidade, já que no modelo anterior apenas o Procurador Geral da República detinha este poder, ainda um quadro tão tímido de privilegiados pode manusear as ditas ações constitucionais com vistas a discutir a validade de determinada norma jurídica em face do texto maior⁸. E, ainda, vale mencionar, o STF criou para alguns deles o critério de pertinência temática, que os cobra a prova de interesse jurídico direto no resultado da ação objetiva⁹

⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁹ Como lembra Dirley da Cunha Jr. (2008:333), “muito embora a constituição não faça qualquer distinção entre os legitimados para a propositura da Adin, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem restringido a legitimidade do governador do estado, da mesa da assembleia legislativa, da confederação sindical e das entidades de classe de âmbito nacional, para lhes exigir a chamada pertinência temática”.

Pensando através da lógica participativa que nos anima, viria a parecer salutar se houvesse uma ampliação da legitimidade posta no texto constitucional, para abarcar demais grupos representativos da sociedade. A lógica respira em tese que já foi mais acima ventilada, a de que as formas de representação social têm se deslocado dos tradicionais meios de concentração de interesses coletivos para novas formas de relacionamento em que figuram interesses tão fracionados quanto a realidade nos traz. Se os partidos e sindicatos constituíam-se em reflexos mais ou menos fiéis da dicotomia entre capital e trabalho que refletiu a base quase única de disputa de boa parte do século XX, as novas formas de enxergar o poder social, ligadas a identidade e cultura¹⁰ parecem não encontrar naqueles um canal adequado.

A legitimidade processual apresentada na constituição reflete os canais de comunicação de conflito social tradicionais, no que já foi, repita-se, àquela época, uma postura vanguardista do constituinte. Neste momento, contudo, não encontra lastro social. Assim, propostas que tiverem em mente democratizar, através de participação concreta, o judiciário, devem, a nosso ver, tomar estes fatos em conta.

Lançando ideias com estas lentes, pode-se pensar na possibilidade de ruptura com a ideia de pertinência temática tal qual anunciada pelo STF para os já legitimados, além de ampliar este rol constitucional. Associações constituídas, como já se tem no processo coletivo, o ministério público estadual, universidades, dentre outras, poderiam figurar neste rol. Em todo o caso, para as pessoas não participantes do rol atual, poderia se admitir a participação, aí sim através da pertinência temática, ou interesse de agir.

c) Amicus Curiae

Como bem informa Luis Roberto Barroso (2012:56), a prática da aceitação do “amicus curiae” na Suprema Corte do Estados Unidos chama a atenção pela intensidade com que se apresenta, não tanto quanto a quantidade de processos em que estes figuram, mas a

¹⁰ Para uma análise sobre um novo relacionamento entre sociedade e política, recomenda-se: FRASER, Nancy. “Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation”. In: HONNETH, Nancy Fraser and Axel. *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2000; DAGNINO, E. (Org.) ; ALVAREZ, S. E. (Org.) ; ESCOBAR, A. (Org.) . *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latinoamericanos: Novas Leituras*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2000. v. 1; HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

quantidade de interessados admitidos quando há possibilidade para tanto. Como naquelas paragens não se utiliza a técnica do controle concentrado, a participação possível só se dá através do interesse público dirigido a uma causa individual, mas de repercussão coletiva (*stare decisis*). A construção da decisão deve ser precedida de debate público, o mais amplo possível.

Há de se fazer um parêntese no sentido de que há um debate bastante equivocado, ultrapassando quanto à teoria política, no que diz respeito ao papel do *amicus curie* no tribunal. Alguns autores insistem na tese de que seria o *amicus curiae* uma espécie de conselheiro da corte, alguém com interesses transcendentais à questão posta, que corporifica a própria razão e desejo social. Noberto Bobbio (2000) já dizia que, passado tempo, algumas ilusões iluministas da democracia tinham se esvaído. Uma delas teria sido a noção de neutralidade e vontade geral, de cunho rousseauiano, pelo qual os indivíduos carregariam em si o mandato da razão, intuível, de resto, por todos os demais membros do grupo. As decisões, assim, representavam a melhor leitura desta imanente vontade coletiva. A política, na verdade, nunca deixou de ser a forma de arregimentação de interesses. A democracia, enquanto sistema político, configura-se mais justo no sentido de que maior número de indivíduos e grupos tem a possibilidade de participar das decisões coletivas, interferindo com seus interesses, na disputa por espaços, direitos e poder social.

Assim, parece incorreto o pensamento de Scarpinella Bueno (2006:512), no sentido de que, quanto ao *amigo da corte*, “o interesse institucional também é interesse público. E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e porque transcende o próprio ‘interesse’ eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*”. Esta perspectiva de razão e neutralidade não encontra sentido prático nem teórico. Parte-se de uma noção ingênua de democracia e de processo político como um todo, que costuma rejeitar a política como ela é, um campo de disputa de discursos e interesses de grupos. No sentido proposto, Damares Medina (2008) contribui para o debate da seguinte forma:

A visão do *amicus* como um terceiro imparcial que ingressa no processo para oferecer ajuda à corte ou na defesa de um interesse institucional, acima do próprio interesse, remete ao ideal de neutralidade, que é questionado pelo mainstream no debate acadêmico. Atualmente, a doutrina predominante, em especial nos EUA, tem no *amicus curiae* um instrumento de defesa adicional das partes em litígio. Um terceiro interessado, que ingressa na ação para mostrar à corte outros vieses e nuances que deverão ser levados em consideração, em razão dos desbordamentos da

questão jurídica controvertida para além dos limites do processo, na defesa dos interesses do grupo que representa.

Quanto a tudo mais, importa destacar o mesmo que foi dito quanto às audiências públicas, no sentido que, embora correta e digna de elogios a sua abertura, não pode figurar como uma faculdade à disposição do tribunal, e sim como uma regra, principalmente nas ações objetivas e de repercussão geral. O contrário seria tornar a própria democracia manuseável, uma questão de escolha, conveniência, e não de imposição constitucional e social.

d) Processo de escolha dos membros dos Tribunais Superiores.

Diante da perspectiva assumida, mostra mesmo teratológico que um juiz de possa passar mais de 20 anos como membro de uma corte superior. Esta realidade se sustenta, contudo, junto a outras tão pouco democráticas quanto, a partir da institucionalização do vetusto sistema de indicação ministros a partir de nomeação do poder executivo. Assim, parece importante conferir aos tribunais superiores mandato provisório, com participação da sociedade civil na sua escolha. Vale dizer que, muito embora o parlamento goze da prerrogativa de sabatar e mesmo vetar o nome do escolhido pelo chefe do executivo, o Congresso tem se mostrado tão inútil quanto sua fama o alcança, também neste sentido. Com exceção dos primeiros anos da república, e apenas uma vez, a do médico Barata Ribeiro, nomeado por Floriano Peixoto, jamais qualquer nome foi negado pelos parlamentares. Na verdade, sequer se ouve dizer da relevância das sabinas, tão inócuas que são.

* Nota necessária: a criação do conselho consultivo institucional do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Vale noticiar a relevante instauração de referido Conselho no TJ-SP. Recebido com alvíssaras por Dalmo Dallari (2014), que o considerou como uma manifestação do desejo constitucional por democracia participativa. Segundo o jurista

O Conselho será composto por dezesseis membros, incluindo um representante do Poder Executivo e outro do Poder Legislativo, havendo também um advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, dois representantes dos servidores do Tribunal de Justiça de São Paulo e oito cidadãos vinculados às universidades, institutos de pesquisa, imprensa, associações setoriais e movimentos sociais, todos estes indicados pelo presidente do Tribunal de Justiça. Haverá reuniões periódicas para a apresentação de propostas e a formulação de recomendações sobre temas de interesse para as decisões judiciais, selecionados pelo presidente do Tribunal de Justiça. Essa participação terá o sentido de contribuição cidadã e não será remunerada a qualquer título.

Através da portaria 9048/14, daquele tribunal, foram nomeados os integrantes e convocados para primeira reunião, em 17 de agosto de 2014.

Sem dúvidas, caso se estabeleça como uma realidade constante, este conselho terá sido uma das maiores experiências democráticas da história do judiciário brasileiro e, quiçá, da própria república. A se ver.

CONCLUSÃO

No propósito desde início alegado, procurou-se conferir algumas bases teóricas e empíricas acerca das mais complexas e palpitantes movimentações do campo jurídico, entendidas como a judicialização da política e a politização da justiça, o ativismo judicial.

Os trabalhos mais voltados para a área da ciência política povoam o primeiro trecho deste artigo, dado que analisam a própria modificação na estrutura do estado, sendo objeto claro das preocupações também daquela ciência. Há, contudo, uma destacada ausência de trabalhos no Brasil que procure trazer uma análise mais aprofundada do campo jurídico, seja quanto à disputa discursiva aqui focada, quanto para outros possíveis indicadores que sirvam para ao estudo desse campo. Dessa forma, a não ser pelos trabalhos de fôlego que foram apresentados e discutidos acima, não há um diagnóstico permanente acerca do discurso e outras formas de práticas dos agentes do campo jurídico que abalize com mais precisão as opiniões direcionadas nessa área, como por exemplo, o próprio ativismo judicial. Daí toma-se por importante as discussões aqui empreendidas, com vistas a sistematizar os estudos já realizados e conferir necessária compreensão teórica dos temas sem, quando fosse possível, deixar de inserir o ponto de vista do autor.

Parece relevante haver pesquisas no ramo da ciência do processo que digam respeito à necessária abertura dos tribunais que vem como resultado do seu maior protagonismo. Dado que, como pretendido afirmar no presente artigo, pautas de grande relevância migram do legislativo para o judiciário, são precisos criar canais de comunicação entre os tribunais e a sociedade, para que ela não fique simplesmente ao léu em relação aos temas que lhe interessam.

São necessários, por outro lado, estudo que apresentem dados empíricos acerca da efetividade da participação democrática da forma que hoje se encontra no judiciário, aparentemente parcial. Debates acerca da iniciativa do conselho instituído pelo TJSP certamente contribuirão bastante para o ponto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Ana Paula de,. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo nº 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 18 set. 2007.

_____. **O Controle de Constitucionalidade No Direito Brasileiro - 6ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2012

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: em defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**- Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CORTIZO, Maria Del Carmen. **A cultura da justiça: cultura jurídica e administração de justiça**. Campinas, SP: [s.n.], 2000

DALLARI, Dalmo. **Democratização do Judiciário**. In Jornal do Brasil. Disponível em <http://www.jb.com.br/dalmo-dallari/noticias/2014/03/13/democratizacao-do-judiciario-2/>. Acesso em 17/07/2014.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1v.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. In Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000, p.183-202.

MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte?** Brasília: IDP (2008) Disponível em <www.idp.edu.br/component/.../174-amigo-da-corte-ou-amigo-da-parte>. Acesso em 29/07/2014.

SADEK, M. T. . **Pesquisa AMB 2006**. In: XIX Congresso Brasileiro de Magistrados, 2006, Curitiba. AMB, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SORJ, Bernardo . **A nova sociedade brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. v. 1. 169 p.

VIANNA, L. W. ; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann . **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 1a.. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. v. 01. 272 p.

VIANNA, L. J. W. ; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; BURGOS, Marcelo Baumann . **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 1a.. ed. RIO DE JANEIRO: Editora Revan, 1997. v. 01. 320 p.

