

O legado transdisciplinar de Ernesto Laclau e a análise do direito: mobilizando conceitos laclaunianos para a compreensão do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais no Brasil

Igor Suzano Machado¹

Introdução

Não vale a pena retomar em profundidade o debate sobre a chamada judicialização da política e a interferência do poder judiciário em funções tradicionalmente atribuídas aos poderes Legislativo e Executivo. A literatura internacional e nacional sobre o tema é vasta. Para citar apenas dois exemplos, no campo internacional destaco a obra de Tate e Vallinder (1995), *A expansão global do poder Judiciário* [The Global Expansion of the Judicial Power] e, no Brasil, a de Werneck Vianna et al (1999), *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Apesar das perspectivas críticas acerca dessa abordagem do fenômeno, como a de Andrei Koerner et al (2011) em *Sobre o Judiciário e a judicialização*, tomarei aqui tal referencial como ponto de partida para minha análise. Assim, considerando o contexto de importantes decisões políticas sendo tomadas pelo Judiciário, inicio a discussão perguntando: quais poderiam ser bons parâmetros teóricos e metodológicos para a análise empírica e a reflexão normativa acerca da famigerada politização do poder Judiciário? A presente pesquisa busca responder a tal questionamento ancorada, tanto em termos teóricos quanto metodológicos, na chamada “Escola de Essex de análise de discurso” – grupo de pesquisadores e conjunto de pesquisas que têm como orientação principal a teoria social e política desenvolvida na Universidade de Essex em torno das ideias de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe acerca da política contemporânea e a análise de sua formação discursiva.²

¹ Doutor em Sociologia. Professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Viçosa.

² O texto não contará com referências diretas à obra de Laclau e Mouffe. Contudo, as obras dos autores utilizadas como base para a pesquisa, ainda que não citadas diretamente, são: LACLAU, Ernesto. *Emancipation(s)*. Londres: Verso, 1996. MOUFFE, Chantal. (org.) *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 1998 [1996]. BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ŽIŽEK, Slavoj. *Contingencia, hegemonia, universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004 [2000]. LACLAU, Ernesto. *Nuevas reflexiones sobre la revolucion de nuestro tiempo*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2000 [1990]. LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007 [2005]. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2006 [1985]. MOUFFE, Chantal. *O Regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996 [1993]. MOUFFE, Chantal. *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007 [2005]. MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009 [2005].

Dessa forma, o estudo a ser aqui desenvolvido busca analisar importantes decisões recentes da justiça brasileira e, partindo da teoria da hegemonia de Antonio Gramsci e desenvolvida contemporaneamente por Laclau e Mouffe, interpretá-las como decisões políticas no seguinte sentido: em determinado contexto, certo grupo social se compreende como antagonizado por outro grupo e, estrategicamente, busca estabelecer, por mecanismos judiciais, nova hegemonia política, que efetive suas demandas enquanto interesses particulares que podem ser representados como interesse geral. A partir de cinco estudos de caso sobre pontos controversos da interferência do Poder Judiciário na política, a pesquisa busca operacionalizar tal referencial analítico e propor diretrizes teóricas e metodológicas para pesquisas empíricas e intuições normativas sobre a relação entre a política e a justiça no Brasil.

Os casos estudados

O fio condutor capaz de guiar a seleção dos casos empíricos pesquisados será tomar como base para tanto, a princípio, os temas de debate dos três primeiros capítulos da obra *Juízes na democracia contemporânea* [Judges in contemporary democracy] (2004), organizada por Robert Badinter e Stephen Breyer. Assim sendo, serão selecionadas sentenças que de alguma forma versem sobre três temas fundamentais à atividade contemporânea dos juízes em regimes democráticos. São eles: o ativismo do Judiciário, substituindo os demais poderes na tarefa legislativa; o funcionamento do Judiciário como um pontificado laico, agindo como espécie de substituto moral das religiões; e o exercício pelo Judiciário da supervisão do processo eleitoral, em detrimento de partidos e eleitores. Tendo isso em vista, serão analisados os seguintes casos:

- Mandados de injunção (m.i.) nº 670, 708 e 712, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) regulou o direito de greve do servidor público, caso de "ativismo" em que o Poder Judiciário cumpriu funções, em tese, do Legislativo e Executivo;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, que decidiu sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias, levando ao Judiciário questões de forte conotação moral, aproximando-o do que foi chamado no livro de um pontificado laico;
- ADIs 3999 e 4086, nas quais o STF confirmou a fidelidade partidária exigida em resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), interferindo diretamente na competição eleitoral;

Cumprir, contudo, que, para além desses casos, existe a necessidade de trazer à análise também casos em que decisões divergentes de mais de uma instância, mostrem possibilidades distintas de interferência do Judiciário na política e vida social. Trazer à discussão casos desse tipo contribuiria para realçar a pluralidade de reconstruções discursivas permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, realçando, por sua vez, como elas podem entrar em conflito e como a estrutura hierárquica do Poder Judiciário atua na consolidação de determinado entendimento como dominante.

Para a seleção desses casos foi utilizado como critério, novamente, o tema tratado nos processos. No entanto, sem a orientação de obra específica, como nas outras decisões, foram privilegiados dois temas de abrangência e importância nacionais e históricas. De um lado, a discussão das relações entre capital e trabalho e a liberdade de empregadores frente a empregados, fundamental a qualquer realidade capitalista. E, do outro, a discussão da questão racial, tema fulcral na formação social brasileira. Tendo em vista tais temas, serão analisadas as seguintes decisões:

- O processo nº. 00309-2009-000-15-00-4 do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª região, que concedeu liminar reintegrando mais de 4 mil trabalhadores demitidos pela EMBRAER, assim como do processo nº. ES-207660/2009-000-00-00.7 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, por seu turno, em decisão monocrática, cassou a liminar, confirmando a validade das demissões, acompanhados, por fim, da decisão colegiada do TST que, mesmo confirmando a validade das demissões, adotou entendimento próximo ao do TRT para casos a serem julgados no futuro.
- O mandado de segurança nº. 2007.72.00.014734-6, julgado por juiz federal de Santa Catarina, que concedeu liminar permitindo a matrícula na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) de aluna inicialmente não classificada no exame vestibular devido ao sistema de cotas, assim como do Agravo de instrumento nº. 2008.04.00.000858-7, do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª região, responsável, justamente, por derrubar tal liminar.

Conforme dito anteriormente, tais decisões serão analisadas como decisões políticas, isto é, ações estratégicas que buscam amortizar um antagonismo social e produzir a consolidação de uma hegemonia na qual, de forma precária e contingente, um determinado grupo consegue representar seus interesses particulares como interesse geral. Ao analisar a decisão judicial dessa maneira, o estudo oferece uma

leitura alternativa da recente “judicialização da política” no Brasil. Em primeiro lugar, não considera a decisão judicial uma decisão eminentemente técnica, que encontra na sua politização um desvio. Pelo contrário, usando a distinção estabelecida por Laclau e Mouffe entre o “social” e o “político”, o trabalho busca explicar porque haveria decisões jurídicas aparentemente técnicas que seriam, em última instância, políticas. Em segundo lugar, não considera a decisão judicial como decisão moral, isto é, decisão que representa a consagração de uma justiça universal. Nisso, afasta-se tanto de juristas como Ronald Dworkin, quanto de sociólogos como Jürgen Habermas. Por fim, mesmo que negue o universalismo liberal como dimensão a ser buscada pela integridade do Direito, o trabalho também não aceita uma hiperfragmentação de tipo pós-moderna. Ou seja, aceitar a dimensão política da decisão jurídica, seguindo o referencial teórico de Laclau e Mouffe (2006), não implica afirmar nem que ela seja moralmente universal, nem completamente particularista, mas sim encará-la como uma particularidade que consegue representar o universal.

Assim, o presente trabalho propõe integrar ao estudo do Direito a categoria hegemonia e uma concepção “sinedótica” do movimento político, ou seja, uma concepção da política baseada no que, em termos retóricos, poder-se-ia considerar uma sinédoque: a substituição do todo pela parte. Isto é, a totalidade, o universal, direciona a ação política em geral, e nesse caso especificamente, a ação jurídica – mas não como um pressuposto, e sim como um horizonte. Toda universalidade é, dessa forma, uma particularidade que logra representar-se como universal por conseguir reunir, em torno de si, uma série de demandas que conseguem emergir por encontrar, nessa particularidade, o mais adequado significado para um significante que, por representar uma totalidade impossível em última instância, é tendencialmente vazio.

Deslocamento, antagonismo e hegemonia nos tribunais brasileiros

O primeiro movimento presente numa configuração hegemônica, tal como caracterizada por Laclau, é o chamado “deslocamento”, que pode ser entendido como uma “emergência do real”, no sentido lacaniano do termo real. Isto é, a sociedade é uma totalidade discursiva, mas que conta com uma realidade que a ultrapassa, que é a realidade que não faz parte da sociedade por não ter sido assimilada discursivamente, escapando, portanto à compreensão. Essa realidade é o que Lacan chama de “real” que não se confunde com o “simbólico” que permite a intermediação

inteligível entre os seres humanos e as coisas em si. Isso não impede que o que escapa à simbolização, mesmo que não seja compreendido, cause efeitos. A essa “emergência do real”, isto é, a emergência de eventos que não conseguem ser assimilados dentro de formações discursivas prévias, é o que Laclau considera um “deslocamento”. É esse deslocamento que instaura a instabilidade dentro dos discursos relativamente estáveis sedimentados na sociedade e abre espaço para a ação política, propriamente transformadora. É ele que não somente requer a ação do sujeito, mas sim que permite essa ação, já que, superado esse deslocamento pela assimilação discursiva dos elementos deflagradores da crise, o sujeito também passa a ser uma posição de sujeito dentro desse discurso que foi capaz de “domesticar” essa realidade que o excedia.

Dentre essas emergências do real, destaco no primeiro caso analisado, isto é, o caso de regulação do direito de greve de servidores públicos pelo Judiciário, a demora legislativa. O discurso de separação de poderes não entraria em xeque se dependesse apenas das previsões constitucionais. Acontece que a reiterada recusa do Legislativo em dar provimento ao gozo de um direito constitucionalmente garantido, gerou instabilidades num discurso jurídico em que, já sob o auspício de novas teorias políticas e jurídicas menos formalistas, figurava como um de seus elementos importantes a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Essa mesma instabilidade se apresenta no segundo caso, ou seja, o caso do julgamento das pesquisas com células-tronco, em que o avanço da biomedicina fez com que o discurso tradicional de respeito à vida e à dignidade das pessoas dentro do Direito passasse a não dar conta dos avanços científicos sem distinguir, ou não, o status das pessoas já nascidas e o dos embriões. Já no terceiro caso, o caso da fidelidade partidária, dentro de um sistema partidário em que o normal seria o candidato se manter no partido que o elegeu, a recorrente infidelidade partidária também se tornou um elemento de instabilidade desse discurso que precisava se transformar e definir melhor certos pontos – se o mandato pertence ao partido ou ao candidato – que, em tese, não precisariam entrar em conflito, mas que, de fato, estavam entrando. Por fim, nos outros dois casos analisados, pode-se apontar dentre tais imprevistos da realidade, incapazes de se encaixar plenamente nas formações discursivas à disposição dos sujeitos, primeiro, no caso das demissões da EMBRAER, a crise econômica mundial e suas consequências tanto para a liberdade dos empregadores quanto para as garantias dos empregados, e, segundo, no caso das cotas raciais nas

universidade, o incômodo da persistência de uma desigualdade racial que o discurso de igualdade focado na dimensão formal não era capaz de aliviar.

Uma das formas de assimilação discursiva do deslocamento, na obra de Laclau, é o antagonismo, em que uma posição diferencial passa a ser entendida como também um obstáculo a uma identidade à qual se contrapõe. Como já transparece no parágrafo anterior, essa assimilação enquanto antagonismo, base para a ação política, é o que aconteceu nos casos analisados. Quando a emergência do real é significada como algo além do controle da ação humana – derivada da vontade de Deus, da natureza, ou de um imperativo sistêmico, por exemplo – o espaço para a ação política e transformação dos discursos permanece fechada. Os servidores públicos poderiam entender que a não regulamentação do seu direito de greve derivava de uma demora normal dentro do sistema democrático e assim, poderiam se manter passivos. Da mesma forma, se os trabalhadores da EMBRAER entendessem suas demissões como um automatismo sistêmico derivado do funcionamento autônomo da economia, não haveria recurso ao Judiciário. Contudo, não foi o que se observou e tais deslocamentos foram todos assimilados como antagonismos, abrindo-se às vias de transformação política e efetivando verdadeiros sujeitos sociais capazes de empreender transformações nos discursos típicos que buscavam configurar a situação em que se encontravam.

Dentro dessa lógica, no primeiro caso, a demora dos legisladores foi entendida como uma displicência legislativa que se oporia à concretização de direitos garantidos constitucionalmente, bloqueando-a. No segundo, com a possibilidade da destruição de embriões humanos para a realização de certas pesquisas, o progresso científico também passou a ser significado como opositor à garantia do direito à vida, igualmente constitucionalizado e juridificado. No terceiro, a migração partidária dos candidatos após as eleições passou a ser compreendida como um tipo de ação pragmática individual que bloqueava a consolidação de um regime democrático partidário. E nos casos de controle de constitucionalidade difuso, as demissões patrocinadas pela EMBRAER passaram a ser significadas como um tipo de ingerência do empregador que se oporia à dignidade dos trabalhadores e a reserva de vagas feita pela UFSC como uma afronta à igual consideração e respeito por todos.

Abria-se assim, em todos os casos, um espaço para a ação política, no sentido de ação que visa buscar hegemonia dentro de uma determinada configuração discursiva. Pois havia em todos eles um antagonismo – isto é, uma identidade

entendida como bloqueadora de alguma outra – e também uma representação da plenitude ausente que permitia que cada uma daquelas demandas particulares se apresentasse como universal, falando em nome da Constituição (primeiro caso), da vida (segundo caso), da democracia (terceiro caso), da dignidade humana (caso EMBRAER) e da igual consideração e respeito por todos (caso UFSC). Em nem todos os exemplos essa articulação discursiva e movimento sinedótico logrou êxito e a hegemonia foi obtida no sentido pretendido por aqueles que mobilizaram o aparelho Judiciário. Mas em todos eles é possível compreender que houve uma ação política que via no Judiciário uma arena privilegiada para se desenrolar em direção à busca de hegemonia.

Cabendo ao Judiciário a guarda da Constituição e estando constitucionalizados uma série de significantes de tendencial vacuidade, incluindo a Constituição em si, esse Poder se abre à luta pela hegemonia e, por vezes, se mostra como estrategicamente privilegiado para tanto. Um exemplo claro são os chamados “casos quentes” que impõem à arena Legislativa custos altos dentro de uma lógica dependente de votos, excluindo sistematicamente dessa arena determinadas demandas. É onde se encaixa o primeiro e, em certo sentido, também o terceiro casos estudados. Outro exemplo reside em situações que pretendem reverter a hegemonia obtida alhures, apelando a um princípio constitucional contra uma decisão política majoritária já tomada no Legislativo. O segundo e, mais uma vez, em certo sentido, o terceiro casos estudados podem ser entendidos como representantes dessa situação. E, por mais lentos que sejam as disputas judiciárias, a busca por uma liminar na justiça pode se apresentar como um caminho mais célere para a concretização de dada demanda do que tentativas de modificar a posição de certas instituições públicas ou privadas por meio de greves, passeatas, etc. É o que justifica o caminho judicial para as ações deflagradas pelos autores das ações dos casos EMBRAER e UFSC.

Assim, símbolos da uma plenitude ausente – como a igualdade, a liberdade, a dignidade, a ordem constitucional, etc. – politizam o Direito abrindo-o à necessidade de preencher com significados específicos esses significantes de tendencial vacuidade, da mesma forma que ocorre na disputa política parlamentar, nos movimentos sociais, na formação de identidades coletivas, etc. e, conseqüentemente, reprimindo as alternativas discursivas que não conseguiram a hegemonia. Isso tudo não impede, por certo, que, por mais que a teoria da hegemonia, tal como desenvolvida por Laclau e utilizada neste estudo, seja pensada num nível de

abstração capaz de abarcar a ação política em todos esses modelos, existam diferenças de um modelo para o outro e existam especificidades nas práticas hegemônicas, por exemplo, dentro das instituições jurídicas e legislativas ou das instituições jurídicas e dos movimentos sociais.

É importante destacar ainda que a possibilidade de uma leitura das práticas judiciais sob uma chave de práticas hegemônicas, da mesma forma que não impede a diferenciação da ação política feita no Judiciário e a ação política feita em outras instâncias, tampouco impossibilita críticas para além do reconhecimento de que a hegemonia se estabeleceu num sentido e não em outro. Não só pode haver decisões completamente fora do enquadramento de uma tentativa de compor uma integridade hegemônica – como decisões aleatórias, estritamente pessoais e voluntarísticas, etc. – como também, com base na teoria do discurso – especialmente a de Laclau – David Howarth e Jason Glynos (2007) destacam, por exemplo, que ainda é possível acusar os agentes de operarem, por vezes, seguindo uma “lógica fantasmática”, ou seja, calcada na fantasia.

Isso seria observado quando a coerência de um discurso é baseada na ocultação de certas articulações, que são mantidas na fantasia privada por não poderem ser aceitas no debate público. Dentre essas junções que parecem faltar em alguns discursos, poderia ser apontada, por exemplo, a ligação que permite ao Ministro Marco Aurélio alegar e acreditar que opera sob um ângulo “técnico-jurídico”, sem que isso impeça sua referência à Bíblia e ao IBOPE. Ou então a estranha matemática que permite ao juiz do TRF dizer que se 11% da população de Santa Catarina é negra, logo, uma reserva de 10% das vagas da UFSC para negros seria abusiva, enquanto uma reserva de 5% dessas vagas se tornaria razoável.

A lógica social e a lógica política nos tribunais brasileiros

Compreendida nesses termos, a decisão judicial passa a ser uma espécie de decisão política, que visa reagir a um deslocamento identificado como um antagonismo social. Tomada em bases contingentes, essa decisão rearticula uma formação discursiva estabelecendo novas fronteiras e identidades coletivas que inovam o significado do próprio discurso, tornando o que era antes apenas um elo dessa cadeia discursiva a representação de sua universalidade e instituindo uma hegemonia capaz de produzir um estancamento precário no fluxo de sentidos possíveis dentro do campo de discursividade afetado pela decisão. Ou seja, a decisão

judicial não é muito diferente de outros tipos de decisões que dão identidade a demandas de movimentos sociais ou partidos políticos. Essa lógica informa melhor a prática judicial do que compreensões mais técnicas, que presumem decisões a serem tomadas sobre bases incontestáveis.

Quando um médico aplica uma medicação ao paciente, atua na proteção desse paciente apenas, devendo unir a medicação e o organismo doente com o propósito de preservar a vida como um bem presumido valioso. Os pressupostos dessa atuação – por exemplo, de que a vida é um bem valioso em si mesmo e que o corpo humano pode ser medicado – não são questionados e o conflito a ser resolvido, entre paciente e doença, deve ser resolvido em favor do primeiro. Essa atuação técnica tende a se desenrolar sobre o que Laclau e Mouffe consideram o “social”, isto é, práticas discursivas bastante sedimentadas, que não sofrem deslocamentos constantes.

Exercícios de imaginação podem sugerir possíveis situações de instabilidade nessas pressuposições do médico – isto é, para fazer uso do vocabulário de Laclau, situações em que a emergência de uma realidade que não consegue ser domesticada pelos discursos à disposição dos sujeitos, causa uma desarticulação estrutural que põe em disputa o significado do que antes era pressuposto. Parece claro que um organismo que parasite o corpo humano deve ser eliminado para permitir a continuidade da vida humana. Mas digamos que esse corpo humano venha a ser o de um clone, vítima de uma experiência buscando a cura de milhares de pessoas, ou que esse parasita, agora indo mais longe na ficção científica, seja um organismo alienígena de uma nação amiga de planeta outro. A desigualdade presumida entre o status e a dignidade do corpo humano e o status e dignidade de seu parasita poderia ser, nesses casos, questionada e a atuação do médico passaria a ser menos uma atuação técnica do que uma ação política visando redelimitar a identidade do que seria a humanidade ou as fronteiras entre amigos e inimigos de uma política externa interplanetária. Para não fazer necessários exercícios imaginativos tão delirantes, basta pensar na controvérsia dos casos de eutanásia, onde uma vida tida por indigna torna instável a pressuposição comum aos tratamentos médicos de que a vida humana é um bem em si mesmo.

Essas decisões de caráter mais político do que técnico não tendem a emergir com frequência na prática do médico que busca curar seus pacientes. No entanto, há razões para acreditar que essa emergência é muito mais comum na prática do juiz que visa solucionar os conflitos levados a um tribunal. Como destacam Martin Shapiro

e Alec Stone Sweet, se o juiz não tivesse de escolher entre alternativas, se ele simplesmente aplicasse a regra fornecida a ele pelos estatutos e alcançasse sua conclusão comandado por uma lógica jurídica inexorável, ele não seria mais interessado politicamente do que uma máquina da IBM, que poderia ser projetada para substituí-lo. No entanto, reconhecendo-se que a escolha é inerente às fases do comportamento humano que têm sido tradicionalmente objeto dos estudos jurídicos, o adjetivo “política” passa a poder ser ligado à atividade judicial, que se torna assim, atividade política (SHAPIRO; SWEET, 2002, p.20).

Existem casos judiciais que geram decisões como as do médico que deve curar a doença de um paciente. São casos em que o juiz pode pressupor um consenso bastante estável sobre quem deve ter razão na causa sob seu julgamento. Mas, em princípio, uma causa judicial envolve partes numa situação de igualdade, cada uma reclamando que o direito local está em seu socorro e não em socorro de seu concorrente. Uma defesa meramente protelatória, ou meramente de pedido de redução de uma punição aceita como merecida, ainda assim mobilizam um questionamento jurídico a respeito do direito possuído pela parte que acusa. As prescrições do Direito existem para serem obedecidas e, dessa forma, fazer parte do social, do garantido, do presumido como correto, do incontestado. Mas quando é desobedecido e gera uma demanda judicializada e depois resistida, o direito é fonte de um antagonismo e as decisões a seu respeito passam a ser políticas.

Um exemplo corriqueiro de uma situação jurídica de solução fácil, isto é, que apenas reproduziria os pressupostos estáveis do que Laclau e Mouffe chamam de social, é o da multa por ultrapassagem do limite de velocidade de uma via. Se está sinalizado que o limite de velocidade de determinada via é de 60 km/h, trafegar em tal via a, por exemplo, 80 km/h seria infração sujeita a multa. Mesmo assim, resta possível questionar a pertinência do limite de velocidade imputado àquela via levando em conta políticas mais gerais de organização do trânsito. Se outras tantas vias, na mesma situação daquela, permitem uma velocidade maior, uma pessoa multada por excesso de velocidade poderia questionar o porquê de justamente a via em que foi multada ter um limite de 60 km/h, mesmo estando na mesma situação – por exemplo, em linha reta, sem inserção em perímetro urbano ou cruzamentos, etc. – de outras que permitem o tráfego a 80 ou 110 km/h. Ela poderia cobrar uma justificativa para o tratamento diferenciado daquela via e, em não havendo tal justificativa, não seria impossível ao Judiciário decidir em seu favor entendendo que houve violação à igual

consideração e respeito entre o motorista multado e os demais que trafegam a maiores velocidades em vias outras do mesmo tipo daquela.

Por conta disso, a decisão judicial, especialmente quando aceita sua formatação não apenas por regras, mas também por princípios, aproxima-se mais de decisões políticas, que visam domesticar o político enquanto ontologia conflituosa, do que de decisões técnicas que visam reproduzir discursos sedimentados como certezas. Voltando ao exemplo do médico, ele aplica o medicamento, que é assimilado pelo doente. O juiz não faz algo desse tipo com a lei. A lei não é aplicada e assimilada pelo caso concreto. Ela altera o entendimento a respeito daquele caso – por exemplo, o que era uma briga de vizinhos passa a ser uma causa judicial – e é por ele alterada – gerando um precedente que influencia a sua interpretação futura. Mas a norma e o caso permanecem independentes um do outro, sendo apenas contingentemente articulados, como acontece numa demanda política, em que grupos diferentes falam em nome da igualdade, da liberdade, etc., permanecendo como unidades independentes umas das outras, de um lado, tais valores e, do outro, os movimentos sociais ou partidos políticos que os mobilizam.

Como num antagonismo social não estão decididos de antemão quem devem ser os vencedores e os vencidos – ao contrário do embate entre o paciente e sua doença – resta aos grupos disputarem quem fala em nome da universalidade. Sejam esses grupos partidos políticos, sejam partes num processo. Seja um partido social-democrata fazendo oposição a um partido liberal afirmando que o liberalismo não promove a igual consideração e respeito por todos, seja a pessoa do exemplo anterior, multada por excesso de velocidade usando a mesma igual consideração e respeito por todos para se defender de tratamento, a seu ver, injusto. Uma pretensão jurídica resistida num tribunal ou a oposição política no parlamento tendem a gerar decisões políticas no sentido proposto por Laclau e Mouffe, já que, de acordo com esses autores, a política é justamente a dimensão social de amortização do político, que representa uma ontologia baseada no conflito.

Nem toda decisão tomada na esfera política, tal como essa esfera é compreendida corriqueiramente – isto é, no interior da estrutura do Estado, ou na manifestação de partidos políticos e de movimentos sociais, etc. – é uma decisão política no sentido proposto por Laclau e Mouffe. Um político, no sentido profissional do termo, ou uma instituição política, como o Congresso Nacional, tomam no dia-a-dia, decisões mais técnicas, ou mesmo visando vantagens pessoais, como em

transações econômicas. Um partido e um governo que busca formar uma coalizão podem negociar cargos, apelando somente às vantagens que a negociação traria a cada um dos lados, sem redelimitar identidades coletivas, apelar a valores universais ou confrontar projetos de uma sociedade melhor. Da mesma forma, há casos jurídicos em que a tendência de a decisão ser favorável a uma das partes é tão forte, que o tribunal se torna mais o palco de barganha econômica – por exemplo, negociação de uma dívida reconhecida pelo devedor – do que o conflito entre diferentes formas de entender o direito do país, cada qual dando razão a uma das partes.

No entanto, apesar de casos desse tipo, os tribunais e parlamentos são tendencialmente o palco de desenvolvimento de um conflito mediado por regras próprias, cuja decisão final sempre apresenta certa contingência. Se assim não fosse, os que disputam esse jogo político não aceitariam as suas regras. Logo, o potencial de formatação de antagonismos sociais no Direito é inato. Mesmo assim, tem-se a impressão de que apenas recentemente o Direito teria se tornado propriamente político. E, em certo sentido, isso é verdade, pois é nas democracias constitucionais contemporâneas que a dimensão política do Direito se radicaliza.

As democracias constitucionais são mais radicalmente políticas por serem mais radicalmente abertas à participação das mais variadas camadas da sociedade como intérpretes de suas normas e clientes de suas instituições. Para a promoção de tal abertura restam fundamentais tanto a “constitucionalização simbólica” criticada por Marcelo Neves (2007), quanto a presença no mundo jurídico dos “patéticos postulados éticos” da justiça e dignidade humana que Weber condenou como completamente inadequados a um Direito que tendia à formalização (WEBER, 2004, p.146). A inserção desses símbolos de tendencial vacuidade no mundo do Direito é ao mesmo tempo tanto um fator gerador de instabilidade, quanto um fator de democratização, no sentido de abertura da jurisdição à sociedade. A garantia de que o Direito servirá a todos é o que não permite garantir seus resultados. Logo, a segurança jurídica só pode existir no sentido de segurança sobre a apreciação de uma demanda sob os auspícios do Direito e não no que diz respeito a seus resultados.

Neste contexto, a judicialização da política tem como seu corolário a politização da justiça. E, nos meandros dessa justiça politizada, como partidos ou movimentos sociais, as partes do processo representam seu lado, mas fazendo com que ele almeje a universalidade. Esse aspecto se radicaliza nas demandas coletivas e de controle do processo legislativo, onde o caráter dessas demandas, de serem expressão de um

grupo que tenta falar em nome da coletividade, torna-se ainda mais explícito, como mostram os estudos de caso do tópico anterior.

Radicalização da democracia nos tribunais brasileiros

Diferenciando analiticamente as causas da judicialização das relações sociais das causas da judicialização da política, Gisele Araújo destaca que a judicialização das relações sociais é uma juridificação da vida social patrocinada pelo poder Executivo, por meio de uma regulamentação estatal da sociedade que se amplifica e incha o Judiciário com demandas de particulares e de grupos sociais por prestações estatais positivas. Seu circuito seria assim, originado formalmente no Estado, passando pelo Direito e tendo como destino a regulação da Sociedade. A judicialização da política, por seu turno, ela complementa, seria fenômeno diverso, que realizaria, potencialmente, um percurso invertido. Nesse caso, a cadeia de transmissão se iniciaria na sociedade, incluindo suas instituições de representação, que acionaria o sistema jurídico para obter resultados políticos (ARAÚJO, 2011, p. 29).

Por conta disso, apesar de alguns autores vincularem a judicialização da política também às transformações do Direito causadas pelo Estado de Bem-estar Social, a autora entende como sendo mais fecundo tomá-la como um “efeito a médio prazo das mudanças advindas do Constitucionalismo democrático europeu do pós-Segunda Guerra, que se fará presente nas Constituições de Portugal, Espanha e de alguns países latino-americanos nas décadas de 1970 e 1980.” Araújo reconhece que “muitos dos direitos antiliberais típicos do Welfare State foram transformados em dispositivos constitucionais”. No entanto, ela continua, “até meados do século XX, as Constituições eram cartas de princípios ou de intenções de reduzida eficácia”. A exigibilidade dos direitos constitucionais, ela completa, só começaria a se verificar quando é conferido “caráter prático à supremacia da Constituição (...) e quando se desenvolvem institutos processuais para viabilizar seu cumprimento, a serem acionados por atores sociais”. Por isso, ela conclui, o atual papel de destaque do Poder Judiciário se reforça a despeito da mitigação do Estado de Bem-estar Social observada nas últimas décadas do século XX, tendo “como lastro principal a afirmação da Constituição como conjunto de dispositivos a serem observados por toda a sociedade, aí incluídos o Executivo e o Legislativo” (ARAÚJO, 2011, p. 30-31).

Tendo isso em vista, para a autora, na contramão das formulações de Teubner, a principal questão envolvida na judicialização da política não seria a da maior ou menor eficácia do Direito, envolvendo, por conseguinte, um “trilema regulatório”. Segundo ela, em analogia ao que Teubner diagnosticou para o Direito sob o Estado-Providência, pode-se dizer que,

sob a judicialização da política, vive-se uma espécie de “trilema democrático”, composto por alternativas contraditórias entre si: o avanço do Poder Judiciário no controle e instituição de normas ou (a) ameaça terminantemente a representação legislativa e a legítima produção do Direito, instituindo a arbitrariedade ademocrática de um corpo pseudo-aristocrático; ou (b) pode ser contido pelo rebustecimento do Legislativo, afirmando-se este como representante único das demandas sociais, reconhecido como tal e eficaz nesta sua função; ou (c) pode significar a abertura de um novo canal de comunicação entre sociedade e Estado, permitindo que o Legislativo e o Judiciário – além do Executivo, notadamente em países presidencialistas – sejam destinatários, de formas distintas e talvez complementares, da vontade popular (*ibidem*, p. 32).

A autora destaca então que nenhuma dessas três hipóteses é, ao menos no campo da teoria, inviável. E, com base nisso, passa a argumentar a favor da pertinência da terceira dessas possibilidades, concluindo que:

Na medida em que ao Judiciário é conferido o poder de interpretar o Direito ao ponto de contê-lo, reformá-lo ou proclamá-lo, cumpre verificar se isto significa por definição um assalto à democracia, ou se tem o potencial, a ser reconhecido empiricamente, caso a caso, de ser um movimento que multiplica as formas de acesso à esfera pública. Se isso for teoricamente possível, então os diagnósticos que vêem a atual “crise de separação dos poderes” imediatamente como uma “crise da democracia” são, pelo menos, incompletos. Supõe-se adiante um outro cenário: o de que a judicialização da política pode ser um movimento de deságue de pretensões sociais que não encontram expressão nas outras esferas estatais e que podem, evidentemente, ser acolhidas ou não a depender da estrutura, composição e cultura dos Judiciários realmente existentes (*ibidem*, p.33).

Para configurar esse outro cenário, Araújo faz uso da noção de soberania complexa de Pierre Rosanvallon. Trata-se de noção de soberania que, contra o monismo político – que só reconhece no Legislativo e nas eleições que o sustentam os canais de representação democrática – compreende que devem fazer parte da política outras formas de representação, como a representação funcional, exercida pelos que falam em nome do povo de acordo com o que é organizado e reconhecido nos textos que organizam a vida pública: as leis e sobretudo a Constituição (ROSANVALLON, 2000, p. 431). É com base nessa noção de soberania complexa que a autora coloca em destaque que “permanece contemporâneo o desafio de encontrar arranjos sócio-institucionais que admitam a diversidade social canalizada

através de formas plurais de representação que sejam legítimas e igualitárias”. Para então concluir que: “a ida da sociedade e de suas associações ao Judiciário – além do Legislativo e do Executivo – talvez possa ser entendida como um movimento, ainda que incipiente, multifacetado e não sem riscos, nessa direção” (ARAÚJO, 2011, p. 40).

O projeto de Chantal Mouffe de uma democracia radical, que requer a democratização da multiplicidade de dimensões da sociedade, não se afasta muito da forma como Rosanvallon desafia o monismo identitário, clamando por uma expansão generalizada dos procedimentos democráticos e dos canais de representação democrática. Com base na compreensão de política e de sociedade desenvolvidas por Laclau e Mouffe, o presente trabalho compartilha com Gisele Araújo e Pierre Rosanvallon a compreensão de que a diversidade social contemporânea demanda formas plurais de representação e que, em princípio, não há nada que impeça o Judiciário de se apresentar como um desses canais de expressão da vontade popular. As formas como essas possibilidades de uso democrático do Poder Judiciário se expandem, ou contraem, precisam ser avaliadas caso a caso, sob uma perspectiva teórica que permita sua avaliação empírica.

A avaliação de inspiração luhmaniana de que “o sistema jurídico é dotado de uma unidade organizacional e operativa – coisa julgada, princípio da inércia, “non liquet” – que o torna uma estrutura inábil para trabalhar com temáticas politizadas” (GONÇALVES, 2011, p. 89) não precisa ser revertida e cristalizada num postulado teórico que só permita entender a politização da justiça como um indevido momento de alopoiese em que sistemas que precisavam ser independentes – o sistema político, o sistema jurídico, o sistema econômico, etc. – graças à diluição de suas fronteiras de atuação, destroem o projeto de diferenciação funcional da modernidade. Sob uma perspectiva em que não apenas sistemas regulam a vida das pessoas, mas também em que as pessoas são capazes de rearticular o fundamento dos seus sistemas, se as instituições jurídicas não têm sido hábeis para processar demandas politizadas, disso não decorre, necessariamente, que essas demandas politizadas precisam ser excluídas da apreciação judicial. Nada impede que, pelo contrário, sejam as instituições jurídicas as modificadas para que melhor respondam a essas demandas.

O que seria, nessa perspectiva sistêmica, o sistema político em sentido estrito, também possui suas limitações no processamento de demandas políticas no sentido mais amplo do termo. Não há como negar a importância das eleições para a constituição de uma verdadeira democracia representativa. Mas a dependência do

voto por parte dos membros dos poderes Executivo e Legislativo não deixa de ser um obstáculo à recepção de determinadas demandas sociais, sobretudo de grupos numericamente minoritários, como é o caso das minorias sexuais e religiosas. A temporalidade de poucos anos com que trabalham os políticos que têm objetivos eleitorais de curto prazo, também pode ser empecilho à recepção de demandas que cristalizam seus efeitos no longo prazo, como por exemplo, as demandas por preservação ecológica. Numa perspectiva estreita de soberania e de política, demandas como essas correm o risco de serem sistematicamente excluídas de apreciação pelos representantes do povo. A não ser que outros tipos de representação sejam pensados, como a representação funcional destacada por Rosanvallon.

Dada a sua independência com relação ao sistema eleitoral, os juízes podem aparecer como agentes políticos capazes de dar guarida a demandas desse tipo, como representantes de princípios comunitariamente compartilhados, fazendo uso da igual consideração e respeito por todos para fundamentar direitos de minorias sexuais, da laicidade do Estado para proteger minorias religiosas, ou do princípio de responsabilidade de Hans Jonas (2006) para fomentar a proteção ambiental. Se, conforme admitido anteriormente, esse caminho de expansão da representação comporta riscos, nem por isso ele deve ser desprezado simplesmente por fidelidade a um modelo conceitual, dependente de uma sociologia do Direito que reduz a atividade judicial, necessariamente, à leitura da realidade por meio do binômio lícito/ilícito. Se a situação específica do Judiciário, que – ao contrário do que acontece com o Legislativo e Executivo – extrai sua legitimidade de sua independência, coloca sua abertura sob a tensão da instrumentalização, nem por isso um ideal de direito socialmente mais responsivo precisa ser abandonado de pronto em favor de um retorno a um direito socialmente insulado como único sistema portador do significado de o que seria o verdadeiro Direito.

É por isso que insisto numa representação das instituições jurídicas que possa ser entendida como uma formação discursiva que carrega em si possibilidades múltiplas, dentre elas a de um direito radicalmente democrático. E os casos estudados no capítulo anterior reforçam essa compreensão. Os juízes insistem na diferenciação das suas funções perante funções legislativas e morais, por exemplo. Mas não se fecham num sistema autônomo e auto-suficiente e tampouco baseiam suas decisões apenas no contraponto entre lícito e ilícito. Se os casos também mostram tensões e

dificuldades na relação entre os juízes e as novas demandas que lhes são apresentadas, isso não é motivo para excluir tais demandas do Judiciário, já que algumas delas lá chegaram por não encontrar espaço no Legislativo. Se, por um lado, é necessário que se tome cuidado e se pense alternativas perante os riscos trazidos à democracia pela delegação de poder a um corpo de representantes não eleitos, essas alternativas não precisam ser o bloqueio desse canal de expressão de demandas populares que, ao menos em princípio, possui potencial democrático, na forma em que a democracia e o Direito têm sido aqui compreendidos. Forma essa que não se assenta numa teoria dos sistemas sociais como a de Luhmann.

As reflexões teóricas do presente trabalho caminham, portanto, no sentido de reconhecer o potencial democrático das instituições de um Judiciário, nos termos de Phillippe Nonet e Philip Selznick (2005), socialmente responsivo, pois este ampliaria os canais de expressão hegemônica. Claude Lefort, cuja noção de democracia embasa fortemente as concepções sociais e políticas de Laclau e Mouffe, destaca que a uma das principais características da democracia é o “vazio” gerado nas instituições de governo (LEFORT, 1986, p. 28). Essa característica da democracia permite que qualquer grupo possa se tornar o porta-voz da coletividade – diferentemente, por exemplo, de um governo dinástico em que poder político e consanguinidade andam juntos. Se o Judiciário responsivo, pela abertura de suas instituições e do entendimento acerca de seus institutos, também é marcado pela explicitação do esvaziamento dos marcos de certeza que antes garantiam os direitos repressivo e autônomo, pode-se dizer que ao mesmo tempo em que ele ganha instabilidade, ganha também potencial democrático.

Os casos estudados confirmam, na prática, esse esvaziamento e flexibilização dos institutos do direito brasileiro. Trata-se de exemplos em que diferentes grupos – trabalhadores organizados, partidos, segmentos religiosos, estudantes, etc. – por diferentes meios – mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade, recursos processuais, etc. – transformaram antagonismos sociais em disputas judiciais apresentando suas demandas particulares como portadoras do real significado dos valores universais expressos na Constituição. Contudo, como são representantes de apenas alguns casos emblemáticos, mas pontuais, da judicialização da política e das relações sociais no Brasil, esses dados servem apenas para confirmar o potencial democrático de um Direito responsivo e não para validar a consolidação desse modelo jurídico no Brasil. Para isso, restariam necessários

estudos mais sistemáticos, capazes de avaliar as duas dimensões capazes de mostrar o quão responsiva é determinada ordem jurídica: a dimensão da pluralidade de demandas que recebe e a dimensão das respostas que dá a essas demandas.

Referências

- ARAÚJO, Gisele Silva. Judicialização da política: as possibilidades da democracia para além do monismo político e identitário. 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. 23-49.
- BADINTER, Robert e BREYER, Stephen (orgs). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press, 2004. 317 p.
- GLYNOS, Jason; HOWARTH, David. *Logics of critical explanation in social and political theory*. London: Routledge, 2007. 264p.
- JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro, Contraponto, 2006 [1979]. 353p.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. Entre politização e judicialização: limites estruturais do direito e da política. 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. 76-93.
- 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.
- LEFORT, Claude. La question de la démocratie. In: LEFORT, Claude. *Essais sur le politique. XIXe e XXe siècles*. Paris: Éditions du Seuil, 1986, p. 17-32.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1994]. 263 p.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive Law*. 2ª ed. New Brunswick; London: Transaction publishers, 2005 [1978]. 122 p
- ROSANVALLON, Pierre. *La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple em France*. Paris: Éditions Gallimard, 2000. 591p.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, politics and judicialization*. Oxford: Oxford University Press. 2002. 417p.
- TATE, C. Neal. e VALINDER, Torbjörn. (orgs.). *The Global Expansion of the Judicial Power*. New York/London: New York University Press, 1995. 556 p.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272 p.
- WEBER, Max. Sociologia do direito. In: WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Unb, 2004 [1921]. p. 1-153. Vol. 2.