

APRESENTAÇÃO

*Maria Teresa Miceli KERBAUY**

A expansão do poder judiciário no final do século passado e a inclusão do Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes provocaram uma nova arquitetura institucional com um protagonismo cada vez maior do Judiciário. Esta expansão do poder judiciário acompanhou o chamado Constitucionalismo Democrático calcado no binômio dignidade humana/solidariedade social, ultrapassando a concepção de direitos subjetivos para dar lugar a liberdades positivas. (CITTADINO, 2001-2002)

O debate acadêmico nas Ciências Sociais brasileira em torno da judicialização da política tem como marco a abordagem institucionalista de Vallinder e Tate (1995). Para estes autores a revisão constitucional realizada pelos Estados Unidos da América (EUA) após a queda do Comunismo no Leste Europeu e o fim da União Soviética propiciaram a sofisticação dos mecanismos de controle jurisdicional (CARVALHO, 2004). Através de uma metodologia para a comparação do Poder Judiciário em diferentes países, Maciel e Koerner (2002, p.114) consideram que “Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

No Brasil, o marco desse processo é a Constituição de 1988 que redefiniu a relação entre os três poderes ampliando os poderes do sistema judicial e orientando a interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais.

Em 2004 a Emenda Constitucional nº 45, chamada Reforma do Judiciário, introduziu modificações no funcionamento do sistema judiciário e nas suas competências. As mais significativas foram: 1) o sistema de controle de constituciona-

* UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Araraquara – SP – Brasil. 14800-901 – teresa.kerbay@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-0622-1512>.

lidade; 2) a criação do Conselho Nacional de Justiça, para o controle e fiscalização dos órgãos dos sistemas de justiça; 3) democratização do judiciário garantindo à população brasileira o acesso à justiça e 4) mecanismos alternativos de solução de conflitos (juizados especiais, mediação e conciliação).

A expressão judicialização da política ganhou o debate público a partir da Ação Penal 470 de 2005 conhecida como o Escândalo do Mensalão e da operação Lava Jato de 2014. Maciel e Koerner (2002, p. 115) consideram que “a expressão é utilizada em sentido normativo, tanto em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, assim como em relação às propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia brasileira”. A forma mais difundida sobre a judicialização da política é o controle jurisdicional de constitucionalidade.

A literatura sobre o tema aponta que existem vários sentidos dados ao termo judicialização da política. No caso brasileiro, o termo judicialização assumiu no debate público e na produção acadêmica, um sentido normativo com análises cujas perspectivas evidenciam modelos diferenciados de decisão. Nessa perspectiva, a normatividade traz uma ambiguidade “na atuação do Judiciário na política, tanto em termos da teoria democrática quanto em termos da formulação efetiva e eficaz das políticas públicas” (TAYLOR, 2007, p. 249).

Para Carvalho (2004, p. 121) um grande número de pesquisas no Brasil “apropriou-se de um cabedal teórico que explica a judicialização no Brasil por meio do aumento expressivo das ações judiciais, entendendo essa explosão processual como uma forma de participação da sociedade civil”. No entanto, ele considera que o aumento das ações não é suficiente para caracterizar o processo de judicialização.

Diante desse quadro é necessária a inclusão de novas abordagens que permitam uma análise mais ampla sobre o entendimento do direito e sobre o seu papel social no aperfeiçoamento do debate acadêmico sobre a judicialização da política no Brasil. Nesse sentido, os artigos apresentados no Dossiê têm a perspectiva de contribuir para o avanço do debate acadêmico sobre a judicialização da política no Brasil.

O artigo de Eduardo Casteluci, *Discrecionalidade Na Justiça Criminal: Construindo Um Quadro De Análise*, tem como objetivo analisar a introdução da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro “enquanto uma alternativa ao oferecimento da ação penal pública por parte do Ministério Público atribuindo a essa atividade um tipo de poder de decisão geralmente descrito na doutrina jurídica como discricionário”.

A utilização desse procedimento alterou significativamente a natureza das atribuições de promotores e procuradores anteriormente regidas pelo princípio da obrigatoriedade da ação pública sem exceção.

A introdução da colaboração premiada no Brasil se deu a partir de 2003 e passou a ser utilizada de forma sistemática pelo Ministério Público como forma

de produzir provas contra membros do alto escalão de organizações criminosas, especialmente no caso da operação Lava Jato, produzindo uma intensa polêmica por causa do uso desta ferramenta.

Para o autor, os aspectos importantes dos questionamentos que a colaboração premiada gera estão relacionados à falta de compreensão sobre essas modificações e suas implicações “para a forma historicamente estabelecida do processo penal brasileiro”.

Para análise do debate sobre a colaboração premiada e a compreensão do que são as ações discricionárias no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro, incluindo a organização policial, o órgão de persecução criminal e a magistratura, o autor realiza uma revisão bibliográfica das abordagens realizadas pelas ciências sociais e jurídicas, especialmente da produção bibliográfica em língua inglesa, com referência especial à tradição jurídica anglo-saxão e dos trabalhos brasileiros que incorporaram as premissas dessa abordagem. De acordo com a literatura a ideia de discricionariedade passou por distintas possibilidades de definição e de interpretação, constituindo-se em uma categoria polissêmica.

Através de uma revisão bibliográfica compreensiva e crítica e de um refinamento teórico conceitual, o artigo visa contribuir para a formação de um novo quadro de análise sociológica em que a discricionariedade seja decomposta em suas partes para, em seguida, ser requalificada pela teoria sociológica.

A revisão bibliográfica parte das análises realizadas pelas ciências jurídicas e a definição hegemônica de descrição da discricionariedade na área desse conhecimento. O autor considera que, apesar do consenso sobre a definição dos estudiosos do direito, dependendo da forma como os membros das instituições de justiça operam adaptações a essa noção procurando adequá-la à interpretação das particularidades dos contextos observados, algumas alterações nessa definição ocorrem.

Em seguida o artigo aborda a incorporação da discricionariedade como objeto de estudo das ciências sociais e das ciências sociais brasileiras tendo como referência os trabalhos anglo-saxões e as modificações que ocorreram no entendimento sobre a natureza coercitiva atribuída a essas estruturas que alteraram a ideia de discricionariedade.

O autor conclui que a discricionariedade sempre foi mobilizada pelos pesquisadores quando foi “necessário preencher as lacunas da explicação do modo como as normas abstratas do direito são transcritas em práticas concretas e eficazes”, mais precisamente, sempre que foi preciso reconhecer os papéis desempenhados pelos indivíduos no processo de objetivação das normas.

No entanto, para o autor, o debate da discricionariedade deve ser reinterpretado a partir de um corpo mais amplo de proposições teóricas, procurando modificar o método de identificação, descrição e explicação dos objetos, de forma a ajustá-lo

diante dos problemas colocados pelo modelo teórico. Dessa forma, a colaboração premiada no Brasil deve ser analisada não como uma ação discricionária, “mas como um recurso de poder mobilizado por indivíduos cuja capacidade de agência é tanto estruturada, quanto estruturante de uma organização social complexa da qual o sistema de justiça criminal é apenas uma parte”.

O tema da judicialização das políticas públicas é tratado no texto de Michelle Fernandez e José Mario Wanderley Gomes Neto intitulado *Judicialização, Policy e Modelos Formais Explicativos: Uma proposta Para Compreender As Decisões Judiciais Em Matéria De Políticas Públicas*.

Diante do papel atuante do judiciário em decisões de políticas públicas governamentais, por meio do controle de constitucionalidade ou de revisões de atos administrativos, o artigo tem como objetivo compreender quais os fatores que influenciam os membros do Poder judiciário em suas decisões seletivas quanto à interferência – ou não – nas políticas públicas governamentais.

Segundo os autores, baseados na literatura de referência, a atuação das instituições jurídicas no julgamento de litígios relacionados a políticas públicas se deve à progressiva constitucionalização de muitos direitos, especialmente dos direitos sociais e dos desafios de implementação efetiva desses direitos por parte do Estado. O judiciário passou a ter um papel relevante (maior interferência em assuntos de *policy*) como arena de maximização da proteção dos direitos de cidadania diante das dificuldades dos poderes Executivo e Legislativo na formulação e implementação de políticas públicas.

Além do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, os órgãos judiciais passaram a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos, realizando alterações funcionais importantes tais como: mudanças interpretativas das escolas jurídicas, pela delegação e ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias como a criação dos Conselhos da Magistratura e pela crescente pressão da sociedade civil.

Para Taylor (2007), o judiciário tem sido solicitado com certa frequência, tanto com base na Constituição quanto na legislação infraconstitucional para deliberar sobre políticas públicas contenciosas. Os tribunais podem também redirecionar o andamento das políticas públicas influenciando na implementação dessas políticas e julgando a legalidade das mesmas dentro de sua visão das regras legais e das normas vigentes.

Apesar do tema estar presente em vários estudos sobre o judiciário, no Brasil, segundo os autores, existem poucas análises sobre o impacto e influência das ações judiciais no processo e nas decisões de políticas públicas. Os efeitos crescentes da judicialização das políticas públicas são marcados por argumentos polarizados, informações limitadas ou apenas descrições dos fatos ou teorias meramente normativas que se limitam a afirmar como os fatos deveriam ser.

Para a compreensão das decisões judiciais o artigo se propõe a revisar os principais modelos formais presentes na literatura sobre o comportamento judicial e judicial *politics*: legalista, atitudinal e estratégico utilizando como referência Posner (2008).

Para a análise do comportamento do judiciário em relação às políticas sociais, os autores optaram pelo modelo atitudinal, tendo como premissa que no modelo atitudinal as decisões judiciais podem ser explicadas com base no peso da socialização na formação de valores e preferências dos juízes em relação às variáveis contextuais e normas institucionais. A escolha por este modelo também se deve à importância dada aos direitos sociais e por estar intimamente vinculado à concepção pessoal do indivíduo sobre valores e crenças. Estas características intrínsecas aos indivíduos podem ser refletidas nas suas ações, no caso do Judiciário, na análise dos conflitos e nas decisões proferidas por seus juízes, desembargadores e ministros.

Os modelos formais podem contribuir para um melhor entendimento da atuação do judiciário em temas de políticas públicas em cada uma das fases do ciclo de políticas públicas. Os autores apresentam dois quadros com algumas hipóteses, relacionando a possível atuação do judiciário aos diferentes modelos explicativos considerados de forma a entender melhor detalhes da equação decisória judicial nos temas de políticas públicas.

Para os autores as ferramentas descritas no artigo auxiliam na investigação sobre o comportamento judicial bem como nas consequências de suas escolhas sobre as etapas do ciclo de políticas públicas.

O artigo de Vinicius Wohnrath e Agueda Bittencourt, *Como Se Constroem Os Ministros Do Supremo Tribunal Federal: Duas Trajetórias Em Perspectiva*, trata de um tema que tem ganhado relevância no Brasil: o Supremo Tribunal Federal e os membros que compõem a cúpula do poder judiciário brasileiro, diante de seu protagonismo político cada vez mais evidente. O objetivo dos autores é analisar os padrões de trajetória dos dois últimos juristas indicados para assumir vagas no Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Edson Fachin e Alexandre de Moraes, considerados casos exemplares num momento de intensas disputas políticas. São juristas com histórias distintas ligados a grupos políticos em disputa no cenário nacional, cujas indicações sofreram críticas de vários setores da sociedade. A trajetória desses dois ministros permite entender como se deu o padrão de indicação dos juristas para o STF nesse momento de intensa crise política.

O tema da construção das trajetórias dos membros do STF, de acordo com a literatura, implica analisar os investimentos específicos desses membros das elites jurídicas colocando em perspectiva suas heranças familiares, capitais acadêmicos, carreiras jurídicas e posições no espaço político.

Os autores apontam as dificuldades na obtenção dos dados devido à escassez de fontes confiáveis para o entendimento das trajetórias dos ministros selecionados, especialmente no que se refere às suas origens e capitais familiares. Como boa parte da consulta foi realizada em meados de 2017 as dificuldades ao acesso à informação sobre a biografia dos ministros selecionados, podem ter sido alteradas posteriormente. O fato é que no Projeto de História Oral do Supremo não constava entrevista dos ministros selecionados e nem consta um verbete no Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro, principal fonte de consultas da trajetória de personalidade da história política brasileira. Também não existe informação no *site* do STF que divulga dados sobre seus membros na aba **quem é quem**.

Diante das dificuldades encontradas para a análise das trajetórias dos ministros escolhidos, os autores utilizaram diferentes fontes documentais tais como pareceres da Comissão de Constituição e Justiça, do Senado Federal e mensagens da presidência aos senadores, por ocasião de suas indicações. Para as informações sobre as atividades acadêmicas foram utilizados os currículos Lattes e os *sites* das faculdades de Direito da Universidade São Paulo (USP) e da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

De acordo com a literatura sobre o tema, a importância de certos padrões de trajetória para a obtenção de sucesso no campo jurídico, foi avaliada a partir de alguns eixos: heranças familiares, experiência acadêmica, *expertise* jurídica e proximidade com elites políticas. Os resultados obtidos nos processos de recrutamento pelo STF apontam para *expertises* acadêmicas e jurídicas, sólidos capitais políticos e extensas relações sociais e incluindo a militância como elementos importantes para a ascensão ao Supremo.

Para os autores a exploração da trajetória desses ministros permitiu entender as condições que foram oportunizadas pelo momento de intensas disputas pelo Estado em um cenário de rupturas de alianças, mas que só podem ser explicados pelas negociações durante uma vida toda ou pelas heranças dos juristas em questão.

O texto de Eliane Alves da Silva, Francisco de Assis Comaru e Sidney Jard da Silva intitulado *Direito À Moradia E Judicialização: Atuação Da Defensoria Pública Paulista* trata de um caso específico de atuação de instituição judicial – Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) – nos conflitos fundiários urbanos e o papel desempenhado por esta instituição no cumprimento do direito social à moradia.

A questão principal que norteia a investigação dos autores é o papel do Judiciário na efetivação de direitos sociais e a exigibilidade desses direitos. Outras indagações completam a discussão: a forma e tutela dos direitos sociais (individual ou coletivo) e as implicações sociopolíticas da realização efetiva do direito à moradia de forma a enfrentar a questão da redistribuição de recursos sociais e do estatuto da propriedade privada que não cumpre sua função social.

Para responder a esses questionamentos foram realizadas entrevistas com roteiros semiestruturados visando a análise do discurso e das percepções dos agentes vinculados à Defensoria Pública. A pesquisa focou na atuação do Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo (NHU). Foram realizadas entrevistas na Ouvidoria da Defensoria Pública Paulista, órgão responsável pela interface entre a instituição e a sociedade civil, no Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) da unidade central do município de São Paulo e em unidades locais da Defensoria nos municípios de Osasco-SP e Mogi das Cruzes-SP. Também foram realizadas entrevistas com agentes externos com quem o DPESP mantém convênios para a defesa jurídica da população de baixa renda, entre eles o Escritório Modelo D. Paulo Evaristo Arns (PUC/SP) e o Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos. Além disso, ocorreram levantamentos de material institucional como boletins periódicos, dos regulamentos e demais documentos disponíveis na página da DPESP na internet.

Apesar do direito à moradia ter sido incorporado à Constituição Federal como direito social fundamental, somente em 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26 e reafirmado no Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), este direito foi de fato efetivado no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 também afirmou o direito de propriedade entre os direitos individuais fundamentais (art.5º) condicionando seu exercício ao cumprimento de sua função social afirmando que a propriedade deve ser balizada pelo bem coletivo, conforme definição apresentada mais tarde pelo Estatuto da Cidade.

Segundo os autores, a positivação constitucional desses direitos produz dois efeitos: evidencia o conflito entre posse e propriedade titulada e o conflito entre direito social à moradia e o direito de propriedade que encontra sua expressão na ocupação irregular de propriedades que não cumprem sua função social, por populações vulneráveis que reivindicam seu direito de nela permanecer e de adquirir o seu domínio.

Por outro lado, o Estado tem a obrigatoriedade de fazer cumprir os direitos constitucionalmente estabelecidos, sendo que a sua não garantia pode levar a processos de judicialização da política com o acionamento do sistema de justiça para a garantia do cumprimento dos direitos positivados.

A análise do papel do DPESP a partir da judicialização dos direitos sociais, no caso específico o direito à moradia, tem como cenário a urbanização excludente e desigual e os conflitos fundiários relacionados ao reconhecimento legal de direitos de posse e ao reconhecimento das formas irregulares de ocupação da terra urbana. Desta forma posse e propriedade titulada são colocadas em polos opostos e tornam-se objeto de conflito no momento em que a regularização fundiária de uma área ou a recusa dos ocupantes em deixá-la e são entendidas como não cumprimento da sua função social.

Apesar da legislação brasileira reconhecer formas irregulares de ocupação do solo urbano, de imóveis privados e públicos, caracterizadas pela posse não titulada (Estatuto da Cidade e Lei 11.481/2007), a atuação da Defensoria Pública Paulista tem um papel importante na afirmação do direito social a ser garantido e promovido pelo Estado e no cumprimento da função social da propriedade.

No entanto, para os autores, apesar da atuação da Defensoria Pública Paulista na cobrança da efetivação do direito à moradia ser uma ferramenta importante, seu alcance será limitado senão envolver a ação social e política de atores diversos que podem contribuir para a recuperação e fortalecimento do tratamento da questão da moradia em seu sentido político, na forma que foi positivado pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil. Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociologia e Política**, Curitiba, 23, p.115-126, nov. 2004.
- CITTADINO Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 11, N° 2 e Ano 111, N° 3 -2001-2002
- MACIEL, D. A; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, 57, p.113-133, 2002.
- NOBRE, M; RODRIGUES, J. R. “Judicialização da Política”: Deficits Explicativos e Bloqueios Normativos. **Novos Estudos**, São Paulo, 91, p. 5-20. novembro de 2011.
- POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- TAYLOR, M. O Judiciário e as Políticas públicas no Brasil. **Dados. Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 50, no 2, p. 229-257, 2007.
- VALLINDER, T; TATE, C. N. **The global expansion of judicial power: the judicialization of Politics**. New York. New York University.1995.
- WERNECK VIANNA, L (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte e Rio de Janeiro: Editora da UFMG e IUPERJ/FAPERJ, 2002.