A JUDICIARIZAÇÃO COMO FORMA DE “IMUNIZAÇÃO” DA DEMOCRACIA CONTRA A CONTAMINAÇÃO POPULISTA*

Orlando Villas Bôas Filho**

RESUMO

Objetivo: Analisar o processo de judicialização, tal como definido na “sociologia política do direito” proposta por Jacques Commaille, como forma de “imunização” da democracia contra a contaminação populista.

Metodologia: Efetuou-se uma revisão bibliográfica em artigos e livros que enfocam o fenômeno da judicialização a partir da “sociologia política do direito” e a tese de Pierre Rosanvallon acerca da complexificação da experiência democrática contemporânea que conduz à consideração de novas formas de legitimidade (imparcialidade, proximidade e reflexividade).

Originalidade: A partir de uma perspectiva interdisciplinar, o estudo mobiliza aportes da “sociologia política do direito”, proposta por Jacques Commaille, e das análises de Pierre Rosanvallon acerca da democracia e do populismo.

Resultados: Constatou-se que a contaminação populista da democracia pode ser contida pelo processo de judicialização.

Contribuições: o estudo evidencia o caráter frutífero da análise interdisciplinar para a compreensão das relações complexas que se tecem no âmbito das relações entre direito e política.

Palavras-chave: Judicialização. Democracia. Populismo. Imunização.

Submetido em: 10/02/2021

Aprovado em: 19/05/2021

DOI: <https://doi.org/10.37497/revcampojur.v9i2.744>

*O presente artigo consiste em uma versão expandida da apresentação realizada em 25 de março de 2021 no Congresso Internacional “La razón inmunitaria. El derecho de las democracias a soberanía viral”, promovido pela Universidad Externado de Colombia.

**Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, (Brasil). Pós-Doutorado na Université de Paris X - Nanterre, (França) e na École Normale Supérieure de (Paris). Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FD/USP, São Paulo, (Brasil). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-4077-9982>. E-mail: ovbf@usp.br

JUDICIALIZATION AS A FORM OF “IMMUNIZATION” OF DEMOCRACY AGAINST POPULIST CONTAMINATION

ABSTRACT

Objective: To analyze the process of judicialization, as defined in the “political sociology of law” proposed by Jacques Commaille, as a form of “immunization” of democracy against populist contamination.

Methodology: A literature review was carried out in articles and books that focus on the phenomenon of judicialization from the “political sociology of law” and on Pierre Rosanvallon’s thesis on the complexity of the contemporary democratic experience that leads to the consideration of new forms of legitimacy (impartiality, proximity and reflexivity).

Originality: From an interdisciplinary perspective, the study mobilizes contributions from the “political sociology of law”, proposed by Jacques Commaille, and from Pierre Rosanvallon’s analysis of democracy and populism.

Results: It was found that the populist contamination of democracy can be contained by the judicialization process.

Contributions: the study highlights the fruitful nature of interdisciplinary analysis for understanding the complex relationships that exist within the scope of the relationship between law and politics.

Keywords: Judicialization. Democracy. Populism. Immunization.

INTRODUÇÃO

O processo de “judicialização” tem se firmado, historicamente, como uma característica da sociedade contemporânea.¹ Diversos autores sublinham essa crescente tendência de se recorrer ao Poder Judiciário, especialmente nos sistemas democráticos.² Segundo Martine Kaluszynski (2007), a “judicialização”, em sentido lato, poderia ser qualificada pelas seguintes características essenciais: a) a multiplicação do recurso ao Judiciário por parte dos atores

¹ Cabe notar que, nesta análise, será usado o termo “judicialização” (*judiciarisation* entre os autores francófonos). Essa observação se faz importante porque, no Brasil, por influência de autores anglófonos, especialmente Tate e Vallinder (1995), prepondera o uso do vocábulo “judicialização”, proveniente do inglês *judicialization*, para a descrição do fenômeno que será aqui examinado.

² A respeito, ver, especialmente: Commaille e Dumoulin (2009), Israël (2010) e Roussel (2003). Acerca da juridicização (judicialização) da política e mesmo da “megapolítica”, ver, sobretudo, Hirschl (2004, 2006, 2008, 2011) e Commaille (2007, 2010b). Quanto à possibilidade de o direito figurar como “sistema imunológico” da sociedade, ver, especialmente, Luhmann (2004 [1993]). A respeito, ver: Guerra Filho (2014).

sociais; b) o aumento de solicitações de intervenção judicial para o tratamento de temas fundamentais da sociedade; c) o deslocamento cada vez mais frequente do tratamento de questões relativas à arena política para a seara judiciária. Assim, como se verá a seguir, é possível constatar que a “judiciarização” acarreta uma reconfiguração das relações entre os campos “político” e “jurídico”.³ É nesse sentido que Jacques Commaille e Laurence Dumoulin (2009) ressaltam que a “judiciarização” seria indissociável dos novos papéis e de um novo *status* assumidos pela esfera jurídica em relação à política.⁴

Por outro lado, conforme enfatiza o historiador Pierre Rosanvallon (2020), o populismo tem se afigurado como um fenômeno contemporâneo de ampla significação, de modo a, inclusive, subverter a dinâmica do campo político no século XXI. Espreado-se por diversos países, o populismo, a despeito da carência de teorização que lhe é direcionada, demanda atenta consideração, especialmente porque, em alguns casos, coloca em risco a própria ordem democrática.⁵ Nesse sentido, cabe notar que, ao caracterizar-se, entre outras coisas, pela pretensão de uma relação não mediada institucionalmente com as massas, o populismo consigna a efetiva possibilidade de uma deterioração da legitimidade das instituições democráticas, tal como elas se estruturam na atualidade.⁶ Assim, levando em conta a importância do processo de “judiciarização” no campo político, o presente artigo, a partir de uma abordagem sociojurídica, procurará sublinhar o seu potencial de imunização da democracia contra a contaminação populista.⁷

Diante do exposto, será realizada uma breve análise do processo de judiciarização a partir da “sociologia política do direito” (1). Feito isso, será enfocada a tese de Pierre Rosanvallon acerca da complexificação da experiência democrática contemporânea decorrente do progressivo descentramento de sua legitimidade da esfera eleitoral-representativa, o que conduz à questão da emergência de novas formas de legitimação da democracia que podem ser afetadas pelo populismo (2). Por fim, será abordada a questão da judiciarização como uma forma de imunização da democracia contra a contaminação populista (3).

³ Sobre as noções de “campo político” e de “campo jurídico”, ver, especialmente: Bourdieu (1986a, 1986b, 1991, 1993, 2012).

⁴ Cf. Commaille (1999, 2007, 2010a, 2010c, 2015, 2019).

⁵ A respeito, com particular ênfase no caso norte-americano, ver: Levitsky e Ziblatt (2018).

⁶ Para uma descrição da experiência democrática em sua configuração atual, ver, especialmente, Rosanvallon (2008). Para uma análise da polissemia do conceito de democracia, ver, por exemplo: Colliot-Thélène (2010) e Villas Bôas Filho (2013). Acerca da polissemia do conceito de populismo, ver: Rosanvallon (2020).

⁷ Vale notar que a “sociologia política do direito” é particularmente adequada ao tratamento dessa questão na medida em que, opondo-se ao que Commaille (2015) designa de “paradigma da dominação”, procura enfatizar o direito como recurso na luta social e política. Para uma abordagem da judiarização como instrumento de contenção da degradação populista da legitimidade democrática, ver: Villas Bôas Filho (2020) e Villas Bôas Filho, Garcia e Kussi (2020).

1. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS E REFERENCIAL TEÓRICO

A pesquisa que embasa o presente artigo tem como procedimento metodológico a análise bibliográfica relativa aos temas da “judicialização”, da “democracia” e do “populismo”. Tendo em vista a complexidade dessas questões e a ampla e diversificada literatura a elas direcionada, foi realizada uma delimitação teórica com o propósito de se evitar uma abordagem eclética. Assim, no que concerne à questão da “judicialização”, foi mobilizada a “sociologia política do direito” proposta por Jacques Commaille. Relativamente aos temas da democracia e do populismo, foram utilizadas as análises empreendidas pelo historiador Pierre Rosanvallon. Por fim, no que tange ao conceito de “imunização”, foi feita uma apropriação pontual da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Como os referenciais teóricos utilizados são complexos e envolvem uma ampla recepção no debate sociojurídico contemporâneo, a pesquisa não se manteve adstrita à análise das obras (livros e artigos) dos autores acima mencionados. Assim, procurou focar também textos de seus mais expressivos comentadores e interlocutores. No que concerne especificamente ao tema do populismo, foram enfocados alguns dos clássicos do pensamento social brasileiro. Por fim, cumpre notar que, para análise dos dados coletados na pesquisa, utilizou-se a técnica interpretativa.

2. A “JURIDICIZAÇÃO” ENFOCADA A PARTIR DA “SOCIOLOGIA POLÍTICA DO DIREITO”

Os processos de juridicização (*juridicisation* entre os autores francófonos e *juridicalization* ou *juridification* entre os anglófonos) e de judicialização (*judiciarisation* entre os autores francófonos e *judicialization* entre os anglófonos) são objeto de especial atenção por parte da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille, que os associa às mudanças do “regime de legalidade” nas sociedades ocidentais contemporâneas. Conforme enfatizam Commaille e Dumoulin (2009), embora esses dois fenômenos estejam frequentemente relacionados, não podem ser confundidos. Por conseguinte, com o intuito de explicitar as especificidades desses dois processos, serão apresentadas a seguir, em linhas gerais, as características fundamentais que o autor atribui a cada um deles, a começar pelo de juridicização.

Commaille (2010b) ressalta que a juridicização seria uma característica de nossas sociedades, observável nos mais diversos domínios. Segundo ele, a juridicização tenderia a ser acompanhada de uma judicialização das questões sociais e políticas, sendo, neste último caso, reveladora de um deslocamento do tratamento de certas questões da arena política para a judiciária, mediante a utilização cada vez mais frequente do direito, como recurso, pelos atores sociais. Além disso, questões atinentes aos atores políticos, especialmente as relativas à corrupção, passariam a ser deslocadas para o tratamento judiciário. Logo, conforme Commaille (2007), a judicialização exprimiria, em suma, um crescimento de litígios submetidos à apreciação dos tribunais. Pélisse (2007), por exemplo, sustenta que a juridicização expressaria um processo de formalização fundado sobre uma extensão do direito positivo para regulamentação das relações sociais, sobretudo fora dos tribunais, enquanto a judicialização remeteria ao aumento do recurso à instituição judiciária e aos procedimentos formais para composição dos conflitos.

3. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: BREVE EXCURSO PELA TESE DE PIERRE ROSANVALLON

3.1. A IRREDUTIBILIDADE DA DEMOCRACIA AO MOMENTO ELEITORAL

Conforme Rosanvallon (2008), a ideia de que o povo seria a única fonte legítima do poder teria se expandido universalmente como a expressão da essência da democracia. Consequentemente, nas representações de senso comum, a unção popular dos governantes constituiria a principal característica de um regime democrático. Rosanvallon sustenta que, nessa perspectiva, pressupor-se-ia que a maioria equivaleria ao todo e que o momento eleitoral valeria pela duração de todo o mandato que dele recorre.

Para Rosanvallon (2008), o sufrágio universal, considerado como forma tradicional de expressão da “generalidade social”, repousa sobre uma visão “agregativa” desta última, pois parte da premissa de que a massa de cidadãos-eleitores constituiria, por agregação, a “vontade geral”. Por outro lado, a ideia de “serviço público”, outro pilar da concepção convencional de democracia, também remeteria à ideia de uma “generalidade objetiva” consistente na suposição de que a “razão pública” ou o “interesse geral” estariam, de alguma forma, identificados às próprias estruturas do Estado republicano.

No entanto, de acordo com Rosanvallon (2008), com o fim do século XX, a complexidade social teria levado ao desmoronamento das antigas formas de apreensão da “generalidade social”. Nesse contexto, a legitimação pelas urnas teria começado a se tornar progressivamente insuficiente. Observar-se-ia, assim, uma espécie de “dessacralização da função da eleição”. Com isso, a eleição começaria a experimentar uma redução de sua função, deixando de fornecer uma espécie de legitimação *a priori* das políticas desenvolvidas pelo governo eleito. Assim, as eleições teriam progressivamente assumido uma função mais reduzida: a validação de um modo de designação dos governantes.

Conforme Rosanvallon (2014, p. 26-27), após a conquista fundamental do sufrágio universal, o desenvolvimento do ideal democrático articulou-se historicamente ao redor de duas grandes ambições. Em primeiro lugar, a de tornar a democracia mais participativa, ou seja, não restringir a intervenção dos cidadãos apenas ao momento eleitoral. Em segundo lugar, a implementação de uma democracia deliberativa, inserindo as decisões públicas em um “debate cidadão vivo”. O objetivo, em ambos os casos, consistiria em passar de uma “democracia intermitente” a uma “democracia permanente” e, simultaneamente, de uma “democracia de delegação” a uma “democracia de implicação”.

Logo, para Rosanvallon (2008), a conjugação de todos esses aspectos teria conduzido ao progressivo enfraquecimento da “esfera eleitoral-representativa” como forma de legitimação institucional do sistema democrático. Nesse sentido, o autor propõe uma análise da legitimidade democrática descentrada dessa esfera, pois, em seu entendimento, observar-se-ia, na atualidade, a emergência de outras maneiras de legitimação da democracia que seriam simultaneamente concorrentes e complementares à “consagração pelas urnas”. Trata-se de um processo que, segundo ele, seria observável a partir do final do século XX (especialmente, a partir de 1980), período em que outras formas de expressão da “generalidade social” começariam a se delinear.

3.2 A EMERGÊNCIA DE NOVAS FORMAS DE LEGITIMAÇÃO

Rosanvallon (2008) aponta a emergência de três formas de constituição da “generalidade social”: a) “generalidade pela desvinculação”; b) “generalidade de multiplicação”;⁸ c) “generalidade de atenção à particularidade”. A cada uma dessas formas de

⁸ Em francês, “démultiplier” significa aumentar o efeito de alguma coisa mediante a multiplicação dos meios empregados. Em português, o termo “desmultiplicação” não está dicionarizado. Assim, em consonância com a tradução para o inglês, realizada por Arthur Goldhammer (*generality of multiplication*), optou-se aqui por traduzir a expressão “généralité de démultiplication” por “generalidade de multiplicação”.

constituição da “generalidade social” corresponderiam, respectivamente, três tipos de legitimidade: a) a “legitimidade de imparcialidade”; b) a “legitimidade de reflexividade”; c) a “legitimidade de proximidade”.⁹

De acordo com Rosanvallon (2008), a “generalidade social”, decorrente da “desvinculação” das particularidades, consistiria na equidistância *vis-à-vis* às diferentes partes implicadas em uma determinada questão. A qualidade da instituição envolvida nesse tipo de legitimidade seria avaliada a partir da impossibilidade de sua apropriação pessoal/personalista. Trata-se, portanto, do que o autor designa de “generalidade negativa”, consistente na não tomada de partido. Conforme Rosanvallon (2008), a essa forma de “generalidade pela desvinculação” liga-se a “legitimidade de imparcialidade”.

A realização da “generalidade social” expressar-se-ia, segundo Rosanvallon (2008), por meio de um trabalho de pluralização das expressões da soberania social. A finalidade, nesse caso, seria “complexificar” a vida democrática. Trata-se, notadamente, de corrigir os “inadimplementos” decorrentes da assimilação da vontade geral pela “maioria eleitoral”, ou seja, da identificação do interesse da maioria com o interesse geral, com a consequente desconsideração da minoria. Nesse caso, o propósito é produzir uma “generalidade de multiplicação”. O exemplo clássico nessa seara consiste no controle de constitucionalidade, pelas Cortes Constitucionais, das decisões da maioria traduzidas no governo eleito. A essa forma de “generalidade social” liga-se a “legitimidade de reflexividade”.

Por fim, Rosanvallon (2008) faz alusão a uma “generalidade social” relativa à tomada em consideração da multiplicidade de situações e pelo reconhecimento das singularidades sociais. Trata-se, segundo ele, de uma forma de constituição da generalidade que implica a imersão no mundo da particularidade, cujo propósito é levar em conta os indivíduos concretos. Por conseguinte, estar-se-ia diante de uma “generalidade de atenção à particularidade”. Para o autor, essa forma de “generalidade social” estaria ligada a uma “legitimidade de proximidade”.

De acordo com Rosanvallon (2008), a emergência dessas novas formas de legitimidade conduziria à progressiva impossibilidade de redução da experiência democrática apenas à sua dimensão eleitoral-representativa. É nesse sentido que o autor alude ao que designa de “democracia pós-eleitoral”. Isso significa que, nessa perspectiva, a democracia não pode ser reduzida à participação periódica em eleições para a escolha de um governante que, ungido pelas urnas e respaldado pela vontade da maioria, seria portador de uma suposta “vontade

⁹ A respeito, ver também Rosanvallon (2015).

geral”.¹⁰ As novas formas de legitimidade (“imparcialidade”, “reflexividade” e “proximidade”) seriam concorrentes e complementares à consagração pelas urnas e serviriam para o reconhecimento do que poderia ser considerado democraticamente legítimo.

4. A JUDICIARIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO FORMA DE IMUNIZAÇÃO DA DEMOCRACIA CONTRA A CONTAMINAÇÃO POPULISTA

Rosanvallon (2020) ressalta que o populismo teria impactado intensamente o cenário político do século XXI.¹¹ Segundo Rosanvallon (2020, p. 16), a “cultura política populista” seria constituída por cinco elementos fundamentais: a) uma concepção de povo fundada sobre a distinção “nós” e “eles”; b) uma teoria populista da democracia que prioriza a participação direta, da qual deriva a “sacralização do *referendum*”, uma visão polarizada e “hipereleitoralista” (*hyperélectoraliste*) da soberania popular que rejeita os corpos intermediários e procura domesticar as instituições não eleitas (tal como as Cortes Constitucionais e as Autoridades Independentes) e uma apreensão da vontade geral como algo suscetível de expressão espontânea; c) uma concepção de representação ligada à figura de um “homem-povo” (*homme-peuple*) que, por suas supostas virtudes, encarnaria a solução para uma situação avaliada como expressiva de uma má representação popular; d) uma política e uma filosofia econômica, caracterizadas pelo “nacional-protecionismo”, que instrumentalizam politicamente o campo econômico; e) um “regime de paixões e de emoções” caracterizado por “narrativas essencialmente complotistas” no plano intelectual e pelo sentimento de abandono e de invisibilidade no plano da ação.¹²

Tendo em consideração as características já mencionadas, observa-se que o populismo, ao investir contra os “corpos intermediários” e conceber o povo como uma massa homogênea, consigna efetivo risco de degradação de uma experiência democrática pautada pela mediação

¹⁰ Vale lembrar que, para Rosanvallon (2008), a regra da maioria constitui, simultaneamente, uma “técnica de decisão” e um “princípio de legitimação”.

¹¹ Em diagnóstico análogo, Przeworski (2019, p. 1) enfatiza que “something is happening. ‘Anti-establishment’, ‘anti-system’, ‘anti-elite’, ‘populist’ sentiments are exploding in many mature democracies”. A respeito, ver: Cassimiro (2021). Sobre essa questão, com especial ênfase no caso norte-americano, ver: Levitsky e Ziblatt (2018).

¹² Vale notar que a caracterização típico-ideal do populismo proposta por Rosanvallon (2020) o desenraíza de sua concreção histórica na América Latina. Todavia, na América Latina, ainda que assuma novas feições, o populismo também precisa ser enfocado a partir de uma perspectiva histórica, pois, nos países da região, como já notara Paz (2014 [1950], p. 14), “las épocas viejas nunca desaparecen completamente y todas las heridas, aun las más antiguas, manan sangre todavía”. Para análises clássicas acerca do populismo na América Latina e no Brasil, ver, especialmente: Ianni (1991 e 1994) e Weffort (2003).

institucional e pelo pluralismo político.¹³ Aliás, é por esse motivo que Rosanvallon (2006) o qualifica como uma “patologia da democracia eleitoral-representativa”. Além disso, ao exacerbar a desconfiança em face dos poderes instituídos mediante a celebração de um líder, em geral carismático, ao qual se atribui a suposta encarnação dos anseios populares, o populismo também pode engendrar uma postura antipolítica com consequências deletérias.¹⁴

Ademais, como mencionado, Rosanvallon (2008) identifica a emergência de novas formas de legitimidade (“imparcialidade”, “reflexividade” e “proximidade”) que, em seu entendimento, conduziriam ao progressivo incremento de complexidade da experiência democrática e à decorrente impossibilidade de sua redução à dimensão eleitoral-representativa. Essa situação faz recrudesacer ainda mais o potencial destrutivo do fenômeno populista, uma vez que este, a partir da exaltação da figura do líder e de sua relação direta com as massas (lógica do *referendum*), engendra simplificações grosseiras e incompatíveis com a complexidade que permeia a dinâmica das sociedades democráticas.¹⁵ Por essa razão, aliás, o populismo pode promover uma degradação da democracia capaz de conduzi-la ao que Rosanvallon (2020) designa de “democratura”.¹⁶

Como mencionado, as novas formas de legitimidade identificadas por Rosanvallon (2008) vincular-se-iam a alguns tipos básicos de instituição. Assim, a “legitimidade de imparcialidade” estaria articulada, no plano institucional, a autoridades independentes de vigilância e de regulação. A “legitimidade de reflexividade” encontraria o seu enraizamento institucional nas Cortes Constitucionais, na medida em que estas, ao enquadrarem a produção legislativa em um controle reflexivo de constitucionalidade, afigurar-se-iam como instrumentos de redução da margem de manobra dos governos. Por sua vez, a “legitimidade de proximidade”, não se atrelando a um modelo específico de instituição, remeteria a um conjunto de expectativas sociais relativas ao comportamento dos governantes, exprimindo-se, segundo Rosanvallon (2008, p. 25), na forma de uma “arte democrática de governo”.

¹³ Como observa Tarragoni (2013, p. 57), “le populisme menace la démocratie dans la mesure où cette dernière doit civiliser son peuple, maîtriser ses pulsions et l’éduquer à ‘l’auto-contrainte’, à résister à l’appel des ‘démagogues’, bref à la raison”.

¹⁴ Nesse particular, o populismo também pode ser concebido como uma espécie de forma parasitária que tem a democracia por hospedeiro. Contudo, como observa Serres (1997, p. 453), “le parasite est expansion, il court, et croît. Il envahit et il occupe”. Daí a necessidade de mobilização do direito como forma de “imunização” da democracia contra a contaminação populista.

¹⁵ Essa questão torna-se ainda mais crítica diante do que Rosanvallon (2015, p. 11) designa de “presidencialização das democracias”.

¹⁶ Rosanvallon (2020) contrasta o que ele designa de “oligarquia eletiva”, “totalitarismo” e “democratura”. Quanto ao neologismo “democratura”, Rosanvallon (2020, p. 227-228) afirma que “fusionnant les mots ‘démocratie’ et ‘dictature’, il qualifie un type de régime foncièrement illibéral conservant formellement les habits d’une démocratie (‘Régime politique mêlant des apparences démocratiques et un exercice autoritaire du pouvoir’)

Ora, ao promover a polarização e enaltecer a relação direta entre líder e povo sem mediação institucional, por meio da sacralização da lógica do *referendum* com a decorrente tentativa de domesticação das instituições não eleitas, especialmente as Cortes Constitucionais e as Autoridades Independentes, o populismo acaba por corroer o desenho institucional das democracias de modo a degenerá-las. É evidente que essa situação engendra um grave comprometimento da “legitimidade de reflexividade” e da “legitimidade de imparcialidade”, tal como Rosanvallon (2008) as define.

Contudo, é possível afirmar que até mesmo a “legitimidade de proximidade”, que não se vincula a um tipo específico de instituição, é degradada pelo populismo. Como visto, essa forma de legitimidade remete a um conjunto de expectativas sociais relativas ao comportamento dos governantes, especialmente no que tange à consideração das “singularidades sociais”. Ora, partindo de uma concepção homogênea de povo que, em contextos de forte polarização ideológica, reflete apenas as visões e os valores de acólitos fanatizados, o populismo também conduz à erosão da “legitimidade de proximidade”.¹⁷

É nesse contexto que a judicialização, tal como conceituada *supra*, pode servir de instrumento forma de imunização da democracia contra a contaminação populista.¹⁸ Isso ocorre porque ela pode ser entendida como um expediente suscetível de mobilização em novos repertórios de ação coletiva, implementados por movimentos sociais, ou mesmo como um recurso a ser instrumentalizado pela ação política.¹⁹ Ademais, como enfatiza Hirschl (2006, 2008, 2011), nas últimas décadas, observar-se-ia a transferência para os tribunais (em especial para as Cortes Constitucionais) de questões contenciosas de natureza política que ostentam inquestionável importância. O autor designa esse fenômeno de “judicialization of mega-politics” e de “judicialization of pure politics”.

Przeworski (2019) sustenta que, nas democracias, as eleições constituiriam o único instrumento efetivo para disciplinar os políticos. É possível afirmar que o recurso às instâncias judiciais cumpre um papel análogo em contextos sociais e políticos degradados pelo populismo. Isso ocorre porque a judicialização de questões políticas submete-as ao escrutínio Poder Judiciário e, portanto, a um controle de legalidade (ou, conforme o caso, de constitucionalidade) que pode mitigar ou anular os seus efeitos e, inclusive, impor responsabilização aos

¹⁷ A respeito, ver: Alexander (2018).

¹⁸ Em consonância com Luhmann (2004 [1993], p. 171), pode-se conceber “an immunization system with respect to the way in which solutions, once found, reduce the probability of new ‘infections’, particularly in view of the time it takes to find a solution.”

¹⁹ Cf. Israël (2001).

implicados.²⁰ Assim, a judicialização, tal como definida anteriormente, pode efetivamente servir de mecanismo de contenção ao ímpeto voluntarista, ao radicalismo ideológico e à imposição unilateral e errática de pautas políticas desvinculadas do interesse público. É por esse motivo, aliás, que o referido fenômeno de tendencial expansão e imposição do Poder Judiciário é intensamente contestado por líderes populistas que, mediante a mobilização de uma retórica “hipereleitoralista”, fortemente refratária às instituições, procuram reduzir o campo de intervenção dos tribunais, com especial ênfase nas Cortes Constitucionais.²¹

Consequentemente, não são incomuns as tentativas de mobilização popular ou de aparelhamento das instituições judiciárias como expedientes para a neutralização ou a instrumentalização da Justiça por parte dos líderes populistas. Levitsky e Ziblatt (2018), por exemplo, ressaltam que o processo de destruição da ordem democrática passa, entre outras coisas, pela tentativa de captura e de manipulação das Cortes de Justiça para intimidação de oponentes. Trata-se de uma situação complexa que ilustra o caráter ambivalente da judicialização, pois esta também pode servir de subterfúgio aos propósitos daqueles que, “jogando o jogo”, procuram subverter as suas regras.²² É justamente diante dessa situação que os juízes, conforme o sentido que imprimam às suas decisões, podem assumir (ou não) a função de “guardiões das promessas democráticas” mediante a imunização da democracia contra a contaminação populista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma reconstrução concisa dos traços gerais da “sociologia política do direito” proposta por Jacques Commaille, procurou-se analisar aqui o processo de judicialização como forma de imunização da contaminação populista da democracia. Assim, mediante a inscrição da judicialização no quadro teórico proposto pelo autor, procurou-se relacioná-la ao fenômeno do populismo, tal como definido por Pierre Rosanvallon. Tendo em vista que um desenvolvimento mais detalhado dessa temática demandaria digressões de proporções incompatíveis com as de um artigo, o propósito desta análise consistiu apenas em explicitar,

²⁰ Sobre a complexidade que permeia a relação entre juridicização e judicialização, ver: Commaille e Dumoulin (2009), Pélisse (2007, 2009) e Villas Bôas Filho (2015). Ademais, a judicialização submete questões políticas a uma temporalidade distinta daquela que rege o jogo político, comprometendo, por conseguinte, o efeito prático de diversas decisões populistas. Nesse particular, como observa Beriaín (2008, p. 182), “no existe en las sociedades modernas un único tiempo social que marca, al estilo de las sociedades tradicionales, el pulso social [...]”.

²¹ A respeito, ver, por exemplo: Levitsky e Way (2020).

²² Nessa hipótese, há que se considerar como agravante o fato de que, como bem observa Commaille (2007, p. 314), baseando-se na tese de Galanter (1974), “les ‘joueurs’ de justice ne disposent pas de ressources égales”. A respeito, ver: Israël (2013).

sem pretensão de problematização crítica, alguns aspectos fundamentais atribuídos à judicialização no âmbito da “sociologia política do direito” para, em seguida, enfatizar o quanto ela pode servir como instrumento de imunização das democracias contemporâneas contra a contaminação populista.

Conforme indicado, o fenômeno da judicialização é relacionado, por Jacques Commaille, ao de juridicização, porém não de maneira mecânica, o que também constitui uma virtude de sua análise. Ao insistir no fato de que a relação entre esses fenômenos não pode ser compreendida em termos de uma subsunção ou derivação recíproca automática, a “sociologia política do direito” pode contribuir para elidir simplismos que distorcem a compreensão dos fenômenos examinados. Essa observação é particularmente importante em um contexto social e político complexo como o brasileiro, no qual a existência de arranjos peculiares entre tais fenômenos não é improvável, especialmente em uma configuração política marcada pelo populismo. Assim, é possível que tais arranjos ocorram de modo variado conforme se trate de situações distintas, fazendo com que a judicialização possa decorrer, em alguns casos, da juridicização e, em outros, como compensação da desjuridicização.²³

Com o propósito de evidenciar a incompatibilidade entre democracia e populismo, foi enfocada a tese de Rosanvallon (2008) acerca da emergência de novas formas de legitimidade (“imparcialidade”, “proximidade” e “reflexividade”) que, em seu entendimento, conduziria ao progressivo incremento de complexidade da experiência democrática e à decorrente impossibilidade de sua redução à dimensão eleitoral-representativa. Nesse contexto, a partir de uma aproximação com a ideia de imunologia, utilizada por Niklas Luhmann no bojo de sua análise do sistema jurídico, ressaltou-se que o processo de judicialização, a despeito de sua ambivalência, pode figurar como uma forma de imunização das democracias contra a contaminação populista.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Jeffrey. Vociferando contra o iluminismo: a ideologia de Steve Bannon. **Sociologia e Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 8, n° 3, p. 1009-1023, set./dez. 2018.

BERIAIN, Josetxo. **Aceleración y tiranía del presente**: la metamorfosis en las estructuras temporales de la modernidad. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2008

²³Sobre a relação complexa entre juridicização e judicialização, ver: Commaille e Dumoulin (2009) e Villas Bôas Filho (2015).

BOURDIEU, Pierre. Habitus, code et codification. **Actes de la Recherche en Sciences Sociales**, Paris, v. 64, p. 40-44, 1986a.

BOURDIEU, Pierre. La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique. **Actes de la Recherche en Sciences Sociales**, Paris, v. 64, p. 3-19, 1986b.

BOURDIEU, Pierre. Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. In: CHAZEL, François; COMMAILLE, Jacques (Dir.). **Normes juridiques et régulation sociale**. Paris: LGDJ, 1991, p. 95-99 (Collection Droit et Société).

BOURDIEU, Pierre. Esprits d'État: genèse et structure du champ bureaucratique. **Actes de la Recherche en Sciences Sociales**, Paris, v. 96-97, p. 49-62, 1993

BOURDIEU, Pierre. **Sur l'État**: cours au Collège de France 1989-1992. Paris: Raisons d'Agir/Éditions Seuil, 2012.

CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. Os usos do conceito de populismo no debate contemporâneo e suas implicações sobre a interpretação da democracia. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, nº 35, p. 1-52, 2021.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **La démocratie sans «demos»**. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.

COMMAILLE, Jacques. La déstabilisation des territoires de justice. **Droit et Société**, Paris, nº 42/43, p. 239-264, 1999.

COMMAILLE, Jacques. La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation: vers une théorie de sociologie politique de la justice. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine (Dir.). **La fonction politique de la justice**. Paris: La Découverte, 2007, p. 295-321.

COMMAILLE, Jacques. ¿Es la justicia la nueva “razón” política universal? **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, nº 27, p. 69-84, 2010a.

COMMAILLE, Jacques. La juridicisation du politique: entre réalité et connaissance de la réalité: en guise de conclusion. In: COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence; Robert, Cécile (Dir.). **La juridicisation du politique**. Paris: LGDJ, 2010b, p. 199-210.

COMMAILLE, Jacques. Le droit dans le politique. Actualité d'un projet (Postface). In: COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence; Robert, Cécile (Dir.). **La juridicisation du politique**. Paris: LGDJ, 2010c, p. 211-226.

COMMAILLE, Jacques. **À quoi nous sert le droit?** Paris: Gallimard, 2015.

COMMAILLE, Jacques. Métamorphoses de la justice et nouveaux régimes de régulation sociale et politique des sociétés contemporaines. In: ALBE, Virginie; COMMAILLE, Jacques; LE BOT, Florent. (dir.). **L'échelle des régulations politiques, XVIIIe-XXIe siècles: l'histoire et les sciences sociales aux prises avec les normes, les acteurs et les institutions**. Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires de Septentrion, 2019, p. 223-245.

COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence. Heurs et malheurs de la légitimité dans les sociétés contemporaines: une sociologie politique de la “judiciarisation”. **L’Année Sociologique**, Paris, v. 59, n° 1, p. 63-107, 2009.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, Hoboken, v. 9, n° 1, p. 95-160, 1974.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: mudança no paradigma autopoiético? **Revista de direito agroambiental e teoria do direito**, Barreiras, v. 2, n° 1, p. 157-174, 2014.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, New York, v. 75, n° 2, p. 721-753, 2006.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, Vanves, v. 11, p. 93-118, 2008.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: Goodin, R. E. (ed.). **The Oxford handbook of political science**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 253-274.

IANNI, Octavio. **A formação do Estado populista na América Latina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

IANNI, Octavio. **O colapso do populismo no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

ISRAËL, Liora. Usages militants du droit dans l’arène judiciaire: le *cause lawyering*. **Droit et Société**, n° 49, p. 793-824, 2001.

ISRAËL, Liora. L’arme du droit. **Inflexions**, Paris, n° 15, p. 101-108, 2010.

ISRAËL, Liora. Les joueurs répétés ont-ils plus de chance à gagner? Débats sur le sens de la justice (présentation du dossier). **Droit et Société**, n° 85, p. 543-557, 2013.

KALUSZYNSKI, Martine. La fonction politique de la justice: regards historiques: du souci d’historicité à la pertinence de l’historicisation. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine (Dir.). **La fonction politique de la justice**. Paris: La Découverte, 2007, p. 9-23.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Crown Publishing, 2018.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. The new competitive authoritarianism. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 31, n° 1, p. 51-65, Jan. 2020.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, (2004 [1993]).

PAZ, Octavio. **El laberinto de la soledad**. México: Fondo de Cultura Económica, (2004 [1950]).

PÉLISSE, Jérôme. Les usages syndicaux du droit et de la justice. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine (Dir.). **La fonction politique de la justice**. Paris: La Découverte, 2007, p. 165-189.

PÉLISSE, Jérôme. Judicialisation ou juridicisation? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail. **Politix**, v. 22, n° 86, p. 73-96, 2009.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie**: la politique à l'âge de la défiance. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique**: impartialité, réflexivité, proximité. Paris: Éditions du Seuil, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **Le parlement des invisibles**. Paris: Les Éditions du Seuil et Raconter la vie, 2014.

ROSANVALLON, Pierre. **Le bon gouvernement**. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme**: histoire, théorie, critique. Paris: Éditions du Seuil, 2020.

ROUSSEL, Violaine. La judicialisation du politique, réalités et faux semblants. **Mouvements**, Paris, v. 4, n° 29, p. 13-18, 2003.

SERRES, Michel. **Le parasite**. Paris: Hachette, 1997.

TARRAGONI, Federico. La science du populisme au crible de la critique sociologique: archéologie d'un mépris savant du peuple. **Actuel Marx**, Paris, n° 54, p. 56-70, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 651-696, 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e a judicialização enfocadas a partir da "sociologia política do direito" de Jacques Commaille. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v. 2, n° 2, p. 56-75, 2015.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A judicialização da política como instrumento de contenção da degradação populista da legitimidade democrática. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 115, p. 273-312, 2020.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; GARCIA, Francisco Tadeu Lima; KUSSE, Nicolay. A judicialização da política como contenção da degradação populista da democracia: uma breve análise a partir da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille e da “história conceitual” de Pierre Rosanvallon. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (Org.). **Os estudos sociojurídicos e os dilemas da administração da justiça**: desafios atuais ao poder judiciário. São Paulo: Eseni, 2020, p. 169-208.

WEFFORT, Francisco Correia. **O populismo na política brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.