

O Modelo de Janus da regulação jurídica. O carácter revelador das transformações do estatuto político da justiça

The Janus Model for Legal Regulation. Changes in the Political Status of Justice

Le modèle de Janus de la régulation juridique. Le caractère révélateur des transformations du statut politique de la justice

Jacques Comaille



Edição electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/rccs/1457>

DOI: 10.4000/rccs.1457

ISSN: 2182-7435

Editora

Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra

Edição impressa

Data de publicação: 1 Dezembro 2009

Paginação: 95-119

ISSN: 0254-1106

Refêrencia eletrónica

Jacques Comaille, « O Modelo de Janus da regulação jurídica. O carácter revelador das transformações do estatuto político da justiça », *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 87 | 2009, colocado online no dia 15 outubro 2012, criado a 01 maio 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rccs/1457> ; DOI : 10.4000/rccs.1457



JACQUES COMMAILLE

O Modelo de Janus da regulação jurídica. O carácter revelador das transformações do estatuto político da justiça

Partindo de um posicionamento de investigação das ciências sociais no qual se privilegia a dimensão política do direito e da justiça, o autor analisa três orientações tomadas pela justiça: inscrita num processo de racionalização; participante num movimento de democratização; e elemento de um processo de neoliberalização. A partir da análise destes três tipos de regimes de regulação jurídica, parece ser possível identificar duas formas distintas de estatuto do jurídico e do judicial em relação ao político: na primeira, o jurídico-judicial surge como um elemento central da regulação do político; na segunda, o jurídico-judicial é instrumentalizado pelo político. Em conclusão, avança-se a hipótese segundo a qual a existência deste modelo de Janus de regulação jurídico-judicial seria reveladora de uma crise do político.

Palavras-chave: democratização; neoliberalismo; racionalização da justiça; regulação judicial; regulação jurídica; regulação política.

Ao contrário de uma representação própria na esfera jurídica marcada pela ideia de uma possível auto-determinação do direito, em função de uma “Razão” e da justiça, em referência à noção do “Justo”, cabe às ciências sociais desvendar o que podem ser as determinantes sociais e políticas da actividade jurídica e judicial. Este trabalho de revelação impõe-se tanto mais porque vivemos num período histórico no qual, mais do que nunca, os actores da esfera jurídica e judiciária, tal como os do foro político ou do Estado, não podem ter a veleidade de impor uma concepção em si do direito e da justiça.

É por esta razão que a adopção de uma perspectiva de sociologia política nos parece particularmente pertinente nesta matéria. De facto, trata-se de romper com a ilusão de que o estatuto do direito e da justiça dependem apenas de uma política voluntarista por parte dos actores em causa. Tal ilusão permite supor que, neste domínio como noutros, basta um estímulo governamental, uma intervenção do Estado e das autoridades públicas, seja

ou não inspirada pelos juristas ou magistrados, seguindo o princípio de uma regulação *top down*, para que seja efectuado o ajustamento com os objectivos estabelecidos. Longe de depender apenas da vontade política de uma autoridade central à qual bastaria dizer o que seria apropriado fazer na matéria, a questão do direito e da justiça comporta desafios de natureza política, institucional, social e cultural, os quais têm de ser tidos em conta antes de se pretender enunciar aquilo que deve ser.

É por esta razão que, fazendo uso de uma distinção corrente nas ciências políticas, também substituímos aqui o conceito de “política pública” pelo conceito de “acção pública”. Esta substituição identifica uma abordagem analítica na qual a questão do direito e da justiça resulta de uma abordagem que deve tomar em conta, quer as acções das instituições públicas, quer as de múltiplos agentes, públicos ou privados, tanto da sociedade civil como da esfera governamental, actuando conjuntamente em múltiplas interdependências, ao nível nacional mas também ao local e, eventualmente, ao nível supranacional, para produzir formas de regulação das actividades colectivas, mais precisamente em matéria de direito e justiça. A acção pública é a que resulta de múltiplas configurações de relações interdependentes e de estratégias interligadas de actores, redes de acção pública e sistemas de acção, de acordo com um esquema de tomada de decisão que resulta de uma acumulação de regulações negociadas e de relações de força para se inscrever mais na transversalidade, horizontalidade ou circularidade, não obedecendo a uma concepção linear e hierárquica (Commaille, 2009). Esta sociologia da acção pública é, simultaneamente, uma sociologia política. Na verdade, não há nada mais político do que o direito e a justiça, nada implica mais desafios propriamente políticos (Commaille e Kaluszynski, 2007). Ora, precisamente, a sociologia política visa “analisar os processos políticos na sua relação com a sociedade”, porque “uma análise completa do político, do ponto de vista da acção, não se pode limitar a ter apenas em conta a esfera política *stricto sensu* descurando as outras esferas de acção social”. Trata-se então (como considera Max Weber) de estudar “a política nas suas relações com as ordens sociais e os poderes sociais” (Duran, 2010).

Esta contextualização do direito e da justiça impõe-se ainda mais, visto que as nossas sociedades se deparam com verdadeiras mudanças políticas, económicas, sociais e culturais. Assim, o estatuto do direito e da justiça deve ser relacionado com o que denominaremos, recorrendo à fórmula de Ulrich Beck (2001), um movimento de “destraditionalização”. O estatuto do direito e da justiça nas sociedades ditas “avançadas” parece decorrer do que podemos chamar de crise do convencionalismo (Pharo, 1991), de advento de uma “segunda modernidade” (Beck, 2001), de uma “modernidade avançada”

(Giddens, 2004) ou, ainda, de uma “sociedade líquida” (Baumann, 2000). Resultaria nomeadamente da extinção de uma meta-razão dominante, de um declínio das ideologias, do questionamento das grandes instituições, em particular do enfraquecimento das instituições de enquadramento e controlo social. Neste contexto, é significativo que, num país como a França, o Estado passe de uma posição dominante para uma posição de parceiro de uma acção pública que decorre da participação, eventualmente conflitual, de múltiplos actores públicos e privados (Duran, 2010; Commaille e Jobert, 1998).

Como foi magistralmente antecipado e analisado por Boaventura de Sousa Santos, a propósito precisamente do direito e da justiça (Sousa Santos, 1988; 2004), nada ilustra melhor estas mutações que o fenómeno da des-territorialização à qual a justiça está exposta, ou seja, uma modificação dos seus tradicionais territórios de intervenção (Commaille, 2000). Da mesma forma que os territórios institucionalizados surgem cada vez menos como uma evidência face à natureza dos problemas que se colocam e ilustram uma desadaptação crescente do sistema político às necessidades e expectativas expressas pelos cidadãos, a justiça não escapa às novas formas de interpeção decorrentes da sociedade. A justiça enquanto instituição encontra-se confrontada com a obrigação de se submeter às contingências e admitir que são os agentes inscritos nos territórios específicos que determinam uma definição dos problemas e uma nova coordenação das instituições públicas. A justiça foi organizada de acordo com a ideia de “territórios dos poderes públicos”, o que é consubstanciado em França através da existência do “Palácio da Justiça”, juntamente com outras manifestações da monumentalidade republicana ou expressões da força da transcendência, como a catedral. Ora esses territórios são doravante contestados pelos “territórios de gestão dos problemas sociais” (Duran, 2010), como os constituídos pelos espaços urbanos na periferia das grandes cidades que acumulam os problemas de segregação social, repressão étnica e precariedade económica. Esta pressão do local sobre a justiça é acompanhada em sentido oposto por uma pressão crescente do supranacional correspondente a uma destabilização dos territórios do Estado-Nação: “Desenvolve-se uma dialéctica do global e do local que tende a passar por cima dos níveis intermédios, como os da Nação” (Veltz, 1998: 332). Em relação à fragmentação da soberania e da segmentação do poder que caracterizam as sociedades contemporâneas, surge então a necessidade de se colocar em prática mecanismos multinacionais de controlo, em particular de justiça, capazes de fazer face à atomização de práticas que ultrapassam o nível nacional, por exemplo em matéria de regulação económica (Arnaud, 2003). Precisamente, o domínio

económico é exemplar neste ponto, na medida em que a globalização dos fluxos financeiros e a constituição de um espaço económico transnacional assumem a forma de acordos económicos multilaterais, de “reconfiguração dos aparelhos produtivos em rede”, libertando “a empresa das relações de força outrora negociadas a nível nacional” e obrigando “os sindicatos do Norte e do Sul a repensar a sua forma de agir”.¹

Neste contexto de mutações, o destino da justiça surge como indissociável do destino do direito, que é simultaneamente a sua referência e o seu instrumento de acção, isto é, associado às alterações do próprio estatuto do direito. Por exemplo, a justiça francesa foi inspirada numa racionalidade jurídica relacionada com uma Razão marcada pela ideia de transcendência. A partir desta perspectiva, o advento da República não fez mais do que perpetuar a ideia de um direito referente ao Estado como substituto do religioso (Legendre, 1974). Desse direito que contribuiu para uma representação em pirâmide da regulação política poderia tão-somente resultar a ideia de um modelo “jupiteriano” de justiça: “Uma pirâmide desenha-se, monumento impressionante que atrai irresistivelmente o olhar em direcção ao cimo, em direcção a esse ponto focal a partir do qual irradia toda a justiça” (Ost, 1992: 242). Ora esta concepção essencialista dá cada vez mais lugar a uma concepção flexível, negociada, relativista, pluralista, pragmática da referência jurídica, até atenuar a clivagem estabelecida entre o direito romano-germânico e a *common law*, entre a *law in books* (onde se trata de afirmar o poder de um corpo de regras de justiça universais que se estriba num corpo de direito substancial) e a *law in action* (onde a preocupação de encontrar soluções ajustadas a cada caso justifica a existência de uma justiça processual cuja ênfase não está tanto nos fins, mas sobretudo nos meios e nos procedimentos aos quais o actor recorre para estabelecer os seus objectivos).

Estas mutações da actividade jurídica ligadas à mudança do estatuto do direito são claramente observáveis nos processos de produção da lei. A lei surge cada vez mais como o resultado de intervenções de múltiplos actores e instâncias (Commaille, 1994). A economia da sua produção e aplicação apresenta-se como um processo negociado que autoriza a sua estrutura constituída mais por regras de organização do que por normas de conteúdo (Lascoumes, 1994), dando azo a um processo contínuo de apropriações sucessivas (Hawkins *et al.*, 1984) ou promovendo as obrigações e as incitações a negociar ao nível local (Gavini, 1998). A redefinição do estatuto do

¹ Ver as análises da Cátedra sobre Responsabilidade Social e Desenvolvimento Sustentável, Université du Québec em Montreal, <http://www.crsdd@uqam.ca>.

Estado e a impossibilidade crescente do poder político em impor uma legislação em função dos seus próprios princípios de acção criam condições para que movimentos sociais ou agentes influentes possam exercer influência sobre os processos legislativos, incluindo sobre a iniciativa de os colocar em prática (Commaille, 2006). Neste contexto, a lei é também susceptível de despontar como um recurso ao qual o poder político recorrerá após ter esgotado todas as outras formas de gestão político-jurídica de um problema (Galembert de, 2007).

As redefinições actuais do regime de conhecimento das ciências sociais sobre o direito e a justiça ilustram na perfeição essas transformações (Commaille, 2006). As certezas de uma sociologia do direito francês, que era, em grande parte, uma sociologia do direito do Estado, foram abaladas. Na medida em que observamos que uma vez mais “se está a questionar o Estado como elemento central da regulação das sociedades modernas”, o problema do estatuto do direito coloca-se na proporção do facto que se tornou na expressão da regulação estatal (Duran, 1993) e, seguidamente, das orientações gerais dessa sociologia do direito. Talvez seja significativo que a antropologia do direito, na sua postura clássica, surja doravante mais adequada para dar sentido às mutações relevantes. Na verdade, há muito que defende a ideia que consiste em conceber sociedades onde a ordem provém da própria sociedade e a conceber, desde logo, o direito em função das expectativas, das representações e das práticas daqueles que a utilizam ou à qual se submetem, por oposição a uma abordagem do direito e da justiça, inspirada num pensamento ocidental, em que a estruturação do mundo é concebida como um assunto exclusivo dessas leis que lhe são impostas do exterior por uma autoridade dominante e omnisciente.

Nestas novas perspectivas de análise, parece efectivamente que os destinos do direito e da justiça são indissociáveis. Encontramo-nos num contexto no qual o direito de referência intangível se torna num recurso apropriado para os actores sociais em função dos objectivos que perseguem. Por exemplo, a hierarquia das normas pode ser colocada em causa para fazer prevalecer o valor de uma convenção colectiva sobre a de uma lei (Ledoux, 2006). O recurso jurídico pode ser solicitado em função de estratégias e, eventualmente, no âmbito de relações de força. Neste contexto, o lugar institucionalizado da justiça é susceptível de se transformar, na acepção que os politólogos fazem deste termo, numa “arena” na qual se confrontam as apropriações diferenciais desta referência jurídica e onde o objectivo não passa tanto por obter um julgamento favorável, mas mais por contribuir para a promoção de uma causa ou imposição de um problema como problema público ao projectá-lo no espaço público. Assim, a justiça torna-se

ainda mais um espaço onde se manifestam e se confrontam estratégias, incluindo as dos próprios magistrados cuja acção não pretende cingir-se à estrita submissão a um positivismo jurídico ou a resultar de uma associação causal entre o etos do seu corpo profissional e um tipo de comportamento político. A lei é efectivamente um parâmetro de acção com o qual os magistrados também podem “jogar” (Osiel, 1995, p. 505, citado por Israël, 2005). Deste modo, impõe-se uma concepção do direito: a que constitui “um sistema de potencialidades a partir do qual se jogam actividades específicas de mobilização de regras” (Lascoumes, 1990, p. 50). Num contexto no qual se afirma, tanto no espaço político como na gestão das relações sociais e económicas, a ideia de acção, menos expressão de uma vontade que resultante de inter-relações múltiplas, de trocas desmultiplicadas entre actores com interesses divergentes ou contraditórios, o direito de referência torna-se efectivamente um instrumento de acção e, eventualmente, um recurso ao serviço de actores sociais ou agentes económicos.

Importa sublinhar também a amplitude das transformações que afectam o direito e a justiça, o que não visa tentar impor implicitamente a ideia de uma evolução linear na matéria que justificasse uma espécie de profetismo pseudo-sociológico. Neste domínio como noutros, é preciso admitir a existência de lógicas contraditórias e, conseqüentemente, possíveis tensões entre estas lógicas, de tal modo que a mudança é menos um fim controlado de uma tendência e mais a que resulta, em parte involuntariamente, de confrontos entre as possíveis lógicas.

É neste espírito que nos centramos sobre as orientações divergentes da justiça tais como as que se manifestam no presente, cada uma portadora de uma concepção fundamental diferente da regulação jurídica como regulação política. Assim, analisaremos sucessivamente as formas assumidas pela justiça: numa economia da regulação jurídica como processo de racionalização (1), numa economia da regulação jurídica como processo de democratização (2), numa economia da regulação jurídica como processo de neoliberalização (3). Resta-nos interrogarmo-nos sobre o sentido que convém conferir a estas diferentes formas de regulação jurídica do ponto de vista político.

1. Uma regulação jurídica como processo de racionalização

A justiça sente-se cada vez mais obrigada a alinhar os seus modos de organização com os das administrações “comuns”. Uma das grandes especificidades da justiça devia-se à sua extraordinária capacidade para cultivar a sua excepcionalidade, o que se avaliava, por exemplo, através da sua obstinação em defender uma visão a-económica ou a-financeira ou a-organizacional do

seu funcionamento, reproduzida numa representação própria aos magistrados de cumprimento de uma missão de justiça num espaço a-mercantil fora dos interesses mais comuns (Commaille, 2000). A representação da justiça como instituição foi inspirada pela natureza fora do comum das funções cumpridas com uma referência implicitamente ligada à ideia de transcendência (ver, por exemplo, a arquitectura judicial, os rituais...). As tentativas de reforma em França revelam assim uma oposição, que quase poderíamos classificar de fundamentalmente cultural, entre um ministério das finanças preocupado com uma utilização racional dos seus meios e um ministério da justiça agarrado à ideia de preservar a sua posição fora do mundo comum e da burocracia (Commaille, 2000). Ora, desde há alguns anos, assistimos em diversos países, e especialmente em França, a uma vontade de alinhar a justiça e outras instituições públicas através da introdução da “nova administração pública” (Schoenaers, 2003; Vigour, 2006). Esta preocupação parece dever assumir preponderância sobre todas as outras, em particular a das finalidades da missão da justiça, a ponto de os debates políticos sobre a justiça se diluírem por detrás dos debates técnicos em torno da optimização organizacional da prática judicial (Vauchez e Willemez, 2007).

A justiça escapa assim cada vez menos a essa inscrição nos processos históricos de racionalização de estruturas públicas e está, cada vez mais, exposta a um processo de vulgarização da sua função, como testemunha a observação segundo a qual “a justiça é um serviço público”. Observamos assim a consagração de um “sentido comum reformador” (Vauchez e Willemez, 2007) em que se impõem as noções de custos, eficácia, qualidade da produção (avaliando as *performances* recorrendo a indicadores), avaliação da acção. Assim, passa-se para uma “lógica de resultados” e justificam-se os critérios de “bom trabalho” definido cada vez mais de acordo com um modelo exógeno, válido para todas as administrações e importado para a justiça, de racionalização do funcionamento, redução de custos, “economias de escala”, como os estipulados no *new public management* (Bezes, 2009). É o que é ilustrado, por exemplo, pelas experiências de remuneração do desempenho, com a introdução de prémios de desempenho aos magistrados franceses dos Tribunais da Relação e do Tribunal de Cassação (Chellé, 2010).

É seguramente este novo espírito geral da justiça que favorece as iniciativas locais de magistrados que introduzem inovações tecnológicas, entre as quais a videoconferência. Num relatório recentemente publicado acerca da introdução das novas tecnologias no funcionamento da justiça, sublinha-se que o processo de expansão da videoconferência é inelutável, que a política de desenvolvimento dessa técnica no decurso dos processos é desde

logo concebida como referência ao processo de empresarialização com justificações que dizem primeiramente respeito à questão da economia de meios, isto no quadro de uma política de justiça que se assemelha muito a uma política empresarial (Dumoulin e Licoppe, 2009). Este alinhamento da justiça, até aqui tão preocupada em cultivar a sua excepcionalidade, com a tendência geral a todas as administrações de introduzir esta “nova administração pública” na sua organização e funcionamento, contribui para uma tecnicização do tratamento da questão da justiça e de uma eufemização correlativa do político.

Tal alinhamento inscreve-se no contexto das denominadas sociedades industriais avançadas. A questão das reorientações do Estado, da redução dos custos dos poderes públicos, constitui um elemento de contexto no qual se inscrevem as políticas de justiça. Em sintonia com o desejo dos organismos supranacionais, como o Banco Mundial, de preservar, restaurar, promover o Estado de direito, também existe a preocupação de inscrever a justiça de diferentes países do mundo neste processo de racionalização referido por Max Weber (1921), um processo correspondendo à necessidade, para o capitalismo moderno, de dispor de um sistema jurídico e judicial fiável, tanto para a estabilidade da sua jurisprudência como para a transparência dos seus procedimentos.

É significativo que a justificação de uma tal evolução possa assumir a forma de uma corrente doutrinal aplicada à esfera jurídica e judicial. Tal manifesta-se valorizando uma concepção, digamos, tecnocrática da justiça e do direito. Para alguns autores, trata-se de renunciar às regras fixadas e pré-estabelecidas. Nesta perspectiva, o direito não poderá continuar a considerar-se uma referência inalterável, mas sim um instrumento de política pública, com regras inscritas na acção pública, isto no quadro de uma concepção empresarial do modo de governo. A este respeito, importa reconhecer a pertinência das novas doutrinas jurídicas e de romper com uma concepção que implique a fidelidade a todos os princípios legais pré-existentes, em nome de uma nova visão do Estado que exige uma abordagem do direito mais *activa* e que contribua para uma *active policy making*. Seguindo esta doutrina, o crescimento de um Estado burocrático exige um modo de regulação não mais alicerçado sobre um mecanismo que estabeleça o equilíbrio entre forças opostas, mas sim sobre os esforços coordenados de uma autoridade central que combinaria a produção de regras, actividade de julgamento e o acompanhamento da aplicação das políticas. Consequentemente, considera-se obsoleta a estrutura de três poderes de Montesquieu, em benefício de uma concepção de exercício do poder “eficaz e coerente”, em que os tribunais devem romper com

a tradição que pretende que se agarrem a uma mobilização sobre o julgamento. Neste quadro, um *Judicial Policy Making* deve inscrever-se na concepção moderna do Estado. Os juízes devem tornar-se *policy-makers* porque o *policy making* tornou-se o modo principal para descrever a acção governamental (Feeley e Rubin, 1998).

Nesta concepção, é possível afirmar que a empresarialização da justiça se inscreve precisamente numa concepção empresarial do exercício de governo e que esta pressupõe uma empresarialização do direito da qual falam os autores, especialistas do direito público, no âmbito das suas reflexões sobre governação e direito. Um estudo sobre o processo de reforma do mapa judiciário em França em 2008 atesta esta correspondência (Commaille, 2009). Este processo é marcado primeiramente pela tentativa de contornar o Parlamento. Ao optarem por encetar a reforma através de decretos e não através de uma lei, os impulsionadores da reforma tentam visivelmente evitar um debate com a representação política, cuja história do mapa judiciário nos ensina que constitui, muito frequentemente, um obstáculo a todas as alterações nesta matéria. Existe aí, como para a reforma ocorrida em França em 1958 (Commaille, 2007), um desejo do executivo de se reapropriar do domínio de um processo de reforma que o legislativo corria o risco de contestar ou mesmo anular. Contudo, ao evitar-se o parlamento, assiste-se a uma transferência do debate e da expressão das relações de força desse espaço para o conselho de Estado. A amplitude de recursos está de acordo com as mobilizações que a reforma provoca. Paradoxalmente, à luz do que podemos considerar, de uma maneira geral, como um empobrecimento do jurídico neste processo, estas mobilizações vão investir o terreno da luta política recorrendo ao recurso jurídico que representa o recurso contra os decretos fundadores da reforma. A ameaça real que tal estratégia pode representar não poderia estar melhor ilustrada do que na “renúncia” aos decretos iniciais que constituem o fundamento jurídico da reforma e o recurso ao decreto “simples”, que permite que se evite uma relação de força aquando da produção do resultado incerto da “fábrica do direito” do Conselho de Estado. A opção pela estratégia do decreto “simples” marcando o fim (provisório?) do processo de reforma constitui claramente um exemplo extremo de uma instrumentalização do jurídico ao serviço de um modo de governo “empresarial”. Em suma, as principais características desta reforma são: extrema fragilidade dos seus fundamentos jurídicos, medidas de supressão obedecendo estreitamente a um “modelo contabilístico”, desqualificação do dispositivo de concertação porque o Comité Consultivo do mapa judiciário, criado no início do processo mas que nunca se reuniu, foi substituído na prática por um trabalho de

elaboração realizado precipitadamente por um pequeno núcleo de actores em torno do ministério da justiça... Todos estes aspectos constituem um exemplo inequívoco da passagem do “Estado-Jurista” ao “Estado-Gestor” (Caillosse, 2009), neste caso com uma cada vez mais evidente espécie de “marketing político”. A primazia é dada à eficácia, ao desempenho mais do que à regularidade e à legitimidade das intervenções do Estado. Fazemos “recuar a cultura jurídica da regularidade, em benefício da cultura empresarial dos resultados” (Caillosse, 2009; 2008), tudo, finalmente, como afirma um autor, em nome de uma “governança sem direito” (Mockle, 2007).

2. Uma regulação jurídica como processo de democratização

As expressões “judicialização da sociedade” e “judicialização da política” são cada vez mais utilizadas para designar o que seria a extensão do papel da justiça na gestão das relações sociais, no tratamento dos “problemas da sociedade”, no tratamento das transgressões (da delinquência comum à delinquência política, da corrupção aos “crimes contra a humanidade”), na regulação das trocas económicas (Commaille e Dumoulin, 2009). Esta “judicialização” não se manifestaria apenas por um crescimento dos contenciosos apresentados à justiça institucionalizada e profissionalizada. Poderia até mesmo coexistir com os fenómenos de decréscimo dos contenciosos (atente-se ao caso da justiça civil no Quebec), na medida em que emergem novas formas de justiça. Não seremos lapidares sobre aquilo que, nesta constatação, deriva de representações sociais, visando dar crédito a esta suposta realidade, da parte dos profissionais do direito, e de uma crescente procura e expectativa em relação à justiça. Como esta “judicialização” é objecto de tantos debates, tema de tantas obras no plano internacional (Commaille e Dumoulin, 2009), é um indício forte de que a questão da justiça está no cerne das questões que as sociedades contemporâneas se colocam: sobre o seu funcionamento e sobre o seu futuro, bem para além das opiniões sobre a justiça ou dos recursos efectivos à justiça. E nada o demonstra tão bem como as análises sobre a “judicialização da política”. Trata-se de uma *global expansion of judicial power* (Tate e Vallinder, 1995), onde se considera que “o poder de decisão é transferido para os tribunais” (Fournier e Woerlhing, 2000). Esta “judicialização” é desde logo definida como um crescimento do poder dos tribunais face ao poder legislativo e executivo.

Como é que este fenómeno da “judicialização” se manifesta nas análises? Ele está frequentemente associado ao que seria um processo de democratização. Martin Shapiro considera que a legitimidade do regime político pode fazer-se acompanhar da intervenção da justiça na “afecção de recursos económicos ou no estabelecimento de verdadeiras políticas sociais”

(Shapiro, 1994). Assim, constatamos ao nível internacional que os tribunais são, não raras vezes, agentes de políticas públicas, aspiram a sê-lo, mesmo que muitas análises sublinhem a sua incapacidade para tal (Horowitz, 1977). É o caso dos Estados Unidos, onde os tribunais intervêm em matéria de integração, controlo da polícia, protecção ambiental, melhoria das condições de vida dos mais pobres, protecção dos direitos civis, protecção dos direitos das minorias, protecção dos direitos das mulheres, etc. (Horowitz, 1977). Mas outros países registam as mesmas evoluções, nomeadamente os países da América Latina. É o caso da Colômbia, onde a protecção dos direitos sociais é garantida pela via judiciária, onde os tribunais e o Tribunal Constitucional intervêm em matéria de política económica, especialmente anulando as leis que aumentariam o imposto sobre o valor acrescentado em produtos de primeira necessidade, ordenando a indexação parcial dos salários dos funcionários, alargando o benefício de determinados elementos da pensão de reforma a grupos da população que foram excluídos, proibindo a eliminação de benefícios para os reformados, etc. (Uprimny Yepes, 2007).

Porém, esta “judicialização” manifesta-se ainda mais nos domínios que tocam precisamente os princípios gerais da democracia, assim justificando que ela própria seja associada à ideia de democratização. Deste modo constatamos um aumento da importância do papel dos Supremos Tribunais, no sentido do progresso social, da defesa dos direitos humanos, dos direitos dos mais fracos ou desfavorecidos, da igualdade de condições, etc. Há quem não hesite em falar de uma “*Rights Revolution*” (Epp, 1998), que permite que os cidadãos comuns tenham acesso aos benefícios da justiça graças a esta estar fundamentada na defesa, aquisição e reforço de novos direitos. Estas políticas de justiça são consideradas como susceptíveis de ser mais eficazes caso estejam assentes sobre uma sociedade civil dinâmica e uma concessão de fundos públicos, uma *support structure* favorecendo uma *legal mobilization* (Epp, 1998). Na Índia, realça-se o crescente papel do Supremo Tribunal no sentido da promoção dos princípios democráticos, de uma concepção mais substantiva da igualdade, da supervisão dos processos eleitorais (Mehta, 2007). Para ilustrar esta orientação, refira-se o *Public Interest Litigation*, que permite que todos os cidadãos possam recorrer caso tenham sido vítimas de uma injustiça (de um “*alleged evil*”) (Mehta, 2007).

Esta deslocação da justiça no campo do político pode apoiar-se sobre formas de justiça contrárias a esta forma institucionalizada que um Supremo Tribunal representa. Assim, as comissões “Verdade e Reconciliação” são de facto formas de justiça que não mobilizam mais do que regras jurídicas, que rompem com o monopólio dos profissionais de justiça, inspirando-se na

ideia de justiça restaurativa, para funcionarem como “instância de democratização e pacificação social” (Lefranc, 2007).

Finalmente, neste processo de “judicialização” da política, seria útil avaliar a influência dos próprios profissionais de justiça, como sugere o exemplo do processo de estabelecimento da noção de competência universal (mesmo se a política e os Estados-Nação se mantiverem como importantes agentes do processo) (Seroussi, 2009).

Esta análise do novo lugar da justiça na regulação social e política das sociedades contemporâneas deve igualmente ter em conta as novas relações dos próprios cidadãos com a justiça e as novas relações das formas organizadas de mobilização no seio da sociedade civil: os movimentos sociais. Ninguém analisa melhor esta perspectiva do que o autor americano Michael McCann, nomeadamente na sua obra *Rights at Work* (1994). Nesta perspectiva, a mobilização do direito, especialmente para reforçar o poder dos cidadãos marginalizados ou mesmo o poder de simples cidadãos comuns, contribui para um processo político. Na opinião de Michael McCann, o direito fornece simultaneamente princípios normativos e recursos estratégicos para a materialização das lutas sociais. Para este autor, o suporte empírico destas análises foi principalmente constituído pelas acções colectivas encetadas pelos juristas dos sindicatos a respeito do *pay equity* nos Estados Unidos, relativamente, em primeiro lugar, às mulheres, mas também aos indivíduos mal remunerados ou sub-valorizados devido à sua orientação sexual ou etnia.

Utilizando assim o direito e a justiça como *recurso*, transformando-os em instrumentos privilegiados no repertório da acção colectiva dos movimentos sociais, para Michael McCann é estabelecida uma verdadeira “*bottom up jurisprudence*”. Os efeitos destas estratégias em relação ao direito e à justiça não são, além disso, apenas reais e concretos, mas também simbólicos, na medida em que actuam sobre representações que os cidadãos têm daquilo a que estão submetidos e do possível papel do direito e da justiça, até adquirirem uma *rights consciousness*, uma consciência dos direitos ou dos seus direitos. Os estudos canadianos fornecem igualmente exemplos destas mobilizações da justiça pela sociedade civil, desta deslocação do espaço político em direcção ao espaço jurídico-judiciário para tratar de um problema que, em princípio, o político estaria incumbido de tratar. Tais mobilizações são também encorajadas pela Carta dos Direitos e Liberdades de 1982: por exemplo, recurso aos tribunais como estratégia política considerando que a referência aos direitos fundamentais poderia ser um meio privilegiado para consagrar a ideologia da “*gay liberation*” (Smith, 2005; Morton e Allen, 2001).

Estes novos investimentos na justiça são susceptíveis de favorecer a emergência de novas formas de justiça, como, por exemplo, “Casas de Justiça e do Direito”, “Centros de Justiça de Proximidade” ou ainda a mediação, a conciliação, a arbitragem e modos alternativos de resolução de conflitos... Nestas estruturas, os profanos (novos profissionais do social, militantes de movimentos associativos, eventualmente, pessoas eleitas a nível local) pretendem assumir o seu lugar para se imiscuírem no exercício de uma função de justiça ancorada nos novos territórios dos problemas sociais (Lejeune, 2007).

Estas novas solicitações da justiça pela sociedade civil, do tipo *bottom up*, assumem ainda uma maior importância visto que se inscrevem numa tendência de transnacionalização. Neste contexto, os movimentos sociais estão cada vez mais cingidos no quadro de uma sociedade civil mundial que obriga estes últimos a repensar as suas estratégias e a renovar o seu repertório de acção colectiva, nomeadamente no que respeita às eventuais utilizações da arena judiciária. É o que se observa particularmente no domínio da ecologia, do urbano, dos direitos das minorias, dos direitos das mulheres e, obviamente, no domínio económico (ver *supra* a referência às análises da Cátedra sobre Responsabilidade Social e Desenvolvimento Sustentável da UQAM em Montreal).

Estas tendências para a reapropriação da justiça pelos cidadãos e pelos movimentos que os representam são acompanhadas, sustentadas, encorajadas pelos profissionais da justiça, nomeadamente no quadro do *cause lawyering*, isto é, do trabalho dos advogados que, segundo a definição de Austin Sarat e Stuart Scheingold, “usam os seus talentos e os recursos à sua disposição para atingirem objectivos políticos e sociais, [para promover a sua causa] mais que para garantir a função tradicional de representação dos interesses dos seus clientes” (Sarat e Scheingold, 2006). Esta influência específica dos profissionais do direito manifesta-se igualmente no quadro de um movimento que classificámos de *political lawyering*, no qual os *lawyers* contribuem para a promoção do liberalismo político, isto é, uma transformação do direito e do Estado, em defesa dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos face ao Estado (Halliday *et al.*, 2007).²

3. Uma regulação jurídica como um processo de neoliberalização

Estamos num contexto no qual, tradicionalmente, o regresso do liberalismo económico se traduz por um duplo movimento de declínio do Estado no domínio económico e social. Esse movimento acompanha a restauração dos

² De facto, note-se que esta tese foi objecto de acesos debates (Commaille, 2009).

valores de liberdade, iniciativa e responsabilidade individuais reclamadas pelos defensores de uma necessária primazia do Mercado. Tem como contrapartida clássica o regresso às funções públicas no domínio penal que comprova uma tendência internacional em direcção a uma “sobrepunção” (Salas, 2005) ilustrada por um fortalecimento da repressão sobre os menores em detrimento da prevenção ou por o que um autor classifica de “penalização do social” (Mary, 2003). A referência encantatória ao Estado de direito manifesta simultaneamente uma vontade de maior autonomia do mercado e uma restauração do penal. Neste contexto em que se confere uma crescente importância ao paradigma económico (Hall, 1993) ou ao referencial do Mercado (Jobert, 1994), o enfraquecimento do político e a redefinição do estatuto do Estado, concomitantes de um crescimento dos direitos individuais e de uma descrença no Estado social, contribuem para conferir ao juiz, para além da função repressiva restaurada, um crescente papel de regulador na gestão das relações sociais ou das trocas económicas e no funcionamento de uma política que se constrói de modo endógeno no quadro das interacções sociais, nomeadamente no espaço judiciário.

Porém, este novo papel do juiz não é simplesmente o que resultar destas evoluções: o próprio juiz também as promove. Por exemplo, Ran Hirschl (2004), observando uma forte tendência internacional em direcção a uma “juristocracia”, debruça-se sobre as convergências que se estabelecem entre as elites económicas e as elites judiciárias para contribuir para este movimento. Segundo este autor, a elite judiciária, nomeadamente a que exerce nos Tribunais Supremos, tem uma acção inspirada nos valores liberais individualistas (incluindo em matéria de costumes) e alérgica aos princípios que estiveram na base do Estado social e que justificaram a existência de uma justiça redistributiva (como a importância conferida aos sindicatos, à legitimidade dos direitos sociais em matéria de rendimento mínimo, direito à habitação, protecção social...). Assim, o triunfo da “juristocracia” está associado ao declínio de uma visão igualitária em matéria socioeconómica e à adesão aos valores do liberalismo económico. Para além das práticas dos juízes dos Supremos Tribunais, este novo regime de justiça ajusta-se às novas fronteiras transnacionais do mercado. Observamos assim a emergência de um poder exercido de modo transnacional, pelos agentes investidos de funções de “justiça”, como os peritos do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial ou da OMC, ou como os juízes institucionais exercendo nos diversos Tribunais Europeus ou Tribunais Penais Internacionais. São solicitadas novas escalas de acção judiciária para responder à vontade de garantir a segurança jurídica dos agentes económicos dos “países periféricos” ou dos países europeus anteriormente pertencentes ao bloco

soviético. As instituições supranacionais, como por exemplo o Banco Mundial, a Comissão Europeia, US Aid, fixam assim como objectivo a promoção da aplicação de sistemas de justiça susceptíveis de garantir em simultâneo a credibilidade, a estabilidade e a segurança necessárias às trocas económicas, nomeadamente graças à modernização e racionalização do sistema judiciário, à sua autonomia em relação à política e à formação dos magistrados. Aos olhos destas instituições supranacionais, interessa reduzir a imprevisibilidade do sistema judiciário que constitui um dos obstáculos ao desenvolvimento e ao crescimento do mercado. Para alguns, esta atenção dispensada à justiça visa menos a instauração de um Estado de direito do que um “Estado de direito de negócios” (Sen, 2000).

A reforma da justiça no Japão ilustra claramente uma ligação cada vez mais forte entre liberalismo económico e justiça e na qual participam activamente os próprios profissionais do direito. A pressão exercida pelo patronato japonês parece ter sido decisiva para a realização da reforma da justiça “no quadro de uma economia de mercado que valoriza a iniciativa individual” e em nome de um sistema que garante “a desregulamentação total da economia a fim de manter a competitividade num universo concorrencial e global” (Takamura, 2007). É efectivamente isto que é empreendido por um governo liberal com vista nomeadamente ao crescimento das profissões de âmbito judiciário, da criação de *Law Schools*, de um convite à “privatização da justiça através das empresas e associações” instigadas a tornarem-se instâncias de resolução de conflitos no quadro da lei fundamental sobre os modos alternativos de resolução de conflitos, em sintonia com o objectivo geral de promover uma adaptação da sociedade japonesa à globalização (Takamura, 2007).

Seguindo estes princípios gerais inspirados no liberalismo económico, é explicitamente preconizada uma política dual de acesso ao direito e à justiça. Esta concepção claramente dualista do acesso ao direito e à justiça é então assumida, segundo o princípio de uma segmentação dos mercados do direito e da justiça. Esta dualização implica que seja assumida, por um lado, pelas categorias sociais favorecidas e pelos agentes económicos, uma justiça institucionalizada e profissionalizada, por outro lado, pelas categorias sociais desfavorecidas, uma justiça de profanos com incertezas em relação à competência de quem a exerce. O problema coloca-se ainda mais porque, por exemplo, no domínio da justiça, uma lógica de diferenciação pode talvez afirmar-se entre um sector de justiça consagrado à gestão das relações interpessoais (tal é a vocação legal dos Juízos de Paz portugueses) e um sector que responde às necessidades das actividades económicas e administrativas nas quais operam as organizações” (Bastard e Guibentif, 2007).

Esta configuração neoliberal inscreve-se num processo de “desformalização” do direito e da justiça em consonância com um contexto de “contractualização” que “pode encontrar alimento nas posições anti-estatais, que visam mais ou menos o modelo do Estado “minimal” e uma activação da sociedade civil concebida como uma sociedade atomizada ligada pelas trocas livres e voluntárias” (Munck de, 1995: 95).

No âmbito de uma justiça ligada à neoliberalização, o fenómeno da judicialização adquire uma outra tonalidade face ao anteriormente exposto. O poder judiciário é aqui claramente percebido como activamente inscrito no processo de neoliberalização na medida em que aí encontra os meios para aumentar o seu poder ao ponto de surgir como um obstáculo à democratização. Nada ilustra melhor a intensidade desta crença e a respectiva justificação que o título do artigo relativo à multiplicação dos tribunais constitucionais durante a década de 90 nas regiões pertencentes à Rússia: *Less Democracy, More Courts* (Trochev, 2004). Podemos referir-nos igualmente às polémicas levantadas pela Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades de 1982 e, nomeadamente, ao comentário de um autor para quem a esquerda e a direita reflectiram sobre o lado negativo deste crescimento do poder judiciário. A esquerda lamentou que o envolvimento no direito tenha apresentado um risco de despolitização para o movimento social. Enquanto para a direita, a Carta, ao reforçar o poder do direito e da justiça, possibilitou que os seus profissionais entrassem no terreno da política e da produção de políticas, o que ultrapassa o que deveria ser um exercício justo da sua função jurídica (Smith, 2005).

Para um autor como Ran Hirschl, existem de facto verdadeiras estratégias das elites e convivência entre as elites políticas, económicas e judiciárias para favorecer o movimento de judicialização. Na sua obra *Towards Juristocracy* (Hirschl, 2004), este autor regressa à constatação tão frequentemente avançada segundo a qual se observa em todo o mundo um movimento de transferência de uma dimensão sem precedentes das instituições representativas em direcção ao judiciário, nacional e supranacional. A partir de uma análise comparativa com diversos países (Canadá, Nova-Zelândia, Israel, África do Sul), Ran Hirschl desenvolve uma tese segundo a qual o reforço do poder da justiça *via* um movimento de constitucionalização testemunha uma vontade de preservação dos interesses hegemónicos. Inscreve-se num contexto de lutas sociais, políticas e económicas que estruturam o sistema político e, conseqüentemente, não podem ser compreendidas isoladamente. Assim, a deslocação da autoridade política das arenas de tomada de decisão alicerçadas sobre o princípio da maioria para as arenas judiciárias deve ser atribuída às elites políticas e económicas que consideram que

os seus interesses são assim melhor preservados.³ Para Ran Hirschl, aqueles que estão prestes a pagar o preço do reforço do poder judiciário são aqueles que consideram que a sua posição relativa ou absoluta poderia ser melhorada graças à “juristocracia” (Hirschl, 2004). Esta estratégia desenvolve-se particularmente com três grupos-chave: as elites políticas que vêem a sua hegemonia e os seus interesses ameaçados pelos novos grupos sociais e pretendem reivindicar um aumento de democracia contornando os procedimentos habituais; as elites económicas que percebem a constitucionalização dos direitos, nomeadamente os que dizem respeito à propriedade, à mobilidade, e ao direito ao emprego, como um meio de influenciar a acção do governo e de promover um mercado livre (*a free market*) e uma agenda favorável aos seus assuntos; e ainda, as elites judiciárias e os tribunais superiores ao nível nacional que procuram reforçar a sua influência política e a sua reputação internacional. Numa palavra, segundo Ran Hirschl, estes são inovadores estratégicos no domínio jurídico (*strategic legal innovators*) – [isto é] as elites políticas em associação com as elites económicas e judiciárias que possuem interesses comuns – [que] determinam o *timing*, o âmbito e o conteúdo das reformas constitucionais. (Hirschl, 2004:12)

Para Ran Hirschl, o caso israelita é um excelente exemplo do aumento do poder do Supremo Tribunal. O próprio Martin Edelman havia sublinhado um aumento quantitativo muito perceptível de recursos junto desta jurisdição. Assim, este autor calculou que, de 1956 a 1987, o número de casos apresentados aumentou 632%, enquanto no mesmo período a população registou um crescimento de 230% (Edelman, 1994). Em 1987, o tribunal recebeu 1466 petições, ou seja, sete vezes mais que trinta dois anos antes (Edelman, 1994). Além disso, este autor constatou que o Supremo Tribunal israelita se permitia cada vez mais uma interpretação livre da constituição (mesmo que não exista uma constituição escrita), invocando largamente o Estado de direito e os princípios do direito natural. Para Martin Edelman, o sistema político israelita teria assim mudado: essa jurisdição ter-se-ia tornado actualmente num importante actor político, enquanto aquando da fundação de Israel desempenhava apenas um papel secundário. De facto, teria passado de um papel semelhante ao da Câmara dos Lordes no sistema

³ A questão da judiciarização reacende assim o tradicional debate sobre quais são as elites que tiram mais partido do recurso à justiça, o que coloca de lado a ideia segundo a qual a justiça poderia contribuir para a mudança social: ver a célebre análise de Marc Galanter (1974); ver igualmente a obra consagrada posteriormente a um balanço crítico dessa análise (Kritzer e Silbey, 2003); finalmente, ver uma análise relativa a uma jurisdição federal e que conclui que as jurisdições podem ser mais receptivas que outras arenas políticas às reivindicações emanando de grupos desfavorecidos, mas que também são usadas pelos poderosos grupos sociais para reforçar os seus ganhos adquiridos politicamente (Olson, 1990).

britânico a uma função mais comparável à do Supremo Tribunal norte-americano (Edelman, 1994). Mas Ran Hirschl, de acordo com a posição crítica que tem sobre esta expressão exemplar de uma judicialização, avança uma explicação em três pontos para analisar o aumento pretendido do poder judiciário israelita: a hegemonia das elites é ameaçada pelos grupos periféricos e as suas orientações políticas; o poder judicial beneficia de uma elevada reputação de rectidão e imparcialidade; as jurisdições têm propensão para decidir segundo as concepções ideológicas e culturais dominantes (Hirschl, 2004).

Esta demonstração é retomada num artigo no qual Ran Hirschl sublinha que a constitucionalização dos direitos em Israel é o produto de uma aliança estratégica entre as elites dominantes, os seus representantes políticos e os seus profissionais do direito (Hirschl, 2001). Mostra particularmente que o Supremo Tribunal israelita partilha os valores de uma elite urbana pertencente à burguesia ashkenaze, esta proximidade é ainda maior pelo facto de esta última exercer na realidade um controlo sobre as nomeações (Hirschl, 2001). Esta influência do poder judicial tem ainda mais possibilidades de ser exercida se for reforçada pela crença, disseminada na opinião pública, na sua imparcialidade (Hirschl, 2001). Porém, Ran Hirschl nota que os representantes das minorias periféricas tendem a opor-se cada vez mais a este poder judicial. Ocupando um espaço cada vez mais importante, tentam impor o regresso às arenas de tomadas de decisões políticas, em conformidade com o princípio da maioria.

Fazendo o balanço destas observações, Ran Hirschl sublinha na sua obra que nos quatro países estudados o crescimento do judiciário se baseia numa estrita concepção dos direitos, uma referência sustentada na concepção individualista de Locke, e numa concepção anti-estatal e diádica dos direitos constitucionais. Trata-se antes de mais de proteger a esfera privada (humana e económica) das pressões do colectivo (frequentemente definido como sendo o Estado e as suas instâncias de regulação). Segundo Ran Hirschl, o Estado é visto nestes países pelos tribunais superiores como uma ameaça à liberdade humana e igualdade. Para ele, o discurso do direito sobre os direitos está impregnado de todos os princípios do neoliberalismo nestas dimensões sociais e económicas, como o individualismo, a desregulação, a “comoditização” dos serviços públicos e a redução das despesas públicas, esta inspirada pelo anti-estatismo, a procura de uma atomização social, e a estrita protecção da esfera privada. Neste espírito trata-se de preconizar uma justiça processual, com menos intervenção do Estado na esfera privada, assim como manifestar a hostilidade a respeito de todas as pretensões de igualdade fundamental, de regulações do Estado e direitos

dos trabalhadores (Hirschl, 2004). Ran Hirschl sublinha assim uma tendência global, perceptível nos quatro países estudados, de se avançar rumo a um neoliberalismo económico e social, com uma propensão para o enfraquecimento de uma concepção keynesiana do *welfare state* em benefício de políticas orientadas mais para o mercado e menos para o Estado (Hirschl, 2004). Obviamente que, para este autor, estas evoluções não vão no sentido do reforço de uma justiça distributiva ou da melhoria das condições dos grupos desfavorecidos (Hirschl, 2004).

Na sua conclusão, Ran Hirschl sugere que este processo de deslocação em direcção ao judiciário é susceptível de se acentuar com a criação das jurisdições supranacionais (dá como exemplo o Tribunal de Justiça Europeu) ou mesmo de instâncias semi-autónomas, como os bancos centrais nacionais ou o Banco Central Europeu ou mesmo os tratados de comércio transnacionais. Tudo isto ilustra uma tendência em direcção à instituição de procedimentos quasi-judiciários em diferentes sectores, assim como a transferência de arenas que funcionam sobre o princípio da maioria política em direcção a corpos de produtores profissionais de políticas semi-autónomas (Hirschl, 2004).

Após a análise destes três tipos de economia de regimes de regulação jurídica, é possível extrair duas formas opostas do estatuto jurídico e judiciário em relação ao político. Na primeira, o jurídico-judiciário surge como um elemento central da regulação política, o que pode ser ilustrado pelo modelo triádico da governação como definido por Alec Stone Sweet. Para este autor, a judicialização no tratamento dos conflitos é o processo através do qual uma TDR (*triadic dispute resolution*) surge, estabiliza e desenvolve uma autoridade, detida por uma estrutura normativa encarregue de gerir as trocas numa determinada comunidade (Shapiro e Stone Sweet, 2002, Stone Sweet, 1999). Para Alec Stone Sweet, esta tríade constitui um mecanismo essencial da mudança política. De facto, a passagem da díade à tríade corresponderia ao advento de uma forma particular de governação. Trata-se de regular os comportamentos e manter a coesão social num contexto de mudança. A introdução de um novo escalão, que se manifesta através do fenómeno da judicialização “estruturadamente os comportamentos estratégicos dos actores políticos envolvidos nas mútuas interações” (Stone Sweet, 1999: 71) para, finalmente, “redefinir de modo gradual mas irreversível, a própria natureza da governação” (Stone Sweet, 1999: 86).

A segunda forma de estatuto jurídico-judiciário por referência ao político é marcada pela sua instrumentalização. Seja a preocupação de racionalização que prevalece de tal forma que o direito e a justiça sofrem de uma perda

de sentido em benefício de um modelo contabilístico que rege a sua aplicação. Seja o direito que é colocado ao serviço de um marketing político correspondendo a uma concepção destorcida do político. Seja o direito e a justiça que se tornam instrumentos ao serviço dos agentes sociais e operadores económicos.

Caso admitamos a existência destas duas formas, é possível falar-se de um modelo de Janus da regulação jurídica. Mas, como já vimos, este modelo é construído como referência ao político de tal modo que, ao invés de informar acerca do estatuto jurídico-judiciário, informa sobre o próprio estatuto político. A regulação jurídica cria um sistema com a regulação política.

Com base neste ponto de vista, o modelo de Janus da regulação jurídica revela desde logo uma crise do político, do modelo político da democracia representativa.

Na primeira forma de estatuto do jurídico-judiciário em relação ao político, a supremacia cada vez maior do jurídico-judiciário significa um enfraquecimento do político. Assim, observamos um tipo de subinvestimento na justiça por defeito do político, este sendo incapaz de representar e impor uma meta-razão.

Os cidadãos [...] viram-se para a Justiça, recorrendo à mesma para compensar o “défice democrático” de uma decisão política de ora em diante submissa à gestão, e para fornecer à sociedade a referência simbólica que a representação actual lhe oferece cada vez menos. (Ringelheim, 1997)

A justiça é o receptáculo de um mal-estar civilizacional que a ultrapassa e que interroga o conjunto de actores que constituem uma sociedade. A crise na justiça exprime o medo da insegurança que a mutação de um modelo de sociedade produz [...] Por detrás da justiça que patina, é a democracia que se procura, é a política como instituição de um mundo comum que está em jogo. (Cartuyvels e Marry, 1997)

Podemos então interpretar a observação de Louise Arbour, Alta-Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos como a expressão da necessidade de impor ao político uma racionalidade de ordem superior que, a partir de agora, só a justiça pode conceder: “A justiça tem as suas razões que a razão política desconhece” (*Le Monde*, 8 de Fevereiro de 2007). É na mesma lógica que se pode situar uma corrente doutrinal interna à esfera judiciária que, apoiando-se sobre a ideia da reabilitação necessária de uma figura de um “terceiro poder” incarnada pelo juiz no contexto de questionamento da “República jacobina” e do “legicentrismo republicano”

(Gauchet, 1995, Rosanvallon, 2002), preconiza um novo papel do juiz como árbitro entre a sociedade civil e o Estado (Salas, 1998) ou o institui como o “guardião das promessas” democráticas (Garapon, 1996). Nesta perspectiva, caberia ao direito e à justiça conferirem uma Razão, estando investidos ou subinvestidos como Razão política por defeito do político.

Na segunda forma de estatuto jurídico-judiciário em relação ao político, a instrumentalização do jurídico e do judiciário é tão-somente mais uma expressão de uma outra forma de enfraquecimento do político, de um político incapaz de se definir de acordo com os seus propósitos ou um político submetido às lógicas económicas, isto é, às lógicas de meios ao invés de lógicas de fins.

Resta então aprofundar o significado destas expressões que brotam de um jurídico-judiciário e que contribuem todas para o mesmo fenómeno do declínio do político. Neste momento, parece-nos em todo o caso que a aplicação de uma sociologia política aplicada à questão do direito e da justiça, tal como definido no início e tal como tentámos explanar neste artigo, introduz uma questão bem mais ampla do que esta das perspectivas de desenvolvimento do político, a emergência de novos regimes de regulação política. Finalmente, a questão que permanece é a das eventuais reorientações necessárias destes regimes de regulação política para garantir a concretização efectiva do projecto democrático... tendo a preocupação de saber como é que o direito e a justiça poderão, eventualmente, contribuir para a restauração do político.

Referências bibliográficas

- Arnaud, Andre-Jean (2003), *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Coll. Droit et Société. Paris: LGDJ.
- Bastard, Bet; Guibentif, Pierre (2007), Présentation du dossier sur “La justice proximité”, *Droit et Société*, 66.
- Bauman, Zygmunt (2000), *Liquid Modernity*. Cambridge: Cambridge Polity Press.
- Beck, Ulrich (2001), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*. Paris: Aubier.
- Bezes, Philippe (2009), *Réinventer l'Etat. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*. Paris: PUF.
- Caillosse, Jacques (2009), “Quel droit la gouvernance publique fabrique-t-elle?”, *Droit et Société*, 71, 461-470.
- Caillosse, Jacques (2008), *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris: PUF.
- Cartuyvels, Yves; Marry, Philippe (1997), “Crise de la justice et au-delà?”, in *L'affaire Dutroux. La Belgique malade de son système*. Bruxelles: Editions Complexe, 97-127.

- Chellé, E. (2010), “Une politique de récompense dans la haute-magistrature. Le cas de la prime de rendement”, *Droit et Société*, à paraître.
- Commaille, Jacques (1994), *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Coll. Droit, Ethique et Société. Paris: PUF.
- Commaille, Jacques (2000), *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*. Paris: PUF.
- Commaille, Jacques (2006), “Nouvelle économie de la légalité, nouvelles formes de justice, nouveau régime de connaissance. L’anthropologie du droit avait-elle raison?”, in C. Eberhard ; G. Vernicos (dir.), *La quête anthropologique du droit*. Paris: Karthala, 351-368.
- Commaille, Jacques (2009), “Sociologie de l’action publique”, in *Dictionnaire des politiques publiques*. Paris: Presses de Sciences Po, nouvelle édition.
- Commaille, Jacques, Recension de l’ouvrage: Halliday, T. C.; Karpik, L.; Feeley M. M. (eds.) (2007), “Fighting for Political Freedom. Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism”. Onati International Series in Law and Society, *L'Année Sociologique*, 2, 59/2009, Oxford, Portland: Hart Publishing, 449-456.
- Commaille, Jacques; Jobert B. (dir.) (1998), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Coll. Droit et Société, série Politique. Paris: LGDJ.
- Commaille, Jacques et Kaluszynski M. (dir.) (2007), *La fonction politique de la justice, la Découverte*, Paris.
- Commaille, Jacques; Dumoulin L. (2009), “Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la ‘judiciarisation’”, *L'Année Sociologique*, 1, 63-107.
- Dumoulin, Laurence; Licoppe, Christian (2009), “Justice et visioconférence: les audiences à distance. Genèse et institutionnalisation d’une innovation”, Rapport pour le GIP “Mission Recherche Droit et Justice”, multigr. Paris.
- Duran, Patrice (1993), “Piloter l’action publique, avec ou sans le droit ?”, *Politiques et Management Public*, 11(4), décembre, 1-45.
- Duran, Patrice (2010), “Action publique, pouvoir politique et sciences sociales. Postface”, in Patrice Duran, *Penser l’action publique*. Paris: LGDJ-Lextenso éditions, nouvelle édition.
- Edelman, Martin (1994), “The Judicialization of Politics in Israel”, *International Political Science Review*, 15 (2), 177-186.
- Epp, Charles R. (1998), *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, London: The University of Chicago Press.
- Feeley, Malcolm M.; Rubin, Edward L. (1998), *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America’s Prisons*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- Fournier, Bernard ; Woehrling, José (2000), “Présentation du numéro Judiciarisation et pouvoir politique”, *Politique et Sociétés*, 19(2-3), 3-7.

- Galanter, Marc (1974), "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law and Society Review*, 9, 95-160.
- Galembert de, Claire (2007), "La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004)", in J. Commaille; M. Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*. Paris: La Découverte, 95-118.
- Garapon, Antoine (1996), *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*. Paris: Ed. Odile Jacob.
- Gauchet, Marcel (1995), *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation*. Paris: Gallimard.
- Gavini, Christine (1998), *Emploi et régulation. Les nouvelles pratiques de l'entreprise*. Paris: CNRS Editions.
- Giddens, Anthony (2004), *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*. Editions Le Rouergue/Chambon.
- Hall, Peter A. (1993), "Policy Paradigms, Social Learning and the State", *Comparative Politics*, April, 275-292.
- Halliday, Terence C. et al. (2007), *Fighting for Political Freedom. Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, Onati International Series in Law and Society. Oxford, Portland: Hart Publishing.
- Hawkins, Keith et al. (1984), *Environment and Enforcement Regulation and the Social Definition of Pollution*. Oxford: Centre for Socio-Legal Studies.
- Hirschl, Ran (2001), "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization. Lessons from Israël's Constitutional Revolution", *Comparative Politics*, April, 315-335.
- Hirschl, Ran (2004), *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- Horowitz, Donald L. (1977), *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution.
- Israël, Liora (2005), *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris: Fayard.
- Jobert, Bruno (1994) (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, Coll. "Logiques Politiques". Paris: L'Harmattan.
- Kritzer, Herbert M.; Silbey, Susan (eds.) (2003), *In Litigation. Do the 'Haves' Still Come Out Ahead?* Stanford: Stanford University Press.
- Lascoumes, Pierre (1990), "Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques", *L'Année Sociologique*, 40, 43-71.
- Lascoumes, Pierre (1994), *L'éco-pouvoir. Environnements et politiques*. Paris: La Découverte.
- Ledoux, Clémence (2006), *La construction politique du métier d'assistante maternelle*, Mémoire de Master Recherche, IEP Paris.

- Lefranc, Sandrine (2007), “La justice dans l’après-violence politique”, in J. Commaille; M. Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*. Paris: La Découverte, 273-291.
- Legendre, Pierre (1974), *L’amour du censeur. Essai sur l’ordre dogmatique*. Paris: Le Seuil.
- Lejeune, Aude (2007), “Justice institutionnelle ou justice démocratique. Clercs ou profanes. La Maison de justice et du droit comme révélateur des tensions entre des modèles de justice”, *Droit et Société*, 66.
- McCann, Michael W. (1994), *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.
- Marry, Philippe (2003), *Insécurité et pénalisation du social*. Bruxelles: Labor.
- Mehta, Pratap B. (2007), “The Rise of Judicial Sovereignty”, *Journal of Democracy*, 18(2), April, 70-83.
- Mockle D. (2007), *La gouvernance, le droit et l’Etat. La question du droit dans la gouvernance publique*. Bruxelles: Bruylant.
- Morton, Frederick L.; Allen, Avril (2001), “Feminists and the Courts: Measuring Success in Interest Group Litigation in Canada”, *Canadian Journal of Political Science*, XXXIV: 1, March, 55-84.
- Munck de, Jean (1995), “Le pluralisme des modèles de justice”, in Antoine Garapon; Denis Salas (sous la dir.), *La justice des mineurs. Evolution d’un modèle*. Bruxelles, Paris: Bruylant, LGDJ, 95.
- Olson, Susan M. (1990), “Interest Group Litigation in Federal District Court: Beyond the Political Disadvantage Theory”, *Journal of Politics*, 52(3), August, 854-882.
- Osiel, Mark (1995), “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *Law and Social Inquiry*, 20(2), 481-550.
- Ost, François (1992), “Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles de juge”, in P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*. Paris: Esprit, 241-272.
- Pharo, Patrick (1991), *Politique et savoir-vivre: enquête sur les fondements du lien civil*. Paris: L’Harmattan.
- Ringelheim, Foulek (1997), “Feux sur la justice”, in L’affaire Dutroux. La Belgique malade de son système. Bruxelles: Editions Complexe.
- Rosanvallon, Pierre (2002), *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation politique en France*, Coll. Folio Histoire. Paris: Gallimard
- Salas, Denis (1998), *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*. Paris: Hachette Littératures.
- Salas, Denis (2005), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*. Paris: Hachette Littératures.
- Sarat, Austin ; Scheingold, Stuart A. (2006), *Cause Lawyers and Social Movements*. Stanford, California: Stanford University Press.
- Schoenaers, Frédéric (2003), “Disponibilité des ressources et innovations managériales. Quelles mutations pour les juridictions du travail belges et françaises face aux évolutions de leurs environnements”, Thèse de doctorat, IEP Paris, Université de Liège.

- Sen, Amartya (2000), *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*. Paris: Odile Jacob.
- Seroussi, Julien (2009), “Les acteurs nationaux du droit pénal international: le cas Pinochet”, *l'Année Sociologique*, 2(59).
- Shapiro M., (1994), “Juridicalization of Politics in the United States”, *International Political Science Review*, 15(2), 101-112.
- Shapiro, Martin; Stone Sweet, Alec (2002), *On Law, Politics & Judicialization*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Smith, Miriam (2005), “Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada”, *Politics & Society*, 33(2), June, 327-353.
- Sousa Santos, Boaventura (1988), «Droit: une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit», *Droit et Société*, 10, 363-390.
- Sousa Santos, Boaventura (2004), *Vers un Nouveau Sens Commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, Coll. Droit et Société, série Sociologie, Paris: LGDJ.
- Stone, Sweet Alec (1999), “Judicialization and the Construction of Governance”, *Comparative Political Studies*, 32(2), April, 147-184.
- Takamura, Gakuto (2007), “La justice comme vecteur d’un nouvel ordre”, in J. Commaille; M. Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*. Paris: La Découverte, 213-228.
- Tate, C. Neal; Vallinder, Torbjorn (1995), *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Trochev, Alexei (2004), “Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia”, *Law & Society Review*, 38(3), 513-548.
- Uprimny Yepes, Rodrigo (2007), “La justice au coeur du politique: potentialités et risques d’une judiciarisation en Colombie”, in J. Commaille; M. Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*. Paris: La Découverte, 229-250.
- Vauchez, Antoine; Willemez, Laurent (2007), *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*. Paris: PUF.
- Veltz, Pierre (1998), “La ville, le développement économique et l’emploi: l’agglomération comme échelle pertinente”, in Ministère de l’Emploi et de la solidarité, *Demain la ville, la documentation Française*, Paris, t.2, 331-340.
- Vigour, Cécile (2006), “Justice: l’introduction d’une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques”, *Droit et Société*, n° 63-64, 425-455.
- Weber, Max (1921), *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck.