

As complexas relações entre direito e política

Um estudo do fenômeno da judicialização como decorrência de múltiplas causas e que deve ser analisado por distintas abordagens¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²
Felipe Dalenogare Alves³

RESUMO: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica desenvolvida sob a temática da judicialização, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, este fenômeno que desencadeia tanto a judicialização da política, quanto a judicialização do próprio direito, ocasionado por um natural “protagonismo” do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes políticos. Para tanto, reali-

¹ Esta investigação, apresentada originalmente e publicada nos anais do XI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas (2014), na forma de artigo, intitulado “A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens”, é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), nos quais os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. O estudo é vinculado ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. O estudo se inseriu, também, no âmbito das atividades realizadas em parceria com a Universidade de Talca, no Chile, que contou com recursos da FAPERGS.

² Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (Brasil), com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Professora e Coordenadora-Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e à ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Email: moniah@unisc.br

³ Doutorando (com bolsa Capes/Prosup – tipo II) e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM (Brasil) e em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG (Brasil). Professor na Graduação em Direito da Faculdade Antonio Meneghetti – AMF (Brasil). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profª Pós-Dra Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito – IbiJus e da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Email: felipe@estudiosdedireito.com.br

zou-se um estudo, abordando os principais aspectos referentes ao tema, objetivando-se, ao final, demonstrar que a judicialização é um fenômeno universal complexo, que se reveste em gênero do qual decorrem espécies (da política e do direito), as quais podem ser estudadas sob diferentes abordagens, possuindo múltiplas causas. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento às questões importantes que permeiam a temática, como: qual a abrangência do termo judicialização? Quais as principais causas da judicialização? Sob quais abordagens deve ser estudada a judicialização da política? Por fim, é possível concluir que o processo de judicialização das questões até então tidas como exclusivas ou predominantemente atribuídas aos Poderes políticos é um processo histórico compatível com os preceitos da ordem constitucional contemporânea, sendo que seu estudo tem ocorrido de forma generalista, com uma utilização indiscriminada do termo, desconsiderando-se as múltiplas abordagens e causas que as diferentes espécies podem ser estudadas.

Palavras-chave: judicialização; judicialização da política; judicialização do direito.

ABSTRACT: The present work exposes the result of a bibliographical research developed under the theme of judicialization, having as main objective to analyze, under the contours of the contemporary constitutionalism, this phenomenon which triggers both judicialization of politics, and judicialization of the own right, raised by a natural "leading role" of the judiciary at the expense of political powers. To this end, a study was carried out, addressing the main aspects related to the issue, aiming at the end, demon-

strate that judicialization is a universal complex phenomenon, which is in genre from which there are species (politics and law), which can be studied under different approaches, with multiple causes. In the course of work, sought to clarify important issues that permeate the theme, such as: what is the scope of the term judicialization? What are the main causes of judicialization? Under what approaches should be studied judicialization of politics? Finally, it is possible to conclude that the process of judicialisation of the questions until then regarded as exclusive or predominantly allocated to political power is a historical process compatible with the precepts of contemporary constitutional order, being that his study has occurred in a generalist with an indiscriminate use of the term, disregarding the multiple approaches and causes that different species can be studied.

Keywords: judicialization; judicialization of politics; judicialization of the law.

1 Introdução

O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sob a temática da judicialização, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, este fenômeno que desencadeia tanto a judicialização da política, quanto a judicialização do próprio direito, ocasionado por um natural “protagonismo” do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes políticos.

As Constituições contemporâneas, dotadas de direitos fundamentais voltados à concretização da dignidade humana, de caráter aberto e principiológico, têm propiciado, principalmente após as atrocidades cometidas na segunda-guerra, cada vez mais, decisões judiciais com alcance político. Isso significa que decisões com grande impacto para o rumo da sociedade estão sendo transferidas ao Poder Judiciário e não sendo tomadas pelos Poderes políticos (Legislativo e Executivo) como tradicionalmente ocorria.

Esta transferência decisória, acompanhada, inevitavelmente, de um protagonismo do Poder Judiciário, convencionou-se denominar de “Judicialização”, termo utilizado indiscriminadamente, para explicar fenômenos distintos e complexos. Por esta razão, neste trabalho, buscou-se a investigação dos diferentes significados do termo, catalogando-se o gênero (judicialização) em duas espécies (judicialização da política e do direito), buscando-se, sob diferentes abordagens (funcionalista, centrada em direitos, institucionalista e centrada nos tribunais), desvendar suas distintas faces – tendências inter-relacionadas (associada ao crescente poder dos tribunais e das instituições judiciais, à crescente capacidade dos tribunais para limitar instituições legislativas e à crescente proeminência de escândalos envolvendo as instâncias políticas).

Acrescentou-se, ainda, uma abordagem centrada nos próprios Poderes políticos, advinda de cima para baixo, ou seja, do próprio legislador (dito de forma clara: a transferência (in)voluntária dos problemas sociais – de alta relevância e controvérsia política, do legislador para o Judiciário). Afinal, as

críticas caem sobre este Poder, bem ou mal, correto ou incorreto, ele terá que decidir!

Para o propósito deste ensaio, será abordada (de forma interrelacionada) a judicialização do direito, a qual lhe tem imposto uma nova tendência, qual seja, de um Direito cada vez mais jurisprudencial (*judge made law*) em detrimento do tradicional, legislado, oriundo das esferas políticas, fazendo com que o Direito seja, cada vez mais, um “Direito Judicial”.

Diante deste contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, como as seguintes questões: qual a abrangência do termo judicialização? Quais as principais causas da judicialização? Sob quais abordagens deve ser estudada a judicialização da política?

Para isso, serão abordados os principais aspectos referentes ao tema, objetivando-se, ao final, demonstrar que a judicialização é um fenômeno universal complexo, que se reveste em gênero do qual decorrem espécies (da política e do direito), as quais podem ser estudadas sob diferentes abordagens, possuindo diferentes causas.

2 O processo da judicialização como fenômeno salutar ao Estado Democrático de Direito

As decisões judiciais com alcance políticos, a partir do pós-segunda guerra passaram a ganhar maior espaço com a presença dos catálogos de direitos fundamentais nas Constituições, em especial, dos Estados Democráticos. Isso porque democratas de todo o mundo, principalmente na Europa, após

perceber o impacto dos regimes autoritários nos direitos dos cidadãos, em especial na Alemanha, passaram a questionar o porquê e como haviam ocorrido as atrocidades nazistas, além de buscarem a forma de proteção dos direitos das gerações futuras (VALLINDER, 2012, p. 20).

Passa-se, então, a se atribuir um caráter fundamental às Constituições, calcado no ideal de fortalecimento dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, que a atribui, sobretudo, um caráter principiológico, de textura aberta, permitindo-se a ampla aferição de seus conteúdos à realidade histórico-social em que se aplica (LEAL, 2007, p. 40).

Indo além, pode-se dizer que a Constituição não apenas passa a proteger os direitos fundamentais, mas, inclusive, a estruturar o processo político de um Estado, eis que não apenas delimita a atuação estatal, mas se torna a principal fonte – e até imediata – de proteção e concretização destes direitos, o que a torna essencialmente política (TUSHNET, 2012, p. 6).

Assim, de nada adiantaria se dispuséssemos de direitos, mas não houvesse um meio eficaz de concretizá-los e guardá-los. É frente a isso que a maioria destas Constituições (as contemporâneas), além de incorporar sua declaração de direitos, também introduziu alguma forma de *judicial review*, seja por intermédio de um tribunal específico para tal, seja pelo judiciário como um todo, a fim de que se pudesse traduzir as disposições constitucionais, as dando praticidade no cotidiano público (HIRSCHL, 2012, p. 27).

Dito de outro modo, afirma-se que, se a Constituição compatibilizou-se à nova perspectiva do Estado (agora Democrático de Direito), o papel e a

forma de garanti-la, por meio de uma jurisdição constitucional, também se modificaram (LEAL, 2007, p. 5). Passa-se, então, a ter destaque tanto o sistema norte-americano de *judicial review* (é preciso apontar que, após a segunda guerra, os Estados Unidos da América emergiram como uma das principais potências democráticas) quanto o europeu, com raízes na Áustria de Kelsen (VALLINDER, 2012, p. 24).

Se o primeiro sistema, nos Estados Unidos da América, é tido como “uma das barreiras mais poderosas que já se erigiu contra a tirania de assembleias políticas” (VALLINDER, 2012, p. 19), o segundo, em especial na Alemanha, por meio de seu Tribunal Constitucional, é considerado o responsável por tornar a Constituição, pela primeira vez, normativa, vinculando todo o Poder Público, inclusive o legislativo, o que significa dizer que a política não mais pode impor sua vontade, sem considerar o perímetro traçado pela Lei Fundamental (GRIMM, 2006, p. 96).

Isso porque a força normativa da Constituição não se assenta exclusivamente na adaptação inteligível a uma determinada realidade, ela vai além, convertendo-se em força ativa, impondo tarefas, as quais devem ser efetivamente realizadas, sejam de ação ou de abstenção, orientando a própria conduta Estatal como um todo (HESSE, 1991, p. 19).

Sobretudo, é importante que se diga que os maiores avanços em matéria constitucional (imperando-se os direitos humanos) se deram principalmente nos países que sofreram os maiores impactos dos regimes totalitários, especialmente na Alemanha, Itália e Espanha, que passaram a ter uma jurisdição constitucional mais atuante e intensa (LEAL, 2007, p. 52).

A instituição de uma jurisdição constitucional com amplos poderes para defender os ideais impostos ao Estado, em consonância com os importantes compromissos que surgiram com o pós-guerra, modificou certos pontos essenciais da própria compreensão constitucional alemã em relação às formas anteriores de constitucionalidade do Estado, dando-se, esta mutação, principalmente com a atribuição de competências próprias a um Tribunal Constitucional, por intermédio das quais se passou a controlar a atuação política dos demais Poderes (STERN, 2009, p. 34).

É neste contexto, que os Tribunais Constitucionais e o Judiciário como um todo passam a protagonizar o cenário Estatal, sem considerar, ainda, que o controle exercido por este Poder sobre o coletivo se constitui em um dos maiores fatos políticos do século XX, uma vez que nada mais escapa de seu crivo, sendo chamado a se manifestar em um número cada vez mais extenso de setores da vida social (GARAPON, 2001, p. 24).

No Brasil, embora o processo de democratização seja recente, o protagonismo do Poder Judiciário não poderia ser diferente. Abarcando um sistema misto de controle de constitucionalidade (difuso – de raiz norte-americana e concentrado – de raiz austríaca), no qual desde o juiz de primeiro grau de jurisdição até o Supremo Tribunal Federal poderão reconhecer a inconstitucionalidade de ato normativo, este crescimento da atuação judicial torna-se inevitável.

Assim, um número imensurável de questões que envolvem as mais diferentes relações sociais (sejam de natureza trabalhista, civil, penal, ambiental, científica, moral, religiosa e política) passa a ser analisado e decidido pelo

Judiciário. Em outras palavras, é possível dizer que a influência do Direito na contemporaneidade não se encontra restrita aos Poderes da República, passando a regular questões até então eminentemente privadas, que caracteriza uma verdadeira invasão do direito na organização da vida social (VI-ANNA et al, 1999, p. 149).

Em suma, há de se destacar que a judicialização é resultado de um processo histórico, inerente ao constitucionalismo democrático, fundado em múltiplos fatores (como a centralidade e a força normativa da Constituição, associadas a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais), que amplia e transforma a atuação da jurisdição constitucional (LEAL, 2013, p. 221).

Esta transposição, seja das matérias até então deliberadas e decididas pelas instâncias políticas, seja das relações sociais *lato sensu*, à apreciação e decisão do Judiciário, caracteriza o fenômeno denominado judicialização. Esta é gênero, da qual decorrem diferentes espécies, sendo tratadas, neste ensaio, da judicialização da política e da judicialização do direito.

É nas diferentes etimologias do termo, eis que a expressão “judicialização” sofre de indistinção analítica, ou seja, é utilizada indiscriminadamente, de modo abrangente, para se referir a distintos processos, embora inter-relacionados (HIRSCHL, 2012, p. 29), que se calcará o desenvolvimento dos próximos tópicos do trabalho.

3. A judicialização da política: diferentes faces que devem ser estudadas por múltiplas abordagens

A instituição de catálogos de direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas, os quais se fazem acompanhados de instrumentos de proteção (a exemplo das ações constitucionais) e o próprio desenvolvimento do Estado voltado à concretização da cidadania (com uma atuação ativa e aparelhamento de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública) fazem com que o cidadão bata à porta do Poder Judiciário em busca de proteção/concretização de seus direitos fundamentais.

Desta forma, a judicialização, relativamente às questões políticas que envolvem direitos fundamentais, em especial os prestacionais, ainda é um assunto muito debatido na atualidade, especialmente por envolver a questão da separação dos Poderes. Neste ponto, a forma de resolução das questões sociais pela via legislativa e pela via judicial possuem peculiaridades próprias, como se observa do quadro abaixo (VALLINDER, 2012, p. 16):

	Judiciário	Legislativo
Atores	Duas partes e um terceiro (juiz);	Diversas partes;
Métodos de trabalho	Audiências, em regra, abertas;	Negociações e trocas, em geral, a portas fechadas; Acordos; Adiamento de pauta;
Norma decisória básica	Decisão tomada por um juiz imparcial;	Princípio Majoritário;
Resultado	Resolução de ações individuais, em regra, seguindo-se precedentes;	Normas gerais (leis orçamentos), elaboração de políticas públicas;
Implicações	Averiguações dos fatos e aplicação da norma, “a única solução correta”;	Alocação de valores, em geral, econômicos, “a solução politicamente possível”;

Observa-se que cada esfera possui seu processo próprio de decisão. Em síntese, depreende-se do quadro acima que a função primordial do Poder Judiciário é a de proteger/concretizar os direitos fundamentais do cidadão, en-

quanto a do legislativo é proteger/concretizar os direitos da maioria (legislativamente representada). E, aqui, encontram-se presentes os dois pilares básicos do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e a democracia (VALLINDER, 2012, p. 17).

A judicialização da política tende a ser amplamente retratada como sinônimo de ativismo judicial, razão pela qual é necessário que se faça a observação de que embora sejam duas faces da mesma moeda, não necessariamente sejam a mesma moeda (LEAL, 2013, p. 220). De uma forma simplificada, a judicialização da política poder ser explicada – e não meramente descrita – sob quatro abordagens: funcionalista, centrada em direitos, institucionalista e centrada nos tribunais (HIRSCHL, 2012, p. 30).

A abordagem funcionalista – sob esta abordagem, a judicialização da política decorre de uma proliferação de níveis de governo, em um sistema político eminentemente descentralizado, com ampla diversidade de vetos ou práticas de *judicial review*. Desse modo, a forma federalista de Estado e a rígida separação dos Poderes incentivam a expansão do Poder Judiciário, eis que este terá que atuar como um “terceiro imparcial” na solução das controvérsias entre os próprios Poderes ou entre os Entes federativos. Nos Estados em que há atuação das agências reguladoras no sistema de descentralização administrativa (com forte tendência nos Estados liberais, com ampla privatização), o Judiciário é acionado a intervir, seja nos litígios de coordenação entre elas, seja nas lides entre elas e os cidadãos ou, ainda, nos conflitos de competência destas com outros órgãos integrantes da estrutura do Estado (HIRSCHL, 2012, p. 30).

A abordagem centrada em direitos – sob este prisma, o fenômeno decorre da prevalência dos direitos, com a maior consciência por parte dos cidadãos. Assim, a judicialização ocorre de baixo para cima, ou seja, do cidadão (historicamente sub-representado ou excluído) para o Estado. Ela advém, de certa forma, de uma visão sobre um Judiciário tomador de decisões respeitáveis, imparciais e eficientes. Em outras palavras, seria sobrepor um Judiciário detentor de um processo jurídico íntegro sobre a corruptibilidade da negociação política (HIRSCHL, 2012, p. 30).

A abordagem institucionalista – sob este aspecto, a judicialização exige a aceitação e submissão à norma jurídica, que será aplicada, em um sistema jurídico legítimo, por um tribunal superior (independente e respeitável) dotado de algum instrumento que possibilite o *judicial review*. Esta abordagem é inerente ao Estado Democrático de Direito, o que faz se atribuir à democracia a principal causa da judicialização e da própria extensão do Judiciário. Significa dizer que um *judicial review* que age ativamente é não só pré-requisito da democracia, como produto dela, afirmando-se que, quanto mais democracia, mais necessidade de tribunais haverá. Assim, estabeleceu-se um canal institucional, por meio do qual qualquer cidadão poderá contestar uma violação a um direito constitucionalmente protegido, aumentando, dessa forma, a probabilidade de envolvimento judicial em matéria de políticas públicas (HIRSCHL, 2012, p. 31-33).

A abordagem centrada nos tribunais – sob esta perspectiva, sustenta-se que os juízes se constituem na principal força propulsora da judicialização da política. Dessa forma, juízes não eleitos democraticamente chamam para

si o poder de decisão, mesmo que seja de caráter moral ou político, deixando, inclusive, de observar questões fundamentais de separação dos Poderes e de competências Estatais. Em assim agindo, proliferaria o fenômeno da judicialização da política, o tornando uma espécie de “bola de neve”, no sentido de “quanto mais, mais” (HIRSCHL, 2012, p. 33).

É necessário destacar, ainda, uma quinta abordagem, pouco explorada, mas que desencadeia reflexos vultosos na judicialização da política. Pode ser denominada de *abordagem centrada nos Poderes Políticos*. É o que Hirschl (2012, p. 33-34) convencionou chamar de judicialização de cima para baixo. Esta não advém do cidadão. Provém do próprio legislador, retratando as lutas concretas pelo poder político, os interesses das elites e de outras pessoas com interesses políticos, que tornam o apoio da esfera política fator integrante da própria judicialização da política. Dito de outro modo, esta abordagem considera a transferência das questões sociais (enfaticamente as de alta relevância e controvérsia política) realizadas pelo próprio Legislativo ao Judiciário.

No Brasil, não faltam exemplos deste tipo de ação (caracterizado, em grande parte, pela abstenção e inércia dos Poderes políticos). Trazendo ao trabalho apenas um caso, apresenta-se a questão das uniões homoafetivas, a qual tramitou durante anos no Congresso Nacional, sem uma tomada de decisão concreta. Afinal, somos levados a perguntar: qual legislador chamaria para si a responsabilidade de votar questão que envolve tamanho número de interesses (políticos, econômicos, religiosos, etc) em um país em que a opinião acerca do tema é tão dividida? Por óbvio, torna-se mais cômodo transferir

essa responsabilidade ao Judiciário (criticado por ser integrado por membros não eleitos democraticamente pelo povo).

Sob estas diferentes abordagens, é possível identificar três faces (tendências inter-relacionadas) da judicialização da política: associada ao crescente poder dos tribunais e das instituições judiciais, à crescente capacidade dos tribunais para limitar instituições legislativas e à crescente proeminência de escândalos envolvendo as instâncias políticas (NEWELL, 2012, p. 98-100).

A judicialização associada ao crescente poder dos tribunais e das instituições judiciais – esta face está relacionada ao poder dos tribunais e dos juízes, de forma geral, em “criar” leis, a fim de limitar e regular outros Poderes do Estado. Dentre os fatores que podem ser considerados responsáveis por esta face da judicialização está, cada vez mais, uma fragmentação do poder interno dos demais Poderes (leia-se divisão de opiniões/interesses políticos), a qual desencadeia um entrave e uma limitação ao poder de legislar, fazendo com que o Judiciário molde a política, em solução aos litígios judiciais ocasionados pelos próprios Poderes (NEWELL, 2012, p. 98).

Além disso, é possível atribuir-se como responsável a “sensação de confiança” que se têm no Judiciário, de que ele possa proteger o cidadão, em especial os seus direitos constitucionalmente previstos, contra um eventual abuso político. Significa dizer que tem havido uma transferência dos anseios políticos da sociedade ao “Poder técnico” em virtude da desconfiança dos cidadãos na capacidade de legislar de seus representantes (NEWELL, 2012, p. 98).

A judicialização associada à crescente capacidade dos tribunais para limitar instituições legislativas – esta face relaciona-se à capacidade de limitar a atuação legislativa. Dito de outra forma, há uma tendência, em face da abertura das normas constitucionais, do Judiciário não apenas considerar como as decisões majoritárias são tomadas – procedimentalismo, mas também levar em consideração a substância que as compõem – substancialismo (NEWELL, 2012, p. 99).

As ferramentas para esta limitação são conferidas ao Judiciário pelo próprio constituinte, que incluiu, além de ações constitucionais, um extensivo rol de legitimados que poderão provocar a atuação jurisdicional, vindo a fazer com que este Poder controle não apenas os atos normativos, mas também a ação/omissão dos Poderes políticos.

A judicialização associada à crescente proeminência de escândalos envolvendo as instâncias políticas – esta face está relacionada a uma crescente atuação dos meios de comunicação (atrelada à ideia de sociedade da informação), que tornou os agentes políticos sucessíveis a uma maior observância e controle social (NEWELL, 2012, p. 99-100). Este fenômeno é global, sendo inerente a todo o mundo ocidental (CAPPELLETTI, 1999, p. 45) e fez vir à tona inúmeros escândalos envolvendo os Poderes políticos (no Brasil, não faltam casos, a exemplo do “mensalão”) que acarretam na descrença populacional em seus representantes, transferindo as decisões políticas à apreciação judicial.

Basta ver a confiança midiática/populacional depositada no Judiciário, para que este, no sentido do que aponta Maus (2000), como o superego de uma

sociedade órfã, “fizesse justiça” e condenasse os envolvidos no caso “mensalão”, fazendo com que o Judiciário – e sua atuação (in)justa – estivesse presente nos lares (e bares) brasileiros de norte a sul do país.

Por fim, é necessário destacar que a judicialização da política é uma espécie complexa – de múltiplas faces – do gênero judicialização, decorrente de diferentes causas, devendo ser estudada sob diferentes enfoques, observando-se o contexto sociopolítico de cada Estado, mesmo que seja inegável afirmar que se trata de um fenômeno universal.

Outra espécie de que tratará este trabalho é a judicialização do direito, a qual lhe tem imposto uma nova tendência, qual seja, de um direito cada vez mais jurisprudencial (*judge made law*) em detrimento do direito tradicional, legislado, oriundo das esferas políticas, como será estudado a seguir.

4. A judicialização do direito: o direito jurisprudencial em detrimento do direito legislado

Como dito, outra espécie do gênero judicialização é a judicialização do direito. Trata-se da transposição de decisões estratégicas para o rumo social – aborto, pesquisas genéticas, uniões homoafetivas, etc – dos Poderes políticos para o Poder Judiciário, fazendo com que o Direito seja, cada vez mais, um “Direito Judicial”, ou seja, cunhado na seara jurisdicional, e não na esfera deliberativa, como deveria, originariamente, ser (LEAL, 2013, p. 221).

Após a segunda-guerra, passou-se a alterar, de forma constante e significativa, os ideais positivistas (de mera subsunção à lei) que vigoraram durante muito tempo nos sistemas jurídicos que sofreram influência da revolução

francesa. Dentre as soluções encontradas, está a conferência de maior “poder” ao Judiciário, em grande parte, atribuída pela incapacidade do Poder Legislativo cumprir seu papel, motivado por uma diferente gama de fatores, como a impossibilidade de previsão abstrata de todas as ações humanas; a influência de articulação políticas na produção legislativa (o que cria uma aproximação, muitas vezes nociva, entre o Legislativo e o Executivo), além de um desvio da função predominante de legislar – preferência por atribuições de fiscalização e investigação (ALMEIDA; BITTENCOURT, 2008, 250-251).

Dentre os fatores que causam a judicialização do direito, é possível destacar a supremacia dos Direitos Fundamentais, agora elementos centrais da ordem jurídica, elevados ao grau principiológico, exigindo concretização e determinação – em cada caso concreto – de seu conteúdo. Não raras vezes, esta concretização/determinação fulmina em uma colisão entre eles, fazendo com que o Judiciário pondere e decida, mesmo que estes direitos não estejam tutelados e protegidos pela legislação (infraconstitucional). Significa dizer que a incidência direta destes direitos faz com que eles sejam aplicados mesmo em situações que não haja proteção/regulamentação em lei (LEAL, 2013, p. 221-222).

Esta colisão, não apenas de direitos fundamentais, mas de normas constitucionais desencadeia a imprescindível ponderação, uma vez que a subsunção por si só não possui o condão de dar resolução ao problema (como seria possível condizer o mesmo fato em normas antagônicas?). Não se aplicarão, aqui, tratando-se de normas constitucionais originárias, os critérios tradicio-

nais de solução de controvérsias normativas (hierárquico, cronológico e especial), restando, indiscutivelmente ao intérprete (juiz), a busca pela preservação máxima dos interesses em disputa, fazendo prevalecer, em cada caso, um ou outro direito, na realização do ideal constitucional (BARROSO, 2007, p. 10-11).

Além disso, é possível destacar como causa desta espécie a ampliação e o alcance da Constituição que acarreta a natural constitucionalização do Direito. Havendo uma Constituição escrita, formal e analítica como a brasileira, a ampliação de matérias que passam a balizar o controle de constitucionalidade (elevados ao status constitucional) transfere para o Judiciário (e ao STF em especial) matérias até então intangíveis à apreciação da Corte Constitucional. Esta Corte, assim como o Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, passa a determinar a interpretação infraconstitucional, a compatibilizando com a Constituição – “interpretação conforme” (LEAL, 2013, p. 222).

Somam-se a isso os fatores culturais e jurídicos/operacionais inerentes a contemporaneidade. Os primeiros representados pela solução jurisdicional (apenas o Judiciário faz coisa julgada e o cidadão, agora informado e conscientizado de seus direitos, o procurará para dar solução a todos os seus problemas) e os últimos representados pela ampliação dos meios e recursos extensivos não apenas ao cidadão para proteção de seus direitos – extenso rol de ações constitucionais (LEAL, 2013, p. 223), bem como ao próprio Judiciário, como a possibilidade constitucional de editar sumulas vinculantes.

O Art. 103-A da Constituição garante que o STF poderá, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante não apenas ao Judiciário, mas também à Administração Pública (direta e indireta, em todas as esferas), podendo, ainda, proceder à sua revisão ou cancelamento. É de se observar o “Poder de legislar” democraticamente conferido ao Poder Judiciário, o qual, no sistema republicano brasileiro, só não vincula o Legislativo.

Certamente, a justiça se constituiu em um dos últimos espaços de visibilidade da democracia, sendo, a atuação jurisdicional, cada dia mais solicitada. Submeter uma ação à apreciação do Poder Judiciário se reveste em uma forma de fazer com que aquele problema (até então interpartes) seja comentado e passe a ter uma existência pública. Em suma, recorre-se à justiça porque ela não pode deixar de decidir e, assim, muitas vezes, acaba substituindo o lugar político, inclusive “na criação de dispositivos legais” (GARAPON, 2001, p. 160-161).

A criação jurisprudencial (esta nova forma de produção do Direito) tem impacto significativo nos mais distintos campos da vida social, uma vez que não diz respeito estritamente às partes envolvidas, mas a toda a sociedade. Significa dizer que outros cidadãos interessados, se não ouvidos hoje, serão em um futuro próximo e um julgador sensível terá a capacidade de corrigir, melhorar e moldar um direito que não se demonstrar pronto e acabado (CAPPELLETTI, 1999, p. 104-105).

A judicialização do direito demonstra, assim, um potencial democrático e sensível às necessidades da população, eis que o juiz, hoje, cada vez mais

necessita estar ambientado aos anseios sociais, uma vez que é chamado a decidir casos concretos, com problemas reais, os quais não podem ser resolvidos por alguém alheio e isolado do contexto social que o cerca (CAPPELLETTI, 1999, p. 105).

Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que o processo de judicialização das questões até então tidas como exclusivas ou predominantemente atribuídas aos Poderes políticos, é um processo histórico compatível com os preceitos da ordem constitucional contemporânea, característico do Estado Constitucional possuidor de uma Carta Fundamental que ostenta tantos direitos como a brasileira.

Como visto, a judicialização é um fenômeno universal e seu estudo tem ocorrido de forma generalista, com uma utilização indiscriminada do termo, desconsiderando-se as múltiplas abordagens e causas que as diferentes espécies (judicialização da política e judicialização do Direito) devem ser estudadas.

De tudo o que foi dito, algo é indiscutível: o protagonismo e o novo espaço assumido pelo Poder Judiciário, concomitante (ou oriundo) à judicialização (seja da política, seja do direito) é algo inerente e irreversível à contemporaneidade. O que não se pode deixar de considerar é que as decisões de caráter político não apenas são tomadas por uma predisposição do Judiciário em “dizer o direito”, mas também por uma transferência (in)voluntária dos próprios Poderes políticos, diante de questões de tamanha relevância e contro-

vérsia política (não será mais cômodo e menos desgastante à imagem política deixar questões como aborto e uniões homoafetivas serem decididas pelo Judiciário?).

Por derradeiro, reafirma-se que a judicialização é um fenômeno que deve ser constantemente estudado, levando-se em consideração os aspectos histórico-sociais que contextualizam determinado seio social, demonstrando-se resultado da reafirmação da cidadania (e todos os instrumentos – materiais e processuais – a ela disponibilizados), proporcionado pelo Constitucionalismo Democrático.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco Provázio Lara De; BITTENCOURT, Liliana. *Judicialização do direito: do estado legislativo ao estado judiciário*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFG. v. 32. n. 1. Goiânia: UFG, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. In: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. n. 9. Salvador: IDP, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 22 abr 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. 1. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo horizonte: Del Rey, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HIRSCHL, Ran. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*. In: MOREIRA, Luiz (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo judicial*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Orgs). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. t. 13. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2013.

- _____: ALVES, Felipe Dalenogare. *A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO*: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens. In: *Anais do XI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11728>>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na "Sociedade Orfã"*. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Revista Novos Estudos*. 58. n. São Paulo: CEBRAP, 2000.
- NEWELL, Janes L. *Americanização e judicialização da política italiana*. In: MOREIRA, Luiz (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- STERN, Klaus. *Jurisdicción Constitucional y Legislador*. Trad. Alberto Oehling Los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009.
- TUSHNET, Mark. *¿Por qué la Constitución importa?* Trad. Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- VALLINDER, Torbjörn. *A judicialização da política: um fenômeno mundial*. In: MOREIRA, Luiz (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.