



DA NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DISCUSSÕES PRELIMINARES AO ESTUDO SOBRE O PROTAGONISMO JUDICIAL NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL INTERNACIONAL ENTRE OS PAÍSES DO MERCOSUL

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen

Professor do Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural – UFPEL
renata_albernaz@terra.com.br

FARIAS, Thaíse Mendes

Estudante de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política – UFPEL

PERES, Ivana Morales

Estudante de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural – UFPEL

233

RESUMO

A judicialização da política tem sido um fato atual. Mas tanto sua justificação teórica quanto suas consequências sociais ainda não se conseguem sustentar em um consenso. Isso porque, de um lado, os modelos que pugnavam por uma certa neutralização do judiciário às discussões político-sociais, restringindo sua ação apenas às questões reguladas em lei e em políticas públicas, acabaram por afastar a sociedade do mundo jurídico e geram uma inércia do judiciário a questões de importância social. De outro, a busca de novos modelos que defendem um maior protagonismo judicial em questões de grande envergadura social, onde, muitas vezes, o judiciário atropela ou se antecipa à ação (ou inação!) dos próprios poderes políticos (legislativo e executivo), ainda está mal resolvida em termos teóricos e operacionais. Nosso estudo tem por objetivo maior, assim, verificar, por um estudo indutivo das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na questão social da proteção do patrimônio cultural de fronteira existente em países do Mercosul, nós últimos 5 anos, se se está diante de uma **judicialização da política**, que se apresenta como promotora de uma maior discussão e proteção patrimonial sobre tais bens, suprindo certas faltas regulamentares da questão, no Bloco, ou se se tem, ao contrário, uma **neutralização judicial**, freada por faltas de acordos políticos e administrativos para tais bens. Este artigo, em específico, parte desse propósito geral, pretende elencar as mais atuais discussões teóricas que configuram essa judicialização da política ou neutralização política do judiciário brasileiro, para a configuração de categorias para a análise e classificação das ações judiciais.

Palavras-chave: Judicialização da Política, Patrimônio Cultural Internacional, Mercosul.

ABSTRACT

The judicialization of politics is fact. But his theoretical explanation and the studies of their social consequences are not yet agreed. This is because, on one hand, there are the models who advocate political neutralization of the judiciary and restrict its action only to matters governed by law and public policy. This departs from the company's legal world and generates an inertia of social justice in important social issues. Another la, there are theories that support a higher court protagonismo on issues of great social importance. The judiciary, in these theories, tramples or anticipates the action (or



inaction!) Own political powers (legislative and executive). And that creates a problem of democratic legitimacy. This research aims to analyze the decisions of the Supreme Courts of Brazil on the international protection of cultural heritage in Mercosur countries, we past 5 years. In order to check: 1) if the court is working to fill in the gaps laws and administrative regulations in the countries involved and Mercosur; 2) or have adopted a position of neutrality and passivity when the lack of political and administrative arrangements to safeguard this cultural heritage. In particular, this article intends to list the most current theoretical discussions that shape the judicialization of politics or political neutralization of the Brazilian judiciary.

Key-words: Legalization of Politics, International Cultural Heritage, Mercosur

INTRODUÇÃO

O Direito já é em si um fenômeno político. Não só porque brota de um ato político, como também porque interfere em atos eminentemente políticos. Além disso, os textos normativos requerem uma interpretação do magistrado no processo decisório, quando acionado pelo caso concreto, e, nesse momento, a jurisdição e a decisão jurídica são, também, o resultado do sopesamento de valores políticos. Mas, é possível chegar a esse entendimento, de que a atividade jurisdicional é um mister político, pela análise do conteúdo do discurso das decisões dos magistrados em decisões de casos de grande repercussão ou lutas de interesse político, como é tutela dos patrimônios culturais internacionais? Seria então a atividade jurisdicional um ambiente de deliberação pública nessas decisões? Qual o perfil desse poder de decisão (conferido na judicialização da política) no espaço público judicial?

Nessa querela de fatos em que o judiciário se posiciona de uma e outra forma, se inclui a necessidade de estudos como esse que aqui se apresenta, que objetiva avaliar o perfil da judicialização da política no Brasil, especificamente, no caso da questão dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na questão política da tutela do patrimônio cultural internacional, nos últimos 5 anos. Nosso estudo tem por objetivo maior, assim, verificar, por um estudo indutivo das decisões desses Tribunais Supremos, na questão social da proteção do patrimônio cultural de fronteira existente em países do Mercosul, nós últimos 5 anos, se se está diante de uma **judicialização da política**, que se apresenta como promotora de uma maior discussão e proteção patrimonial sobre tais bens, suprindo certas faltas regulamentares da questão, no Bloco, ou se se tem, ao contrário, uma **neutralização judicial**, freada por faltas de acordos políticos e administrativos para tais bens. Este artigo, em específico, parte desse propósito geral, pretende elencar as mais atuais discussões



teóricas que configuram essa judicialização da política ou neutralização política do judiciário brasileiro, para a configuração de categorias para a análise e classificação das ações judiciais.

Aliás, se, como diz Carvalho (2004), a democracia é elemento *sine qua non* à judicialização da política, e que não se pode avaliar os rumos da democracia sem considerar a intervenção judiciária no processo democrático – uma vez que o Poder Judiciário, em diversas vezes, atuando como regente republicano, é uma peça “chave” no processo de legitimação da lei positiva, esse diagnóstico consolida a tese de que essa judicialização da política, nesse impulso democrático, deve ser ainda mais acirrada, e também, problemática em questões de bens patrimoniais internacionais.

Tal situação fática de reemergência do poder judiciário como operador político dos direitos que promovem a justiça não pode ser destacada de toda uma discussão das razões da juridicidade e do papel e forma operacional da justiça pública, discussão que tem se realizado nos últimos 30 anos. Para dar essa sustentação teórica ao fenômeno da judicialização da política, portanto, entendeu-se necessária uma retomada a uma série de discussões que têm promovido mudanças profundas no pensar o direito e a justiça na contemporaneidade e conferido maior poder público e apelo democrático ao poder jurisdicional. A discussão sobre essa nova racionalidade do direito e da Justiça, promovida por teorias como as de Gadamer, Habermas, Perelman, Aarnio, Alexi, Dworkin, a nosso ver, auxiliariam, profundamente, na consolidação de um importante papel político do judiciário como viabilizador da justiça e garantidor do direito, além de forçarem a uma maior democratização dos processos judiciais.

I – DISCUSSÕES QUE REFORÇAM A NEUTRALIDADE POLÍTICA DO JUDICIÁRIO

Começando, essa busca pela expressão da justificação da juridicidade na escola jusnaturalista, Benvindo acentua que o discurso do direito natural, propugnava pelo silêncio judicial acerca da validade e existência do direito, gerando uma posição de ausência de crítica no Poder Judiciário (BENVINDO, 2008, p. 22-23). Assim, adverte Papaineau (2009), estabelecia-se uma racionalidade conformista de apreciação não-interventiva da realidade que, baseada na racionalidade metafísica clássica, fazia do direito natural a base incontestável de



toda a normatividade. Com base nessa conformidade apresentada pelo modelo clássico de racionalidade, e com aproveitamento do mesmo ao jusnaturalismo, passa-se a promoção de uma reflexão a respeito da base racional da essência desses dois modelos. A laicização do direito natural, continua Benvindo (2008), começa então a tomar corpo; o pensamento de que o Estado é soberano, concentrando em si a vontade de todos os seus membros, ao quais dispõem de parte de seu direito natural em prol do bem-estar coletivo (contratualismo), passa a vigorar. Isso proporciona a monopolização da criação do direito, o qual passa a ser reconhecido como legal apenas quando produzido pelo Estado, impondo-se como limitador do poder deste apenas a natureza, e implicando uma neutralização política da própria criação, quicça da aplicação jurisdicional dessas normas essenciais.

Na sequência, o movimento jurídico canalizou-se à premente necessidade de segurança, substituindo-se a confusão entre direito e justiça pela confusão entre direito e estado. Isso acabou por proporcionar a positivação pura do direito, dando ares de legitimidade absoluta às normas e decisões postas pelo Estado, por representarem o hipotético anseio da sociedade (ideal contratualista). (TEIXEIRA, 2002, p. 35).

A cientificação da sociedade moderna trouxe, então, novos ares para o direito, culminando na formalização metodológica pura, em que a validade dos conteúdos jurídicos ficava condicionada ao método (metafísica formal-normativa). Hans Kelsen, com a obra intitulada *Teoria Pura do Direito*, propôs uma validade que se limitava a analisar formalmente os patamares hierárquicos das normas, sendo que aquilo que extrapolasse essa concepção deveria ser relegado a outros campos de pesquisa que não a ciência jurídica (COELHO, 2007, p. XVI). Assim, Kelsen acabou caindo numa não reflexão das bases que sustentavam sua teoria, empurrando-a para outros ramos do conhecimento. E, nesse sentido, segundo Benvindo (2008, p. 89), “da mesma forma que um cientista, ao analisar seu objeto, não reflete a respeito dos próprios pressupostos da sua atividade, Kelsen, conscienciosamente (...), fez a ciência jurídica muda em relação à reflexão sobre seus próprios fundamentos, relegando essa preocupação a outras tantas searas do saber”. O positivismo, assim, explica Coelho (2007), não questionava o valor e a justiça da decisão, devendo o jurista apreciar mecanicamente as questões apenas atento ao aspecto formal dos fatos, visto que a norma vale na medida em que tem um mínimo de eficácia e que está ligada a outras normas por um encadeamento lógico e hierárquico que acaba numa norma fundamental válida e de caráter valorativo neutro. Isso resultou numa gritante



separação entre os pontos de vista moral, jurídico e político, entre norma e realidade concreta a qual se aplica e numa redução do sistema e das normas à legalidade.

De certa forma, isso, juntamente com o desenvolvimento da Teoria da Separação dos Poderes (preconizada por John Locke e aperfeiçoada por Montesquieu), ocasionava a neutralização política do poder judiciário, propiciando uma decisão imparcial, porém, não raro, injusta. Assim, a objetividade do direito proporcionou a transformação do sentimento de insegurança pelo de injustiça, dada a frivolidade com que certas questões eram tratadas pela positividade pura. (FERNANDEZ & FERNANDEZ, 2007, p. 22)

Destarte, a despeito do êxito do positivismo quanto ao estabelecimento de uma metodologia objetiva para a decisão jurídica, a forte inclinação à formalidade acabou por afastar o direito da justiça, a aplicação judicial da discussão democrática, e, enfim, a operacionalização jurídica separou-se da política. Tal situação acabou por gerar um estado de frieza com que os temas humanos foram tratados pelo direito no positivismo, e suscitou um ressurgimento jusnaturalista, dessa vez de explícita inclinação kantiana, em teorias jurídicas neokantianas, a partir da primeira metade do século XX. Mas, com tal iniciativa, houve, ao invés de uma reflexão com novos valores a respeito das estruturas que alicerçavam o Direito, um retrocesso à valorização da natureza, porém com uma perspectiva nova, como um antigo espírito que ocupa um novo corpo. Embora não tenha acendido a discussão a respeito da fundamentação normativa, tal perspectiva nova sugeriu algumas respostas ao campo prático. Propunha o jusnaturalismo kantiano a subjetividade constitutiva, com a procura por um apontador teleológico no núcleo dos acontecimentos. Assim, a referência à natureza permanece, mas o que se altera é a fonte da natureza que, centrada no sujeito e não mais no divino ou no natural determinístico, proporciona a prática, em oposição à mera contemplação do mundo proposta pelo jusnaturalismo clássico. (BENVINDO, 2007)

Mas, volta-se a mesma discussão – neutralização política da atividade jurisdicional, porém com uma falsa nova base de modelagem – o sujeito. A justiça, acima de tudo, daria à norma positivada a característica “de mero referencial não vinculante ao magistrado” (TEIXEIRA, 2002, p. 50), o que novamente daria margem ao ressurgimento do arbítrio e da insegurança, sobrepondo-se a vontade à razão, revelando-se, mais uma vez, a necessidade de sopesar os valores perseguidos pelo direito (segurança e justiça) na vida prática, porém faltando um bom termo que permitisse o equilíbrio.



Assim, apesar das características radicalmente distintas, tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo não discutiam seus pressupostos normativos e neles prevaleciam a teoria e a não-intervenção na realidade e ambos contribuíram para uma neutralização política da atividade jurisdicional, e, assim, para um alheamento dessa atividade aos parâmetros democráticos de funcionamento. Enquanto o jusnaturalismo promoveu uma teoria concentrada na conceituação da natureza, o positivismo retirou o conteúdo normativo para outros campos, desvinculando a validade normativa da contextualização social em que se insere.

Mas a abertura do Estado liberal e não intervencionista às reclamações do povo, com o surgimento de direitos trabalhistas, de previdência e assistência social etc., evocou a necessidade de se agir sob novas racionalidades aptas a compreender diversos setores da organização social, e ainda considerando:

a crescente pluralidade existente dentro das sociedades. [...] No âmbito de grupos sociais mais abrangentes, e mesmo da sociedade internacional, temas complexos dividem as pessoas em diferentes grupos de opinião, como é o caso do conflito entre interesse público e direitos individuais, da violência, do terrorismo, do tráfico de drogas, dos direitos humanos, das intervenções internacionais etc. Para o estudioso, ou para o cidadão que tenha a pretensão de estar bem informado, parece realmente que não há mais coisa alguma simples no mundo: já não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes um resposta singela e direta, já que, com frequência, eles envolvem valores e interesse diversificados e conflitantes. [...] Nos regimes democráticos, predominantes nas sociedades ocidentais nos últimos cinquenta anos, essa pluralidade recebe espaço institucional de manifestação e desenvolvimento. (BARCELOS, 2005, p. 8)

No contexto dessas discussões, Habermas (1987) percebe dois tipos de racionalidade em confronto: a centrada no sistema (Estado e mercado: o *System*) e a centrada no mundo da vida (a *Lebenswelt*) – a primeira estratégica e a segunda comunicativa. Para o autor, se *System* busca se sobrepor ao *Lebenswelt* em diversas situações (colonização do mundo da vida), ocasionando um constante conflito por sítio nos pontos de intersecção entre o sistema e o mundo da vida, e essa sobreposição é a justificativa da existência de regimes autoritários e da burocratização da vida cotidiana, o *Lebenswelt* responderia à agressão do *System* através dos movimentos sociais. (HABERMAS, 1997).



Constata-se, portanto, a necessidade de repensar o funcionamento do sistema racional no que diz respeito a sua legitimidade e validade, integrando, dessa forma, a sociedade à estrutura, como forma de legitimação do sistema, a fim de se promover à efetiva “descolonização do pensamento” (BENVINDO, 2008, p. 11) prometida para a modernidade. Há uma convulsão social que clama por uma racionalidade que eficazmente pense e trate a realidade. E, nesse cenário, a justiça, compreendida aqui como todo o aparato judiciário à disposição da população para a solução de litígios, deveria aproximar o cidadão e o Estado. Isso porque, apesar de alguns avanços, o judiciário ainda, em vários momentos, opera enclausurado numa redoma de cristal apenas acessível aos cridos na ciência do Direito. O que se observa no acúmulo de decisões de enfoque puramente formal, domando irredutivelmente o *ser* ao *dever ser*, ou de teor puramente retórico, envolvido em justificações extremamente vagas e de difícil conceituação, como, por exemplo, as calcadas em valores puramente políticos (BARBOSA, 2011). Isso muito em virtude de uma racionalidade tradicional que ainda justifica a necessidade de neutralização política do poder judiciário, ou seja, o imperativo de que o juiz, frente ao caso, deve agir e julgar com imparcialidade através da adoção de uma postura de mínimo envolvimento com os litigantes (FERRAZ Jr., 1989), e que isso se sustenta, pois contribuiu, de forma robusta, à racionalização objetiva do direito, ou seja, à segurança jurídica. Nessa lógica racional, assim, “atribuiu-se ao direito a condição de mecanismo estabilizador das expectativas sociais” (TEIXEIRA, 2002, p. 31), na medida em que ele proporcionava às partes saber a legislação aplicada ao caso bem como os mecanismos que serão usados para garantir aos indivíduos a certeza de que não serão submetidos à eventualidade, colocando a segurança como demarcador de proteção das relações, como “um horizonte de previsibilidade capaz de estabelecer de antemão as consequências dos atos jurídicos, garantindo-se as expectativas ante as desilusões que porventura aconteçam” (TEIXEIRA, 2002, p. 32).

Não obstante tal previsibilidade proporcionada pela segurança através da racionalidade que visa à eliminação do arbítrio, esta não pode ser chamada de justiça (a não ser que encaremos a segurança com uma perspectiva liberal). Ocorre que, nessa racionalidade do previsível e fixo, observa-se a colocação da justiça e da segurança em posições contrastantes, como se uma não existisse frente à outra, como se “o privilégio implique o desprivilegio da outra” (TEIXEIRA, 2002, p. 36). Observa-se, portanto, na atualidade, uma necessidade de propor uma racionalidade que constitua uma nova perspectiva de reflexão em que a sociedade



esteja inserida não somente como mero objeto a ser observado, mas como co-autora da realidade, valorizando, desse jeito, a vida prática. Revelar as discussões sobre novas formulações de racionalidades para a justificação do direito e da justiça na contemporaneidade é o que faremos no item a seguir.

II. DISCUSSÕES SOBRE UM PROTAGONISMO JUDICIAL NA POLÍTICA (JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA)

A despeito de terem fundamentações teóricas distintas, todas as racionalidades das correntes do direito expostas no item anterior (jusnaturalismo, positivismo e neokantismo no direito) acabam pecando na falta de reflexão de seus fundamentos validantes (metafísica). Em uma reflexão crítica a essas correntes até aqui apresentadas, assim, Aarnio (1995), por exemplo, apresenta a racionalidade que afere a validade jurídica em três nuances distintas: a validade sistêmica, a validade efetiva e a validade axiológica, e defende esta última, no sentido de que algumas normas, a despeito de serem formalmente válidas, não tem aplicação por se chocarem com o sistema de valores dominante na sociedade. Segundo o autor, essa última justificação de validade jurídica seria uma limitação ao arbítrio estatal e traria um controle racional, de nova escala e teor, às decisões jurídicas, evitando sua neutralização política.

A análise da validade normativa num contexto de apreciação dos pressupostos da razão e a reivindicação por uma legitimação racional amparam o equilíbrio dos valores evidenciados (segurança e justiça). A racionalidade numa visão argumentativo-racional (Aarnio) valida um novo conceito do que sejam os valores perseguidos pelo Direito e promove uma abertura do judicial às discussões democráticas, corroborando para uma maior aceitação social às atuações jurídicas e judiciais.

Como crítica aos modelos tradicionais de racionalidade, os quais não discutiam suas premissas e geravam um distanciamento entre normas e mundo da vida, surge um movimento filosófico encabeçado por Hans-Georg Gadamer, através da sua obra intitulada *Verdade e Método*, baseado no “contexto contingente das tradições” (BENVINDO, 2007, p. 132), o qual se pode expandir também para o Direito. O autor labora exaustivamente sobre o tema da compreensão, focalizando a tradição como algo inerente ao compreender, num esquema de organização que vai e volta (movimento circular) entre a premissa maior – a norma – e a



premissa menor – a facticidade. A contextualização, em oposição aos modelos de racionalidade habituais que colocavam o contexto em separado a fim de se dar ênfase ao método e à lógica, apresenta-se evidenciada nessa nova proposta hermenêutica gadameriana sobre a tradição, mostrando uma inovação na forma de racionalizar, pois essa tradição, pensada nesse contexto, na medida em que desvenda ao homem a sua própria história, expõe a este as informações precedentes indispensáveis à interpretação do jurídico através da linguagem. Assim, a experiência adquirida ao longo dos tempos agiria como guia validante da ação – no mundo do Direito, a jurisprudência então teria, justamente, esse papel. (BENVINDO, 2007, p. 179)

Jürgen Habermas, por sua vez, propõe uma racionalidade fundada no agir comunicativo, na intersubjetividade – a Teoria do Discurso, a qual revela uma “possível saída pós-metafísica” (HABERMAS, 1987, p. 193), expondo uma nova maneira de pensar a validade normativa. Para superar essas irreflexividades, pela “Teoria do Agir Comunicativo” o direito, adotando a sua particular qualidade discursiva e tornando-se meio de alcance do agir orientado à comunicação e à compreensão, teria como premissa de validade a preocupação com o outro, a solidariedade, devendo “ser compreendido em sua configuração essencialmente social” (HABERMAS, 1987, p. 198). Constrói-se, dessa forma, um direito pós-metafísico, “cujos fundamentos são auto-referenciados na experiência do mundo da vida” (HABERMAS, 1987, p. 199). A perspectiva, desse ponto de vista, é de uma contextualização do Direito na sociedade, buscando encontrar o fundamento validante dentro do espectro social através da inclusão do outro e do consenso racional. O direito, assim, conclui Albernaz (2014), diferentemente do que as concepções jurídicas que lhe foram anteriores afirmavam, envolveria, para Habermas, não apenas coerção (sua faticidade), mas também a liberdade que legitima esse atuar coercitivo (sua validade), ou, conforme explica Habermas (1997, p. 50):

O sentido desta validade do Direito somente se explica através da referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua validade ou legitimidade (*Gültigkeit*). A validade social de normas do Direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do Direito. [...] Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.



A teoria de Habermas propõe a unificação da razão analítica e dialética, é a “racionalização comunicativa” ou “racionalização do mundo da vida”. Desse jeito, teórico e prático, tão distanciados ao longo dos séculos, reaproximam-se, acabando com o preconceito que atira ao mundo da irracionalidade a *praxis*. O discurso refere-se diretamente ao mundo da prática, colocando a comunidade ideal inserida na própria comunidade real como um objetivo a ser alcançado (BENVINDO, 2004). Tal busca proporcionaria a transformação efetiva da realidade, acabando com a antiga posição adotada de contemplação do mundo e aceitação pacífica dos fundamentos apresentados. Na atividade judicial, tais orientações abriram ensejo a questionabilidade e problematicidade da jurisprudência em discussões sobre a Tópica (VIEWEG, 1982) e retórica jurídicas (PEREALMAN, 1998).

Habermas dá enfoque às patologias sociais que a modernidade apresenta, usando-as como justificadoras do porquê predominam outros imperativos que não o da autonomia social. Segundo Benvindo (2008), Habermas focaliza que a supervalorização da “racionalidade instrumental” fez crer que a filosofia (reflexão) era algo desnecessário, o que ocasionou o ganho de controle, mas à custa da perda de significado. Isso acabou ocasionando o descrédito da sociedade nas instituições jurídicas muito em virtude da exclusividade do acesso à justiça aos entendidos nas ciências jurídicas, restando à sociedade acatar as ordens judiciais. Isso acabou por institucionalizar o império da coerção sobre a democracia: não há uma séria reflexão a respeito dos pressupostos normativos, o que promove a conservação dos mesmos mecanismos de domínio, já que a sociedade não se pergunta o porquê e o para quê da justiça, voltando-se apenas à busca dos resultados previstos positivamente, aceitando, pacificamente, contemplar o meio em que se insere sem enxergar que é essa mesma sociedade plateia que deveria assumir-se como atriz e diretora da cena judiciária.

O filósofo político alemão, audaciosamente, também propõe a politização do Direito, através da disposição da racionalidade do processo legislativo à jurisdição. Analisando os Três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – não sob uma perspectiva funcional constitucionalmente estabelecida, mas sob o ponto de vista do discurso realizado em cada esfera, o filósofo propõe que o controle abstrato de normas deve fazer referência à origem democrática, ligando os conceitos como cidadão, processo político, direito, etc. ao ideal de participação integral da sociedade na política. Desse modo:



Nesta ordem de ideias (sic), a jurisdição constitucional, para Habermas, deve cuidar das condições ideais de discurso que permitem a formação livre da opinião e da vontade pública. Somente o modo procedimental-deliberativo da prática de legislação dispõe das condições sob as quais todos os implicados podem submeter o direito, por exemplo, à pretensão da validade relativamente ao bem comum dos interesses individuais privados, negociados estrategicamente, bem como submeter esse bem comum a pretensões de validade universais (princípio moral). A jurisdição, para Habermas, não dispõe dessas condições, carecendo, portanto, de legitimidade para decidi-las. Pois, *'na medida em que discursos políticos se estendem a negociações e à generalização moral de interesses, o procedimento democrático não pode mais extrair sua força legitimadora do acordo prévio de uma comunidade ética pressuposta, e sim, de si mesmo'*. A jurisdição faz parte desse modelo. Ela é co-originária nesse modelo. E por isso não está em uma instância superior ou inferior à autonomia pública do processo de formação legítima do direito. Habermas cria, assim, um procedimento de legitimação circular também à jurisdição, na medida em que ela se legitima pela aplicação do direito legítimo. Somente na medida em que a jurisdição garante a legitimidade do processo democrático, ela garante a sua própria legitimidade. (SIMIONI, 2007, pp. 211-212)

Assim, temos que a Teoria do Agir Comunicativo, inovando a perspectiva racional, traz, enfim, a profunda reflexão a respeito dos pressupostos normativos, colocando a validade condicionada à legitimação democrática, dando ao povo o poder de decidir em que tipo de sociedade quer viver, através das ferramentas da comunicação racional e da inclusão de todos. Além disso ela promove uma aproximação entre o plano estático e teórico do dever ser (norma) e do plano dinâmico e empírico do ser (realidade), como já propôs Heller (1968), levando a uma nova conceituação da racionalidade em que se concilia a segurança e a justiça, trazendo a sociedade ao mundo jurídico, quebrando a ideia de que as decisões judiciais valem somente porque proferidas por uma autoridade embutida de legitimidade para tanto - independentemente de sua substância - e acabando com o processo de alienação (Aarnio) e de auto-referência dos operadores do direito.

III – PARADOXOS E AMBIGUIDADES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA: QUESTÕES CONCEITUAIS E CONTEXTUAIS

Barbosa (2012) traz à baila que a primeira grande causa do fenômeno da judicialização da política no Brasil foi o início da redemocratização do país trazido pela promulgação da



Constituição de 1988, ao atribuir ao Judiciário o papel de guardião e operador das garantias que permitiram ao Poder deixar “de ser um departamento técnico-especializado” e se transformar “em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARBOSA, 2012, p. 12) – o que possibilitou um fortalecimento e uma ampliação da instituição com o consequente aumento da demanda por justiça pela sociedade brasileira. Assim, o surgimento do fenômeno da judicialização da política, que afere atribuições de caráter eminentemente político ao Poder Judiciário, a partir do momento em que se atribui a ele a tarefa, não só de aplicar a lei, mas de manter todo o sistema político e social por meio da guarda e da efetivação das disposições e princípios das cartas políticas constitucionais, tem se apresentado como uma tendência mundial, e no Brasil, deve se apresentar de modo mais expressivo, haja vista nossas mais gritantes desigualdades históricas. Além disso, tal judicialização da política também tem se manifestado na atribuição, ao judiciário, do papel de espaço de deliberação e de luta por demandas pelos movimentos sociais (SANTOS, 2011).

Em nosso país, se o perfil do Brasil pré-democrático, no que diz respeito às reivindicações sociais das minorias, era travado pela manifestação de rua, pelo protesto e pela passeata, pelas alianças, pela discussão no *front*, o Brasil democrático pós 1988 trouxe as controvérsias sociais para serem discutidas e dirimidas pelo poder judiciário, o qual se tornou um mediador, eficaz ou não, de reivindicações através dos mecanismos ordinários da justiça (ações processuais). Dessa forma se coloca Santos (2008), ao afirmar que:

O Brasil é um dos países latino-americanos com mais forte tradição de judicialização da política. [...] Há judicialização da política sempre que os conflitos jurídicos, mesmo que titulados por indivíduos, são emergências recorrentes de conflitos sociais subjacentes que o sistema político, em sentido estrito (Congresso e Governo), não quer ou não pode resolver. Os tribunais são, assim, chamados a decidir questões que têm impacto significativo na recomposição política de interesses conflitantes em jogo. Neste momento, o país atravessa um período alto de judicialização da política. (SANTOS, 2008, p. 27)

Vianna, Burgos e Salles (2007), destacando, em sua obra, os pontos comuns da judicialização da política nos países ocidentais, salientam essa importância do judiciário no papel de regente democrático – lição perfeitamente absorvível pela realidade brasileira, onde o



Judiciário transita como um possível espaço na solução das questões sociais. No caso brasileiro, atestam Ribeiro e Scalabrin (2009), temos que a constitucionalização dos direitos sociais pela abertura democrática sem o acompanhamento de políticas públicas que escoltassem essa normatização proporcionou um aumento da atuação dos tribunais quando acionados em lutas pela consignação dos princípios e normas constitucionais. Isso acabou por politizar o desempenho dessas instituições jurídicas, as quais passaram a afetar significativamente as condições da ação política no país, diante da incapacidade dos poderes políticos em atender as demandas sociais e em resolver os conflitos políticos. (VIANNA, BURGOS E SALLES, 2007)

Barbosa (2012) também menciona que a “Constitucionalização abrangente”, ou seja, a absorção de matérias pela Constituição, que antes eram deixadas ao processo legislativo ordinário, tipicamente político, pela Constituição, igualmente contribuiu à transformação da política em pretensão jurídica, esta a ser formulada e exigida através de ação judicial; e destaca que o tipo de controle constitucional adotado no Brasil, de caráter híbrido e, portanto, extremamente abrangente, possibilitou que qualquer questão política fosse alcançada pelo Poder Judiciário. Lauris (2011), ainda, esclarecendo a questão de se “judicialização da política” é ou não sinônimo de “politização da justiça” – o que é essencial para que se possa compreender o papel do Poder Judiciário na Democracia brasileira. Conceitualmente, Judicialização da política nada mais é que a absorção pelo judiciário de questões tradicionalmente políticas e, portanto, comumente afetas, ou de competência, dos Poderes essencialmente políticos: Legislativo e Executivo.

Nobre e Rodrigues (2011) destacam sobre o tema que o mesmo só ganha destaque em face de seu contraponto a uma posição em que se concebe o direito de forma normativista, formalista e racional (Max Weber) – ideia efetivada pelo desenho institucional do Estado de Direito idealizado e posto pela teoria da separação dos poderes – em que o Judiciário teria a função de, apenas, aplicar as leis produzidas pelo Legislativo:

Só faz sentido falar em "judicialização da política" ou em "ativismo judicial" tendo por padrão uma teoria normativa da política que se apoia em uma concepção bastante particular da separação de poderes em um Estado de direito. Dessa perspectiva, embora aparentem ser ideias bastante diferentes entre si, "judicialização da política" e "ativismo judicial" são como lados de uma mesma moeda, de um mesmo processo visto ora da perspectiva da política que seria "invadida" pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio "invasor". Nesse caso, a ligação entre os dois momentos está posta em uma



visão em que o Legislativo deve ser o centro vivo de um Estado Democrático de direito, tanto a sede por excelência da política quanto seu real ativista. (NOBRE & RODRIGUES, 2011, p. 122)

Nessa conjectura, a Judicialização da política seria fenômeno de ruptura com a visão clássica de atribuição de neutralidade política ao exercício da função típica judicial pelo Poder judiciário. Dando seguimento a essa ruptura com a visão clássica do direito e seus efeitos, Maciel e Koerner (2002), discutindo o projeto de Tate e Vallinder (1996), destacam que a judicialização da política (bem como a politização da justiça, que significa a mesma coisa para os para os autores) indicaria:

os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos dos *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão do *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos dos Tribunais ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). (Maciel e Koerner, 2002, p. 18)

Do mesmo modo que o autor, abordamos neste estudo, portanto, um conceito amplificado de judicialização da política, a fim de nos reportarmos a esse fenômeno querendo pronunciar o afrouxamento dos limites do sistema judicial e as implicações desse fato nos processos políticos – uma vez que a experiência empírica da judicialização da política no Brasil se não traduz apenas a ideia de que o fenômeno trouxe “uma ampliação das possibilidades de materialização de novos direitos sociais através da utilização de mecanismos judiciais”, mas também abrange “um processo no qual o deslocamento de lutas sociais e disputas políticas para a arena judicial representa muitas vezes um recurso de setores sociais e econômicos dominantes no sentido de interditar processos de luta política” (NUÑEZ, 2010, p. 179).

Porém, não se pode deixar de observar os paradoxos desse processo. Segundo Santos (2011, p. 66-67), nessa judicialização da política, também, “o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários”,



num processo de transferência de legitimidade em que as perspectivas instituídas em torno do judiciário são, em si, nascente de problemas, quando o Poder não corresponde aos anseios sócio democráticos e serve a interesses oligárquicos – deixando cidadãos à mercê das desigualdades, violências, arbitrariedades e extremismos criados pelo próprio sistema social (o qual é voltado a interesses econômicos).

Assim, a visão do Judiciário como peça angular no desenvolvimento democrático é apenas uma das formas de ver a influência desse Poder na política democrática. Como já fora brevemente mencionado, a intervenção da política no Judiciário também pode ser um meio de óbice ao incremento de uma “Democracia efetivamente abarcante”. Núñez (2010) salienta, nessa esteira, que o Judiciário pode suprimir a efetivação de políticas e coibir a ação de movimentos contra a o poder social dominante, destacando que “a judicialização da política pode significar também um bloqueio do exercício democrático de questionamento da ordem existente”, levando-se a identificar a instituição do Judiciário como um recurso seguramente usado por setores sociais hegemônicos para obstar a disputa política:

Diversos autores, e mais do que eles, os próprios atores sociais envolvidos nos processos políticos em curso, vem identificando um movimento no qual o campo do direito vem se convertendo em um mecanismo auxiliar no sentido de contenção das ações políticas voltadas para a ampliação dos direitos de setores sociais subalternos. Este processo se caracteriza pela utilização de instrumentos legais no sentido de bloquear lutas sociais voltadas para a ampliação de direitos, sejam eles no campo da Reforma Agrária, pela Reforma Urbana ou por salários e condições de trabalho. Mais do que isto, o recurso à arena judicial permite uma identificação dos movimentos sociais e de suas demandas como ameaças à própria democracia, permitindo a mobilização do poder coercitivo do Estado contra estes movimentos. (NÚÑEZ, 2010, p. 180)

Nesse paradoxo, atualmente, no Brasil, não é possível avaliar com precisão o impacto desses processos de judicialização da política na democracia brasileira, no que diz respeito: (1) a maior ou a menor abertura aos grupos sociais assumirem-se como participantes efetivos da política no espaço público jurisdicional; (2) de consolidarem seus direitos alcançados ou alçarem novos direito por conta de uma hermenêutica jurídica contextualista e pragmática que amplie o sentido dos textos legais; e (3) da possibilidade de se tornar a jurisdição um importante espaço da esfera pública democrática e controlador dos arbítrios e mazelas na atuação dos



demais poderes públicos (legislativa e executivo). Pelas discussões em sentidos diametralmente opostos, não se pode chegar a uma conclusão minimamente pacífica sem perpassar as decisões proferidas pelos tribunais e extrair delas o significado do conteúdo do discurso (se propenso à manutenção do *status quo* hegemônico ou se pendente à abertura de maior espaço para a democracia e justiça às minorias sociais).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise tecida neste estudo percebe-se que as discussões desses processos de judicialização da política e da neutralização judicial servem como reflexão para aplicação aos casos concretos, pois embora a Judicialização da política seja a absorção pelo judiciário de questões tradicionalmente políticas e, portanto, comumente afetas, ou de competência, dos Poderes essencialmente políticos: Legislativo e Executivo, os movimentos sociais clamam cada vez mais por decisões justas e equilibradas, trazendo a tona o que seria devidamente eficaz.

O perfil da judicialização da política no Brasil pode ser visto como um elemento que implica em decisões, por vezes, injustas, devido a confusão que ocorre entre direito e justiça e entre direito e estado. Dessa forma, a positivação pura do direito, que enseja a legitimidade absoluta das normas e decisões postas pelo Estado, acaba por gerar prejuízos para a sociedade, que postula e espera alcançar através do judiciário uma decisão justa.

Por outro lado, a segurança proporcionada através da eliminação do arbítrio, não corresponde a justiça aclamada pela sociedade. Diante da aplicação do direito de forma fixa e previsível, se está diante de uma situação em que justiça e segurança colocam-se em posições contrastantes, não sendo possível a permanência das duas.

Observa-se, portanto, na atualidade, uma necessidade da existência de discussões que constituam uma nova perspectiva de reflexão em que a sociedade esteja inserida não somente como mero objeto a ser observado, mas como parte integrante da realidade e buscando novas formulações de propostas concretas e pacíficas que justifiquem a aplicação do direito de forma justa.

Quando se está diante de processos judiciais que visam a proteção do patrimônio cultural também se encontra presente e necessária uma discussão acerca da judicialização da



política e a neutralização do judiciário, pois temos decisões judiciais em que há um conflito constante de interesses que acabam dar a prevalência política em detrimento das legislações vigentes em determinada época.

A preservação dos bens culturais de determinada localidade vai ser influenciada pela aceitação dos indivíduos de que tal bem é relevante para a sociedade ou não. Os indivíduos que compõe uma sociedade são capazes de permitir a preservação de um bem, pois este tem um valor diferenciado para os cidadãos que fazem parte de uma localidade. Desse modo, também cabe refletir que o patrimônio cultural é uma categoria de conflitos, pois, primeiramente, os indivíduos, representados pela sociedade, traçam disputas para valorar um bem, definindo-o como patrimônio cultural. Após obterem essa valoração, seguem na luta pela preservação desse bem, oportunidade em que surgem as disputas políticas e judiciais em busca da proteção do bem.

É de se notar que, inclusive nas discussões relacionadas a proteção do patrimônio cultural internacional entre os países do Mercosul o judiciário encontra-se “neutro” perante as necessidades sociais da atualidade, dando margem a prevalência de acordos políticos para se dar início à preservação do patrimônio, pois estes se deparam com conflitos entre os países que discutem a preservação do bem, principalmente, quando se trata de um patrimônio localizado em fronteiras, onde as disputas por interesses locais são grandiosas. Desse modo, pode ser citado o patrimônio cultural da cidade de Jaguarão, fronteira com o Uruguai, onde se encontra localizado um patrimônio binacional e que foi e é objeto de constantes discussões políticas na busca pela preservação do bem.

Assim, foi abordado neste estudo, um conceito amplificado de judicialização da política, sendo constatado que ainda não há um consenso acerca do assunto, pois a neutralização do judiciário perante as discussões político-sociais, restringindo sua atuação somente nas questões reguladas em leis e em políticas públicas, afastariam a sociedade do mundo jurídico, tornando o judiciário inerte diante de situações de relevância social. Por outro lado, nem somente da utilização do judiciário através da aplicação das leis, seria possível assegurar uma proteção plenamente eficaz para a proteção do patrimônio cultural de fronteira existente em países do Mercosul, uma vez que, entre estes países, atualmente, é predominante a utilização de acordos e acertos políticos para o alcance da preservação do patrimônio cultural.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social – Ensayos sobre Filosofía Del Derecho*. Distribuciones Fontamara, México: 1995;

ALBERNAZ, Renata O. *O Existencialismo e o direito*. Pelotas: Editora da UFPEL, 2014.

_____. *A delimitação de formas de juridicidade no Pluralismo Jurídico: a construção de um modelo para a análise dos conflitos entre e o direito afirmado pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e a juridicidade estatal no Brasil*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução: Mauro W. Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

BARBOSA, Edgard Fernando. Segurança Jurídica e Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 36, 2001. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32952/32141>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2011;

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade*. Editora Renovar, Rio de Janeiro: 2005;

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Cadernos [SYN] THESIS 5.1 (2012): 23-32. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433>>

BENVINDO, Juliano Zaiden. *Racionalidade Jurídica e Validade Normativa – Da metafísica à reflexão democrática*. Editora Argymentvm, Belo Horizonte: 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. Editora Saraiva, Ed. 4., São Paulo: 2007;

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Direito Natural e Positivismo Jurídico: Justiça, Segurança e Interpretação Jurídica*. Revista Jus Vigilantibus, 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/24768/2>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2011;

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Editora Vozes, Ed. 5, Petrópolis: 2003;



HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica. Para uma Crítica da Hermenêutica de Gadamer*. Editora L&PM, Porto Alegre: 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Vol. I. Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: 1997.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Editora Mestre Jou, São Paulo: 1968;

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Editora Martins Fontes, 6ª Ed., São Paulo: 1998.

LAURIS, Élide. Entre a neutralidade política e a responsabilidade social: os dilemas de afirmação da independência judicial no Estado moderno. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 6: 2. pp. 233-276, jul./dez. 2011

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*. 57 (2002): 113-133.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estudos CEBRAP* [online]. 2011, n.91, pp. 05-20. ISSN 0101-3300. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002011000300001>>. Acessado em 10. Fev. 2014.

NÚÑEZ, Tarson. *A Judicialização da Política e a Criminalização dos Movimentos Sociais no RS*. Disponível em http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/a_judicializacao_da_politica_e_a_criminalizacao_dos_movimentos_sociais_no_rs_tarson_nunez_2010.pdf

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantias da magistratura e independência do Judiciário. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 277-286, 2000.

PAPINEAU, David; tradução de Maria da Anunciação Rodrigues e Eliana Rocha. *Filosofia*. Publifolha, São Paulo: 2009;

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista do Direito*, p. 113-127, 2010. Disponível em <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/561>. Acessado em 03. Fev. 2014.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Bifurcação na justiça. *Padê: Estudos em filosofia, raça, gênero e direitos humanos (encerrada)*, v. 1, n. 1, 2008.



SANTOS, Boaventura de Souza. *Para Uma Revolução Democrática Da Justiça*. Disponível em <http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/arquivos/RevDemJust_FEV2011.pdf>. Acessado em 18 de Nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEIXEIRA, João Paulo Allain Teixeira. *Racionalidade das Decisões Judiciais*. Editora Juarez de Oliveira, São Paulo: 2002.

VERBICARO, Loiane Prado. Judicialization of politics in Brazil. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 389-406, 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200003&script=sci_arttext. Acessado em 10 Fev. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, Nov. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 06 Fev. 2014.