

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA: COMO O DESENHO INSTITUCIONAL DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO IMPORTA

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND DEMOCRACY: HOW THE INSTITUTIONAL DESIGN OF DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM MATTERS

RVD

Recebido em

26.10.2020

Aprovado em

06.02.2021

Anderson Barbosa Paz¹

RESUMO

Nas últimas décadas, a literatura tem discutido a expansão do fenômeno da judicialização da política em democracias liberais. Porém, essas discussões nem sempre consideram o desenho institucional democrático como promovedor da expansão desse fenômeno e da conseqüente maior repercussão das decisões judiciais sobre o ambiente político-jurídico. Utiliza-se o método dialético e abordagem qualitativa com o fim de discutir como o desenho institucional do constitucionalismo democrático importa na promoção da expansão da judicialização da política em democracias liberais. Para isso, estuda-se o desenvolvimento histórico do constitucionalismo democrático na promoção da judicialização da política e discute-se como a Constituição Federal brasileira de 1988 tem possibilitado a expansão do controle jurisdicional sobre a política. Conclui-se que o desenho institucional importa e que a judicialização da política é resultado da era dos direitos e, por isso, é uma forma de fortalecer democracias plurais, livres e inclusivas, ainda que gere tensões entre os Poderes.

Palavras-chave: Constitucionalismo Democrático. Democracia Liberal. Desenho Institucional. Judicialização da Política.

ABSTRACT

In recent decades, the literature has discussed the expansion of the phenomenon of judicialization of politics in liberal democracies. However, these discussions do not always consider the institutional democratic design as promoting the expansion of this phenomenon and the consequent greater repercussion of judicial decisions on the political-legal environment. The dialectical method and qualitative approach are used in order to discuss how the institutional design of democratic constitutionalism matters in promoting the expansion of the judicialization of politics in liberal democracies. To this end, it is studied the historical development of democratic constitutionalism in promoting

¹ Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela UFPB e Bacharel em Direito pela UFPB. Endereço: Rua Manoel Belarmino de Macedo, 415, apto 301, João Pessoa-PB, CEP 58052-290. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7799-3707>. E-mail: andersonbarbosapaz@gmail.com

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

the judicialization of politics and it is discussed how the Brazilian Federal Constitution from 1988 has made possible to expand jurisdictional control over politics. We conclude that institutional design matters and that the judicialization of politics is the result of the era of rights and, therefore, it is a way of strengthening plural, free and inclusive democracies, although it generates tensions between the Powers.

Key words: Democratic Constitutionalism. Liberal Democracy. Institutional Design. Judicialization of Politics.

1 INTRODUÇÃO

Há muita discussão na literatura sobre se a atuação do Poder Judiciário em democracias liberais tem sido ativista. O termo ativismo judicial se tornou lugar comum na crítica negativa ao maior controle do Poder Judiciário sobre as decisões políticas de sociedades democráticas. Contudo, nem sempre, ao se discutir a relação entre os Poderes, considera-se o desenho institucional democrático como promovedor da expansão da judicialização da política e da conseqüente maior atuação do Judiciário sobre questões políticas.

O fenômeno da judicialização da política significa a transferência das decisões sobre direitos e políticas públicas da legislatura ou do executivo para as Cortes, e a expansão dos métodos de decisão judicial para além da arena do judiciário. Esse fenômeno está dentro de uma ampla agenda de discussões mundial sobre o papel do Poder Judiciário em decidir questões anteriormente concentradas no debate político dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse contexto, o presente artigo visa a discutir como o desenho institucional do constitucionalismo democrático importa na promoção da expansão da judicialização da política em democracias liberais.

Para tanto, utiliza-se do método dialético para problematizar a relação entre democracia e constitucionalismo moderno na judicialização de decisões políticas. Ademais, adota-se uma abordagem qualitativa por meio de pesquisa e discussão bibliográfica da literatura pertinente ao tema para se alcançar o objetivo proposto.

Busca-se, em primeiro lugar, retomar o desenvolvimento histórico-institucional promovedor da judicialização da política na consolidação do constitucionalismo

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

democrático e, em segundo lugar, discutir como a Constituição Federal brasileira de 1988 tem possibilitado a expansão do controle jurisdicional sobre a política. Conclui-se que o constitucionalismo democrático possibilita uma atuação mais ativa do Judiciário sobre decisões políticas e que isso representa um avanço institucional em sociedades plurais, livres e inclusivas, ainda que gere tensões entre os Poderes.

2 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Na modernidade, o Estado de Direito se afirmou como uma doutrina central na construção da teoria político-jurídica. Consolidou-se por meio do desenvolvimento das constituições modernas. As constituições escritas formalizam as normas convencionadas e minimizam os custos da tomada de decisão em uma sociedade plural.

Forma-se, a partir disso, um arranjo institucional que estabelece as regras procedimentais e materiais do debate político. A depender da formatação da Constituição e das condições ambientais em que está inserida, ela propiciará mais estabilidade econômica e política por ser uma regra geral e imparcial. Sua longevidade pode possibilitar o amadurecimento das instituições governamentais (COSTA *ET AL.*, 2017).

Nesse sentido, a natureza da constituição não é a de um simples contrato, já que ela coordena em uma forma dentre muitas a ordenação da vida conjunta dos cidadãos. Ela tem a função de resolver o problema primário de estabelecer as regras para os contratos, mas não é em si um acordo contratual. O papel da constituição é o de conectar as diferentes mãos de uma sociedade plural em certos sentidos, a fim de discipliná-las de uma forma mais produtiva, estabelecendo caminhos prévios para se preservar a imparcialidade nas escolhas e resultados dos indivíduos (HARDIN, 1989).

Por sua vez, os indivíduos aceitam os termos constitucionais, mesmo que não os tenham formulados, já que eles são a forma de gerar coordenação entre os atores sociais. Seu sucesso se dá pela capacidade do primeiro ato de coordenação criar os

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

incentivos corretos para que os indivíduos continuem a observar seus parâmetros na resolução de conflitos e formação de contratos.

Dessa forma, a constituição é o instrumento mais eficiente para promover a coordenação entre os agentes. O que conta é sua eficácia na promoção dessa cooperação, não apenas sua validade. É a constituição que possibilita o Estado de Direito que, por meio de normas abstratas, prévias e imparciais, limita a arbitrariedade do Estado.

Com efeito, as constituições modernas consistem em definições e prescrições sobre os direitos dos cidadãos, sobre a forma de organização e funcionamento dos Poderes, e regras que estabelecem como as disposições constitucionais podem ser modificadas e emendadas. A tensão entre democracia e constitucionalismo se dá sobre os aspectos procedimentais, isto é, sobre como as normas podem ser modificadas. Essas restrições procedimentais visam a inibir a vontade majoritária dos representantes eleitos (MELO, 1998). Por isso, a doutrina constitucionalista busca um aparato normativo estável que seja eficaz na prevenção da tirania da maioria.

A democratização social e política de estados liberais trouxe substanciais transformações nos textos constitucionais que passaram a dispor de direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais. Ademais, com a ligação entre democracia e constitucionalismo, passou-se a limitar o poder político das majorias por meio das Cortes que, por sua vez, impedem que princípios e direitos básicos sejam alterados pela vontade da maioria eleita (ARANTES, 2005).

Assim, à doutrina do Estado de Direito foram adicionadas novas instituições, a saber, a democracia e os direitos sociais. Estas possibilitaram que o Estado de Direito se tornasse um Estado Democrático de Direito ou Estado Social que se caracteriza por um constitucionalismo democrático. Por este instituto, visa-se a garantir a imparcialidade das normas e os direitos fundamentais, a adequação das normas à Constituição, o regime democrático de escolha de representantes, e a responsabilidade ativa do Estado no fornecimento de direitos sociais e políticas públicas aos cidadãos.

Esse desenho favorece a judicialização da política que pode ser definida como a inserção das decisões judiciais e dos procedimentos das Cortes na arena política em

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

que previamente não residia (VALLINDER, 1995). Nesse sentido, há alguns motivos que possibilitam a judicialização da política em estruturas constitucionais democráticas (TATE, 1995).

A primeira condição que facilita essa expansão é a democracia que possibilita que juízes independentes participem na feitura de políticas públicas e disponham de procedimentos legais para se buscar direitos. Ademais, outra condição é a separação dos poderes que proporciona a independência judicial para tomada de decisões sobre direitos e políticas públicas.

Em terceiro lugar, a judicialização da política depende de um cenário institucional que disponha de direitos políticos, a saber, um quadro político-jurídico de disposição de direitos políticos para indivíduos ou minorias positivados em carta constitucional ou consagrados no direito consuetudinário. Ainda reforça o fenômeno considerado o uso por grupos de pressão das Cortes em busca de seus interesses. Outro ponto importante é o uso pela oposição das Cortes para controlar medidas do governo da situação, ou até mesmo obstaculizá-las ou inviabilizá-las. E o aspecto da ineficiência de instituições majoritárias na tomada de decisão e na implementação de políticas públicas como fator que reforça a judicialização da política.

Além desses elementos, tem-se de se considerar a percepção sobre as instituições responsáveis por políticas públicas em que, se a população entende que a legislatura não está comprometida por implementar melhorias, sendo auto interessada ou até corrupta, tenderá a buscar o judiciário se esse é visto como mais probo e reto. Uma última condição para o reforço do fenômeno da judicialização é a delegação de decisões por instituições majoritárias, que ocorre quando representantes eleitos escolhem não decidir ou delegar a decisão sobre determinados assuntos que podem ser politicamente custosos.

Assim, o desenho institucional do constitucionalismo democrático possibilita a judicialização de decisões políticas. O Poder Judiciário se torna o guardador da constituição, podendo revisar as normas de status inferior para resguardar o desenho institucional de imparcialidade das normas e da democracia social, limitando o poder das majorias. Ademais, o judiciário assume novas responsabilidades sociais –

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

resguardar os direitos sociais e efetivar políticas públicas dispostas na constituição – perante seus jurisdicionados.

No que toca à proteção da Constituição, o Poder Judiciário, nas últimas décadas, tem tido seu papel expandido na revisão de normas legislativas e atos governamentais. Esse fenômeno é discutido sob a nomenclatura de judicial review (revisão judicial). Esse instituto pode ser caracterizado como o instrumento que possibilita o controle a partir da constituição de normas e atos governamentais de status inferior.

A judicialização da política possibilita que vários temas previstos na Constituição sejam levados ao judiciário. A revisão judicial propicia um desenho institucional em que haja um controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, a saber, este pode julgar a adequação ou não de normas promulgadas e atos de governo aos parâmetros constitucionais.

Com efeito, há pelo menos três momentos para explicar a expansão desse instituto (GINSBURG, 2008). Primeiramente, a revisão judicial se tornou bem conhecida na colônia norte-americana. A supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade se consolidaram a partir de uma interpretação jurisprudencial da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Nesse julgamento, afirmou-se que a Constituição norte-americana tinha supremacia sobre as outras normas do país, o que possibilitaria o controle de constitucionalidade das normas (PAIXÃO E BIGLIAZZI, 2011).

Os juízes se tornaram os guardiões da tradição jurisprudencial e do texto constitucional em regimes federalistas. Esse é o tipo de controle difuso, isto é, difundido nas Cortes que podem controlar se uma legislação está conforme o espírito constitucional. Logo, a Constituição é soberana, e o Poder Judiciário é seu protetor e aplicador. Para dar legitimidade a esse sistema de controle de constitucionalidade, os textos de Os Federalistas tornaram-se fundamentais.

Os federalistas defendiam, no fim do século XVIII, a anulação pelo Judiciário de normas aprovadas pelo Legislativo contrárias à constituição (HAMILTON, 1993). O judiciário se coloca como intermediário entre o povo e o legislativo, mantendo este dentro dos limites atribuídos a seu poder pela constituição.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

Por outro lado, os tribunais não podem substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios desejos. Devem especificar o sentido da lei, sem impor sua vontade sobre a do corpo legislativo. Os juízes devem interpretar o significado das normas ou atos positivados, preservando a Constituição em detrimento de estatutos legislativos e executivos.

Isso não implicava a superioridade do Poder Judiciário sobre o legislativo, mas apenas sugeria que a vontade do povo, expressa na constituição, deve ser preservada. Nesses termos,

O poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais (HAMILTON, 1993, p. 481).

Esse desenho institucional preserva a separação de Poderes, o sistema federal de divisão de atribuições e competências, e uma carta de direitos fundamentais que deve ser observada pelas leis e pelo Estado. Esse modelo de Estado sintetiza, dessa forma, o regime democrático de escolha de seus representantes e a Constituição como limitadora de poderes e garantidora de direitos. Ao passo que o princípio democrático coloca o poder político nas mãos dos representantes políticos eleitos, o princípio constitucional limita esse poder.

Consequentemente, a Constituição limita a democracia já que não basta que as normas sejam válidas formalmente, mas também que adequem seu conteúdo aos princípios constitucionais. Com isso, as limitações constitucionais permitem o funcionamento democrático para além de um desenho procedimental majoritário e possibilita uma política que busca os interesses de todos. Essa função contramajoritária possibilita uma democracia que não se torne uma tirania da maioria.

Em continuação, o segundo momento da expansão do instituto da revisão judicial com a teoria de Hans Kelsen que influenciou a Europa, notadamente após a II Guerra Mundial (GINSBURG, 2008). Kelsen defendia a formação de Cortes Constitucionais para dar uma interpretação final do texto constitucional e proteger direitos fundamentais limitando o poder das legislaturas, agindo como um legislador negativo². É o tipo de

² Cabe destacar que “para Kelsen, o tribunal constitucional seria o meio idôneo para se fazer valer a essência da democracia, ou seja, seria o instrumento de validade do compromisso constante entre os grupos representados no parlamento. O tribunal atuaria como tutor, oferecendo proteção aos direitos das minorias frente às decisões da maioria” (CARVALHO, 2007b, p. 169).

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

controle concentrado em um órgão de cúpula judiciária que pode retirar do sistema judicial uma norma aprovada por maioria legislativa que esteja em desconformidade com a Constituição.

Com efeito, antes da II Guerra Mundial, as democracias constitucionais não permitiam, em regra, a revisão da legalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário. Porém, após a grande guerra, emergiu um novo constitucionalismo que estabeleceu a Corte Constitucional como órgão garantidor da supremacia normativa da Constituição (CARVALHO, 2007b).

É nesse cenário que já na década de cinquenta, ao se considerar o papel da Suprema Corte em democracias liberais, percebia-se que ela era uma instituição político-jurídica que deveria se posicionar em questões polêmicas. Juízes desse órgão eram escolhidos, não apenas por sua competência jurídica, mas também por sua postura e opiniões públicas (DAHL, 1957).

Era preciso uma postura ativa na proteção de direitos básicos e fundamentais e na proteção dos direitos das minorias contra as decisões de majorias que podiam se tornar tirânicas. A Suprema Corte assumiu um lugar importante como liderança política, inclusive podendo formular políticas públicas nacionais. Ainda assim, essa instituição tinha a tarefa central de conferir legitimidade às políticas delineadas pela coalização que alcançou êxito eleitoral (DAHL, 1957).

Por último, no terceiro momento de expansão da revisão judicial, depois da queda do Muro de Berlim, ampliou-se o rol de constituições escritas e de países com Cortes constitucionais. A maioria delas tem dispositivos legais para a revisão judicial de forma difusa ou concentrada. Dessa forma, “a longa associação de Cortes com a proteção de direitos individuais tem feito a revisão judicial a instituição escolhida para proteger esses interesses cruciais” (GINSBURG, 2008, p. 89).

Outra leitura sobre as causas da expansão mundial da revisão judicial indica alguns acontecimentos que expandiram o fenômeno da judicialização de decisões políticas (TASSINARI, 2013). Em primeiro lugar, depois da Segunda Guerra Mundial, houve um relativo aumento no número de Constituições Dirigentes e de Tribunais Constitucionais para a consolidação de direitos fundamentais dos indivíduos face ao

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

Estado, configurando-se desenhos institucionais de Estado Constitucional de Direito. As constituições ganharam força normativa e um caráter prospectivo (um dever-ser), e tiveram incorporadas novas garantias e direitos.

Em segundo lugar, o aumento da litigiosidade de sociedades contemporâneas e a ampliação de instrumentos para o acesso à justiça também contribuíram na expansão do fenômeno da judicialização da política. Uma sociedade mais complexa, mais massificada e globalizada, com vários núcleos de poder e grupos de pressão política, tem mais litigiosidade em busca da efetivação de direitos.

Com efeito, tem-se sugerido a existência de três categorias de judicialização da política (HIRSCHL, 2009): a) a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos no âmbito político e na elaboração de políticas públicas, b) a judicialização da definição de políticas públicas por meio da expansão da competência de tribunais e juízes, c) e a judicialização da megapolítica ou da política pura – transferência aos tribunais de controvérsias políticas que definem (dividem) comunidades. Essa expansão mundial tem determinantes políticos fundados no constitucionalismo democrático.

A independência do judiciário e o acesso de novos agentes político-sociais às Cortes têm permitido que novas e polêmicas demandas sejam levadas aos juízes. Por outro lado, o próprio Poder Judiciário tem tomado decisões que parecem contribuir na expansão da judicialização de decisões políticas (HIRSCHL, 2009). Nesse contexto, muitos juízes têm ativamente determinado políticas públicas. Há vários casos em que esse fenômeno tem significado a concordância de mudança de regime, como também a interferência no processo eleitoral (HIRSCHL, 2008a).

Dentre as causas da expansão da revisão judicial, os determinantes políticos têm sido fundamentais (HIRSCHL, 2008b). A judicialização de decisões políticas depende da aceitação e suporte da esfera política, especialmente em um regime democrático. Nesse âmbito, deve-se levar em consideração também a busca auto interessada dos atores políticos que recorrem ao judiciário para ver seus interesses garantidos. Essa configuração institucional possibilita uma juristocracia, isto é, o governo do judiciário em desafio à separação dos poderes.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

Tal fenômeno, apesar de sua expansão global, não é um movimento igual para todos os cenários institucionais. Por isso, as particularidades da judicialização da política demandam um estudo mais acurado em cada país, considerando as regras que relacionam judiciário, constituição e o ambiente político. A partir disso, discutir-se-á, no próximo tópico, como o desenho institucional brasileiro de revisão judicial disposto na Constituição Federal de 1988 tem possibilitado o controle jurisdicional da política brasileira.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CONTROLE JURISDICIONAL DA POLÍTICA

A revisão judicial depende de um quadro institucional que propicie o controle de decisões políticas pelo judiciário. Depois de um longo período de Ditadura Militar, o Brasil, por meio de sua Constituição Federal de 1988 (CF/88) e à semelhança de outros países, consolidou um sistema que possibilita a judicialização de decisões políticas. Nesse sentido, há no Brasil as condições mínimas para o afloramento de tal fenômeno (CARVALHO, 2004).

Ainda assim, a abrangência do termo judicialização da política e sua ampla disseminação o tornou polissêmico no debate brasileiro (RODRIGUES, 2015; MACIEL E KOERNER, 2002). Além disso, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) o utiliza com vários sentidos (GERVASONI E LEAL, 2013). De toda forma, com a CF/88, tem-se uma ampla gama de direitos individuais e sociais positivados³, e, por seu caráter analítico, possibilita-se que praticamente qualquer assunto com relevância jurídica seja judicializado.

A amplitude do texto constitucional de 1988, seus elementos democráticos, os grupos de pressão que se utilizam das vias institucionais para alcançar seus interesses, a fragilização do Congresso, o uso do judiciário pela oposição, e a delegação de poderes ao Ministério Público para a proteção de direitos individuais e coletivos

³ As políticas públicas previstas na CF/88 são mais numerosas do que as cartas anteriores em todas as matérias, totalizando 30% do texto constitucional (ARANTES E COUTO, 2008).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

oportunizam a judicialização de decisões políticas. Por outro lado, cabe destacar que a expansão do papel do judiciário na política foi facilitada por transformações institucionais na ordem legal, como também por uma postura ativa de seus membros no uso das oportunidades legais para expandir sua influência (ARANTES, 2005).

Além disso, o texto constitucional brasileiro também expandiu a proteção de direitos coletivos e confirmou o Ministério Público como guardião de suas normas. Essa instituição se tornou, a partir da Constituição de 1988, central na busca de efetivar direitos sociais e políticas públicas, assim como se tornou uma das maiores promovedoras de ações de revisão judicial para controlar as legislaturas representativas (ARANTES, 2005).

Com efeito, o texto constitucional ampliou a capacidade de propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade para vários legitimados (art. 103), podendo esses atores questionar praticamente qualquer matéria (CARVALHO, 2010). Essa ampliação dos legitimados na constituinte de 1988 foi uma escolha não-controvertida politicamente (CARVALHO, 2007a).

Antes da CF/88, a instituição que dispunha da competência de impugnar normas e atos governamentais frente ao STF era o Procurador-Geral da República que se subordinava aos interesses políticos do Presidente da República. Para lidar com esse cenário, a Assembleia Constituinte fortaleceu a independência do Ministério Público no cenário político e ampliou os legitimados ativos no controle de constitucionalidade (art. 103, CF/88) na busca de abertura política e participação de vários setores da sociedade.

Ao se comparar o número de legitimados para questionar as Cortes Constitucionais no Brasil, na Áustria e na Alemanha, enquanto o Brasil dispunha de setenta e cinco agentes autorizados, esses outros países, somados, chegavam a apenas vinte e sete (ARANTES, 2005). Isso sugere um desenho institucional que permite um amplo grau de judicialização de decisões políticas.

Alguns fatores institucionais presentes na Constituição Federal de 1988 contribuíram para a judicialização da política (ARANTES, 1997). Em primeiro lugar, com a diferenciação da estrutura judiciária para desafogar os processos no STF, este

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

assumiu mais poderes como Corte constitucional do modelo concentrado. Em segundo lugar, como referido, houve uma extensa ampliação da lista de agentes legitimados para propor a ADI (art. 103), antes restrita ao Procurador Geral da República.

Acrescenta-se que a CF/88 ampliou o mandado de segurança, através da criação do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), que possibilita a politização dos interesses de partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, perante o Poder Judiciário. Além disso, devido à arguição do Senado Federal dos indicados da Presidência ao cargo de Ministro do Supremo, ampliou-se o papel político do STF. Por fim, o Ministério Público foi transformado numa espécie de quarto poder, com autonomia institucional e administrativa em relação aos outros Poderes, assumindo o papel de defensor da sociedade frente ao Estado (ARANTES, 1997).

Essa configuração político-institucional não implica, necessariamente, um problema para a democracia brasileira. Pelo contrário, parece ser uma escolha política que espelha uma sociedade plural e complexa, mas que busca inclusividade e consenso através de suas instituições. É nesse sentido que, na tentativa de melhor compreender a eficácia das constituições, há estudos importantes sobre as causas de sua duração de uma perspectiva institucional (MELTON *ET AL.*, 2009).

A partir do interesse sobre o desenho ou normas da constituição que a fazem durar por um longo tempo, realizou-se uma pesquisa empírica – por meio de ferramentas estatísticas e estudos de casos – que examinou as constituições escritas durante 1789-2005 em consideração a algumas variáveis, a fim de perceber quais elementos do desenho constitucional impactam na longevidade da constituição.

E concluiu-se que três aspectos aumentam a probabilidade de duração da constituição: inclusividade dos diferentes interesses, flexibilidade para emendas diante de novas circunstâncias, e uma maior especificidade ou detalhamento. Um *outlier* desses parâmetros é a constituição americana. Diferente do que muitos acadêmicos tradicionalmente consideram, esses três fatores elevam a média de duração de uma constituição, sendo isso benéfico para a estabilidade de um Estado de Direito (MELTON *ET AL.*, 2009).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

Essa constatação encontra amparo no estudo sobre os modelos de democracia majoritário e consensual. Enquanto o modelo majoritário (de Westminster) se preocupa com a formação de maiorias absolutas, o consensual se preocupa com a representação proporcional mais plural possível (LIJPHART, 2019). Esse pluralismo democrático demanda constituições inclusivas e detalhadas, em que minorias e grupos sub-representados encontram amparo contramajoritário nas Cortes Supremas.

O modelo consensual, em geral, dispõe de constituições analíticas, rígidas e protegidas por revisão judicial. Esse modelo, que é mais brando e plural que o majoritário, possibilita um melhor desempenho democrático entre as trinta e seis democracias comparadas no que toca à representatividade. E isso possibilita uma maior duração da constituição devido a sua mais ampla legitimidade.

Dessa forma, o processo de constitucionalização brasileiro de 1988 tem suas peculiaridades que o aproximam do modelo consensual, possibilitando mais durabilidade constitucional, ao ter uma constituição caracterizada por inclusividade, flexibilidade e especificidade. Esse tipo de constituição possibilita mais estabilidade e perenidade (MELTON *ET AL.*, 2009; LIJPHART, 2019). E também propicia uma estrutura que promove a judicialização de decisões políticas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, estudou-se, inicialmente, o fenômeno da judicialização de decisões políticas. A compreensão sobre esse fenômeno remonta às discussões do desenho institucional do constitucionalismo democrático moderno. A doutrina democrática propugnava que a escolha dos representantes políticos deveria se dar por meio do voto. Porém, pela doutrina constitucionalista, defendia-se que as normas legislativas e os atos governamentais deveriam ser analisados por um Poder Judiciário independente, a fim de se evitar a ditadura da maioria.

Data do começo do século XIX, a formação do controle difuso de constitucionalidade no cenário norte-americano. Já no século XX, devido à influência austríaca, concentrou-se em um órgão de cúpula do Judiciário o controle abstrato de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

normas e atos. Após a Segunda Guerra Mundial, esses modelos constitucionais de controle das decisões majoritárias foram aproximados. As formas de revisão judicial difusa e concentrada se consolidaram ao redor do mundo.

Dessa forma, a consolidação do constitucionalismo democrático propiciou um desenho institucional adequado para que temas e decisões políticas fossem levadas ao Poder Judiciário, a fim de controlar tais decisões por meio da revisão judicial. Apesar desse desenho institucional, a atuação do Judiciário no sentido de controlar decisões políticas em democracias liberais tem atraído acusações de ser inerentemente ruim e comprometedor da própria democracia.

Nesse contexto, o termo ativismo judicial se tornou um rótulo negativo na desqualificação da atuação de magistrados no controle de decisões políticas. Conforme discutido, o próprio constitucionalismo democrático promove essa maior atuação do Judiciário e o conseqüente controle jurisdicional sobre a política.

Apesar disso, a doutrina do constitucionalismo democrático é aquela mais adequada para sociedades plurais, livres e inclusivas. Uma leitura apressada sobre a judicialização da política como algo inerentemente prejudicial a democracias liberais, associando-a ao ativismo judicial, tende a desconsiderar que o desenho institucional que promove a judicialização é resultado de uma sociedade complexa que se pretende inclusiva.

O desenho institucional importa. Em geral, Estados Democráticos de Direito que se pretendem garantidores dos direitos individuais, sociais e políticos se assentam em constituições analíticas, inclusivas e relativamente flexíveis. Assim, a judicialização da política é resultado da era dos direitos e, por isso, é uma forma de fortalecer democracias plurais e livres, ainda que gere tensões entre os Poderes.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. – São Paulo: Idesp: Editora Sumaré: Fapesp: Edue, 1997.

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

_____. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: Rachel Sieder; Line Schjolden; Alan Angell. (Org.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. 1ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 231-262.

ARANTES, Rogério B. e COUTO, Cláudio G. A Constituição sem Fim. In. S. Dinize S. Praça (orgs.), **Vinte Anos de Constituição**. São Paulo, Paulus, 2008, pp. 31-60.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit**, Curitiba. 23, p. 115-126, nov. 2004.

_____. A ampliação dos legitimados ativos na Constituinte de 1988: revisão judicial e judicialização da política. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 96, p. 293-325, jul./dez., 2007a.

_____. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Rev. Sociol. Polit**. 2007b, n.28, pp.161-179.

_____. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, nº 23, 2010, p. 176-207.

COSTA, Saulo Felipe; ARAÚJO, Cletiane Medeiros; FITTIPALDI, Ítalo. Rule of Law e Performance Democrática em Perspectiva. **Revista de Estudos Internacionais (REI)**, Vol. 8 (2), 2017.

DAHL, R. (1957). Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a National Policy-maker. **The Journal of Public Law**, nº 6, 1957, p. 279-295.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. – Curitiba: Multideia, 2013.

GINSBURG, Tom (2008). The Global Spread of Constitutional Review. In.: **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Editado por Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira. New York: US, p. 81-95.

HAMILTON, Alexander (1993). Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In.: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas**, 1787-1788: edição integral. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 478-487, Artigo LXXVIII.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p94-109>

HARDIN, Russel (1989). Why a constitution? In.: Groffman, Bernad e Whittman, Donald. **The federalist papers and the new institutionalism**. New York, Agathon Press, 100-120.

HIRSCHL, Ran (2008a). **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts**. *Annual Review of Political Science*.

_____. (2008b). The Judicialization of Politics. In.: **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Editado por Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira. New York: US, p. 119-138.

_____. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, 2009, p. 139-178.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. – 4ª ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MELO, Marcus C. **Constitucionalismo e Ação Racional**. Lua Nova. Nº 44 – 1998.

MELTON, James; GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary (2009). **The Endurance of National Constitutions**. New York: Cambridge University Press.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. – Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 1ª reimp., 2011.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Os 20 anos do “The Global Expansion of Judicial Power” e as diferentes teorias de Judicialização da Política no Brasil: continuidades e descontinuidades. **Ponto de Vista**, nº 2, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, C. Neal (1995). Why the Expansion of Judicial Power? In: **The Global Expansion of Judicial Power**. Editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York University Press, p. 27 – p. 37.

VALLINDER, Torbjörn (1995). When the Courts Go Marching. In: **The Global Expansion of Judicial Power**. Editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York University Press, p. 13 – p. 26.