STJ00115112

3ª EDIÇÃO

Rodrigo Brandão

Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais

A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?

Prefácio de **Daniel Sarmento**

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2022

STJ00115112

Copyright © 2022 by Rodrigo Brandão

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

B817s

Brandão, Rodrigo
Supremacia judicial versus diálogos constitucionais : a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? / Rodrigo Brandão. – 3. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2022.
480 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 419-455.

ISBN 978-85-519-1862-3

1. Direito constitucional. 2. Supremacia judicial. 3. Controle da constitucionalidade - Brasil. 4. Interpretação constitucional. 5. Constituição - crítica. I. Título.

CDD 342.81

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sumário

Parte I
O longo caminho da supremacia judicial

Capítulo 1Apresentação do objeto da investigação 3

1.1 Introdução 3

1.2 A afirmação da supremacia judicial 11

1.2.1 Os precedentes das Supremas Cortes brasileira e norte-americana 11

1.2.2 Esclarecimentos conceituais: monopólio judicial, supremacia judicial, controle de constitucionalidade, judicialização da política, ativismo judicial e departamentalismo 18

1.3 Problematização da supremacia judicial e as hipóteses principais do trabalho 26

1.4 Plano de trabalho 31

Capítulo 2
A afirmação do controle de constitucionalidade: origem, fundamentos, desenhos institucionais e conceitos de Constituição 37

2.1 *Marbury v. Madison*, os fundamentos tradicionais da *judicial review* e a supremacia judicial 37

2.2 Algumas diferenças fundamentais entre o constitucionalismo europeu e o norte-americano no século XIX: supremacia da lei *v.* supremacia da Constituição, e modelos distintos de separação dos poderes e de Constituição 52

Capítulo 3 A expansão do papel político do Judiciário 65

3.1 A agonia do nascimento da jurisdição constitucional na Europa: o debate Kelsen *v.* Schmitt sobre o "Guardião da Constituição" 65

3.2 O modelo positivista-liberal de jurisdição constitucional 72

3.3 O "neoconstitucionalismo" 77

3.4 A expansão do Poder Judiciário 84

3.4.1 Panorama do fenômeno 84

3.4.2 As condições para a judicialização da política 93

3.4.2.1 As condições políticas 93

3.4.2.2 As condições institucionais 98

3.4.2.3 As condições "interpretativas" 108

3.4.3 A judicialização da política: sistematização das principais hipóteses 110

Capítulo 4 A afirmação e a expansão do Judiciário no Brasil 113

4.1 A inviabilidade da supremacia judicial no Brasil até 1988..... 113

4.1.1 O Império..... 113

4.1.2 A República Velha..... 118

4.1.3 A Revolução de 1930 e o Estado Novo..... 131

4.1.4 A República de 1946/1964 138

4.1.5 A Ditadura Militar..... 143

4.1.6 Conclusão..... 147

4.2 A expansão do Judiciário no regime constitucional pós-1988..... 150

4.2.1 As condições políticas..... 150

4.2.2 As condições institucionais 154

4.2.3 As condições "interpretativas" 164

4.2.4 Conclusão 177

4.3 Ativismo na jurisprudência atual do STF 179

4.3.1 Notas preliminares 179

4.3.2 Aplicação direta de princípios constitucionais pelo Judiciário. Sistematização das principais hipóteses 182

4.3.2.1 Afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado (interpretação conforme à Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto).....182

4.3.2.2 Criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão 193

4.3.2.3 Invalidação de norma legal ou administrativa..... 196

4.3.2.4 Criação de norma constitucional 199

4.3.2.5 Imposição de medidas concretas ao Poder Legislativo e/ou ao Poder Executivo..... 201

4.3.3 Modelo de decisão casuístico..... 201

4.3.4 Tendência à fundamentação "maximalista".....203

4.3.5 Viés "juriscêntrico" 211

4.4 Conclusão: A caminho da supremacia judicial?..... 221

Parte II
Críticas à Supremacia Judicial. A Doutrina dos Diálogos Constitucionais

Capítulo 5 Críticas à supremacia judicial..... 229

5.1 As críticas de caráter institucional.....229

5.1.1 As premissas: capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos.....229

5.1.2 Casos altamente complexos e o minimalismo judicial 231

5.2 As críticas democráticas 234

5.2.1 O profundo desacordo moral quanto a questões de princípio e a supremacia parlamentar 234

5.2.2 As críticas formuladas pelo constitucionalismo popular.....238

5.2.2.1 Notas introdutórias: a devolução da Constituição ao povo...238

5.2.2.2 A crítica à interpretação constitucional juriscêntrica 239

5.2.2.3 A retirada da Constituição das Cortes, o problema do "descumprimento antecipado" e a capacidade de o legislador participar da interpretação constitucional.....243

Capítulo 6 Diálogos constitucionais, capacidades institucionais, democracia deliberativa e separação de poderes..... 249

6.1 A necessária contextualização das críticas institucionais e democráticas à supremacia judicial 249

6.2 A importância de uma análise realista das capacidades institucionais 253

6.3 Democracia deliberativa, desacordo moral, última palavra e *accountability*..... *265*

6.4 Separação de Poderes e expansão do Judiciário. Independência e responsividade judicial 272

6.5 Conclusão 281

Capítulo 7 Quem tem a última palavra sobre a Constituição? 283

7.1 Os modelos de comportamento judicial 283

7.2 Instrumentos de interação 286

7.2.1 Ataques institucionais à Suprema Corte 286

7.2.2. O poder do Congresso sobre os orçamentos dos Tribunais e sobre os salários dos juízes. O processo de nomeação e de investidura dos juízes da Suprema Corte 293

7.2.3 A não implementação de decisões judiciais 298

7.2.4 Os mecanismos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte 304

7.3 A inevitabilidade da interação entre os departamentos estatais para a definição do sentido da Constituição 315

7.4 O debate no Brasil. Os mecanismos de reação às decisões do STF, e a inexistência de supremacia judicial em sentido material e amplo 329

Capítulo 8 Quem deve ter a última palavra sobre a Constituição? 343

8.1 As principais teorias: diálogos constitucionais, construção coordenada e supremacia judicial 343

8.2 A superioridade normativa das teorias dialógicas 350

8.3 Mecanismos de superação normativa de decisões constitucionais do STF 364

8.3.1 Emendas constitucionais 364

8.3.2 Leis e maiorias legislativas ordinárias 380

8.4 Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais e última palavra na definição do sentido da Constituição de 1988: uma abordagem conjunta das questões empíricas e normativas 394

Capítulo 9 Considerações finais 405

9.1 Proposições objetivas finais 405

9.2 Encerramento 417

Referências 419