

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

Procurador Federal

Pós-Doutorado pela Universidade Paris I - Panthéon Sorbonne

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com estágio de doutoramento na Universidade da Califórnia, Berkeley (Visiting Researcher)

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES



Belo Horizonte

2017

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosenvald
Florisbal de Souza Del'Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Janaina Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2017.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Imagem de capa: Pexels (Pixabay.com)
Revisão: Responsabilidade do Autor

341.256 Araújo, Luiz Henrique Diniz
 A663a O ativismo judicial e seus limites / Luiz Henrique
 2017 Diniz Araújo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
 p.196

ISBN: 978-85-8238-275-2

1. Poder judiciário. 2. Poder judiciário – Brasil. 3. Ativismo judicial – Brasil.
 4. Neoconstitucionalismo. I. Título.

CDD(23.ed.)–345.05
 CDir – 341.256

Elaborado por: Fátima Falci
 CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
 Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
 Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
 São Paulo/SP - CEP 01006-000
 Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
 2017

SUMÁRIO

PREFÁCIO	IX
APRESENTAÇÃO I.....	XI
APRESENTAÇÃO II.....	XIII
INTRODUÇÃO	1
PARTE I	
A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E AS SUAS CAUSAS.....	3
CAPÍTULO 1	
DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	4
CAPÍTULO 2	
A SUPERAÇÃO DAS CONCEPCÕES JUSNATURALISTA E JUSPOSITIVISTA . O FORTALECIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM O PÓS-POSITIVISMO.....	11
CAPÍTULO 3	
O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	20
3.1. Aspecto histórico.....	21
3.2. Aspecto filosófico.....	22
3.3. Aspecto teórico-jurídico.....	23
3.3.1. A força normativa da constituição.....	23
3.3.2. A expansão da jurisdição constitucional.....	23
3.3.3. Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.....	24
PARTE II	
AS CONSEQUÊNCIAS DO EMPODERAMENTO (<i>EMPOWERMENT</i>) DO PODER JUDICIÁRIO	27

CAPÍTULO 4	
CONTEXTUALIZANDO A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	28
CAPÍTULO 5	
A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL E O PROBLEMA CONTRAMAJORITÁRIO	37
5.1. O controle de constitucionalidade e a democracia	37
5.2. O problema (ou conflito) contramajoritário.....	43
5.3. A solução majoritarianista	45
5.4. As fragilidades da solução majoritarianista e a superação do conflito contramajoritário.....	48
CAPÍTULO 6	
O ATIVISMO JUDICIAL.....	54
6.1. A polissemia da expressão ativismo judicial.....	54
6.2. A crítica ao ativismo judicial e o exemplo dos Estados Unidos.....	60
6.3. O ativismo judicial no Brasil.....	64
PARTE III	
LIMITES À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	68
CAPÍTULO 7	
A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL.....	69
CAPÍTULO 8	
TEORIAS INTERPRETATIVAS COMO TENTATIVAS (FRUSTRADAS) DE LIMITES AO ATIVISMO	79
8.1. A Teoria do Constitucionalismo Vivo (<i>Living Constitutionalism</i>).....	81
8.2. O Originalismo	82
8.3. A Teoria do Processo Político (<i>The Political Process Theory</i>).....	86
8.4. Konrad Hesse e a concretização da constituição	88
8.5. A interpretação na teoria de Habermas (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição).....	90
8.6. O Pragmatismo Jurídico e a Interpretação da Constituição	92
8.7. A Retórica e a fraqueza dos textos normativos como constrangimentos à interpretação.....	96
CAPÍTULO 9	
AS TEORIAS DOS PRINCÍPIOS COMO TENTATIVAS DE CONFERIR OBJETIVIDADE À INTERPRETAÇÃO	100
9.1. A proposta de Robert ALEXY	101
9.2. A proposta de Ronald DWORKIN.....	103
9.3. A proposta de Marcelo NEVES.....	104

9.4. A proposta de Humberto ÁVILA	107
9.5. A proposta de Gustavo ZAGREBELSKY	109
9.6. Conclusão parcial do capítulo	111

CAPÍTULO 10

OS CONSTRANGIMENTOS <i>A POSTERIORI</i> À DISCRICIONARIEDADE: VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES, A ESCOLHA DOS JUÍZES E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA (INCREMENTALISMO)	113
10.1. A objetividade da interpretação	113
10.2. O constrangimento representado pelo respeito aos precedentes	122
10.3. O constrangimento relacionado à motivação substancial das decisões	126
10.4. Os constrangimentos relacionados à estrutura do Poder Judiciário.....	129
10.5. A transparência.....	133
10.6. O Incrementalismo ou a interpretação constitucional evolutiva	133
10.6.1. O Incrementalismo em <i>Brown v. Board of Education</i>	137
10.6.2. O Incrementalismo e a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos	139

PARTE IV

ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	141
--	-----

CAPÍTULO 11

ALGUMAS NOTAS IMPORTANTES SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FEIÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL	142
--	-----

CAPÍTULO 12

ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EXEMPLOS DE INCREMENTALISMO (JURISPRUDÊNCIA EVOLUTIVA), ATIVISMO OU AUTOCONTENÇÃO?	148
12.1. O mandado de injunção e a jurisprudência evolutiva.....	148
12.2. A interrupção de gravidez dos fetos anencéfalos (ADPF n. 54).....	159
12.3. O caso das uniões homoafetivas (ADI 4.277 e ADPF 132)	163

CONCLUSÕES	171
------------------	-----

REFERÊNCIAS	174
-------------------	-----