

GLAUCO SALOMÃO LEITE

JURISTOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

DO ATIVISMO JUDICIAL
AO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2017



Copyright © 2017 by Glauco Salomão Leite

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

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

Leite, Glauco Salomão

Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo
judicial ao diálogo Constitucional. / Glauco Salomão Leite. - 1. ed. - Rio
de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

308 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 269-287.

ISBN: 978-85-8440-987-7

1. Direito Constitucional - Democracia. 2. Juristocracia - Ativismo
Judicial - Estado Constitucional. 3. Supremo Tribunal Federal -
Constituição - Brasil I. Título.

CDD – 341.2

Sumário

Prefácio	IX
Apresentação	XIII
Introdução	1
Capítulo I: Separação de poderes, direitos fundamentais e Estado Constitucional: o caminho para a consolidação da jurisdição constitucional	9
1.1. Considerações iniciais.....	9
1.2. A tradicional justificativa a favor da <i>judicial review</i> na experiência constitucional americana.....	11
1.3. O perfil legicêntrico do constitucionalismo europeu: supremacia da Constituição ou da lei?.....	18
1.4. A guinada para o Estado Constitucional e a redefinição na separação dos poderes.....	23
1.5. O anacronismo do “legislador negativo” para retratar as Cortes Constitucionais: o advento de um direito constitucional judicial?.....	26
1.6. Síntese conclusiva.....	32
Capítulo II: Ativismo judicial e autocontenção na Teoria Constitucional norte-americana	35
2.1. O surgimento da expressão “ativismo judicial” e seu significado inicial.....	35
2.2. <i>Marbury vs. Madison</i> : a criação da <i>judicial review</i> como ativismo judicial?.....	40
2.3. <i>Dred Scott vs. Sandford</i> : a Suprema Corte e a mitigação da sua autoridade de intérprete final da Constituição.....	45
2.4. A Era <i>Lochner</i> : ativismo judicial conservador e suas repercussões na arena política.....	50
2.5. O legado da Corte Warren e da Corte Burger: ativismo judicial, direitos das minorias e déficit dos processos democráticos.....	54

2.5.1. Discriminação racial nas escolas.....	55
2.5.2. A redistribuição dos distritos eleitorais.....	58
2.5.3. O direito ao aborto e a construção do direito à privacidade.....	61
2.6. Tomada de posição: o modelo institucional do ativismo judicial.....	64
2.7. Dimensões do ativismo judicial.....	67
2.7.1. Contramajoritarismo e a crítica de James Bradley Thayer	68
2.7.2. Originalismo e textualismo: traição e fidelidade na interpretação constitucional.....	71
2.7.3. A doutrina do <i>stare decisis</i> e a instabilidade interpretativa	74
2.7.4. Minimalismo judicial e democracia deliberativa	76
2.7.5. <i>Judicial remedies</i> e a imposição de obrigações positivas para o Poder Público	78
2.7.6. Ativismo judicial partidário	79
2.8. Síntese conclusiva.....	82

Capítulo III: O Supremo Tribunal Federal, a Constituição brasileira de 1988 e o ativismo judicial: a construção da juristocracia no Brasil.

3.1. Considerações iniciais.....	85
3.2. O debate brasileiro sobre o ativismo judicial	86
3.2.1. A miscelânea em torno do ativismo judicial.....	87
3.2.2. A quantificação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.....	97
3.3. O Supremo Tribunal Federal entre o ativismo judicial e a judicialização da política	102
3.4. Condições gerais facilitadoras da expansão do poder judicial.....	106
3.4.1. Democracia	106
3.4.2. Separação dos poderes	109
3.4.3. Política de direitos.....	112
3.4.4. Utilização das Cortes por grupos sociais	113
3.4.5. Utilização das Cortes pela oposição	114
3.4.6. Inefetividade das instituições majoritárias.....	116
3.5. Peculiaridades do sistema constitucional brasileiro	117
3.5.1. O perfil da Constituição de 1988.....	118
3.5.2. Fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal	122

3.5.3. O repertório das doutrinas neoconstitucionais.....	127
3.5.4. Distribuição de poder político e presidencialismo de coalização.....	133

Capítulo IV: Dimensões do ativismo judicial na práxis do

Supremo Tribunal Federal	137
4.1. Considerações iniciais.....	137
4.2. Ocupação de vazios normativos	138
4.3. Criação ou alteração de norma constitucional	149
4.4. Expansão de poderes processuais e da força das decisões judiciais	161
4.5. Ativismo de precedentes.....	169
4.6. Ativismo contramajoritário	176
4.7. Maximalismo judicial.....	180
4.8 Imposição de obrigações positivas ao Poder Público.....	184

Capítulo V: Do constitucionalismo democrático à juristocracia:

objeções ao ativismo judicial	191
5.1. Considerações iniciais.....	191
5.2. Nós, o povo vs. eles, os juízes	192
5.3. A existência de desacordos morais razoáveis: a crítica de Jeremy Waldron.....	196
5.3.1. O ponto de partida e o alvo da crítica	197
5.3.2. Premissas do questionamento	200
5.4. Protagonismo do STF e mitigação da jurisdição constitucional brasileira: “constitucionalismo popular” como alternativa ao ativismo judicial?	204
5.5. Síntese conclusiva.....	211

Capítulo VI: Diálogos constitucionais e ativismo judicial:

reconciliando democracia e constitucionalismo	213
6.1. Considerações iniciais.....	213
6.2. Jurisdição constitucional, ativismo e a retórica da supremacia judicial	215
6.3. O diálogo através da prudência: Alexander Bickel para além da “dificuldade contramajoritária”	224
6.4. O desenho constitucional canadense e os diálogos institucionais	229

6.5. Delineamentos da teoria dialógica da jurisdição constitucional.....	233
6.6. Existe abertura para um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e os Poderes Executivo e Legislativo no sistema constitucional brasileiro?	242
6.7. Entre ativismos, diálogos e ruídos	245
6.7.1. Caso 1.....	246
6.7.2. Caso 2	251
6.7.3. Caso 3	252
6.7.4. Caso 4	254
6.8. A reação antidialógica do Poder Legislativo: considerações sobre a Proposta de Emenda Constitucional n. 33	258
Conclusões	263
Referências	269