

**GLAUCO SALOMÃO LEITE**

---

**JURISTOCRACIA E  
CONSTITUCIONALISMO  
DEMOCRÁTICO**

**DO ATIVISMO JUDICIAL  
AO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL**

**2ª EDIÇÃO**

**EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2021**

Copyright © 2021 by Glauco Salomão Leite

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

---

L533j

Leite, Glauco Salomão

Juristocracia e constitucionalismo democrático : Do ativismo judicial  
ao diálogo constitucional / Glauco Salomão Leite. – 2. ed., rev., atual. e  
ampl. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2021.

376 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 325-352

ISBN 978-65-5510-649-7

1. Direito constitucional. 2. Poder judiciário e questões políticas.  
3. Jurisdição constitucional. 4. Ativismo judicial. 5. Democracia – Brasil.  
I. Título.

CDD 342.02

Ficha catalográfica elaborada por Roge Silva CRB-8/010483

# Sumário

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 judicial review 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?...	27
1.6 Síntese conclusiva.....	33
Capítulo II – Ativismo Judicial e Autocontenção na Teoria Constitucional Norte-Americana.....	37
2.1 O surgimento da expressão “ativismo judicial” e seu significado inicial .....	37
2.2 Marbury vs. Madison: a criação da judicial review como ativismo judicial?.....	42
2.3 Dred Scott vs. Sandford: a Suprema Corte e a mitigação da sua autoridade de intérprete final da Constituição.....	47
2.4 A Era Lochner: ativismo judicial conservador e suas repercussões na arena política .....	52

2.5 O legado da Corte Warren e da Corte Burger: ativismo judicial, direitos das minorias e déficit dos processos democráticos.....	56
2.5.1 Discriminação racial nas escolas.....	57
2.5.2 A redistribuição dos distritos eleitorais .....	61
2.5.3 O direito ao aborto e a construção do direito à privacidade.....	63
2.6 Tomada de posição: o modelo institucional do ativismo judicial.....	66
2.7 Dimensões do ativismo judicial.....	70
2.7.1 Contramajoritarismo e a crítica de James Bradley Thayer.....	71
2.7.2 Originalismo e textualismo: traição e fidelidade na interpretação constitucional.....	75
2.7.3 A doutrina do stare decisis e a instabilidade interpretativa .....	78
2.7.4 Minimalismo judicial e democracia deliberativa.....	80
2.7.5 Judicial remedies e a imposição de obrigações positivas para o Poder Público .....	82
2.7.6 Ativismo judicial partidário.....	83
2.8 Síntese conclusiva.....	86
Capítulo III – O Supremo Tribunal Federal, a Constituição Brasileira de 1988 e o Ativismo Judicial: a construção da juristocracia no Brasil.....	89
3.1 Considerações iniciais .....	89
3.2 O debate brasileiro sobre o ativismo judicial .....	90
3.2.1 A miscelânea em torno do ativismo judicial .....	91
3.2.2 A quantificação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.....	101
3.3 O Supremo Tribunal Federal entre o ativismo judicial e a judicialização da política .....	107

3.4 Condições gerais facilitadoras da expansão do poder judicial .....	111
3.4.1 Democracia.....	111
3.4.2 Separação dos poderes .....	114
3.4.3 Política de direitos .....	118
3.4.4 Utilização das Cortes por grupos sociais.....	119
3.4.5 Utilização das Cortes pela oposição .....	122
3.4.6 Inefetividade das instituições majoritárias.....	124
3.5 Peculiaridades do sistema constitucional brasileiro .....	125
3.5.1 O perfil da Constituição de 1988.....	126
3.5.2 Fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal.....	131
3.5.3 O repertório das doutrinas neoconstitucionais .....	136
3.5.4 Distribuição de poder político e presidencialismo de coalização ...	142
Capítulo IV – Dimensões do Ativismo Judicial na práxis do Supremo Tribunal Federal .....	145
4.1 Considerações iniciais .....	145
4.2 Ocupação de vazios normativos.....	146
4.3 Criação ou alteração de norma constitucional .....	157
4.4 Expansão de poderes processuais e da força das decisões judiciais...	170
4.5 Ativismo de precedentes .....	177
4.6 Ativismo contramajoritário.....	185
4.7 Maximalismo judicial.....	189
4.8 Imposição de obrigações positivas ao Poder Público.....	193

Capítulo V – Do Constitucionalismo Democrático à Juristocracia: objeções ao Ativismo Judicial .....	201
5.1 Considerações iniciais .....	201
5.2 Nós, o povo vs. eles, os juízes .....	202
5.3 A existência de desacordos morais razoáveis: a crítica de Jeremy Waldron .....	206
5.3.1 O ponto de partida e o alvo da crítica.....	207
5.3.2 Premissas do questionamento .....	210
5.4 Protagonismo do STF e mitigação da jurisdição constitucional brasileira: “constitucionalismo popular” como alternativa ao ativismo judicial?.....	214
5.5 Síntese conclusiva.....	221
Capítulo VI – Diálogos Constitucionais e Ativismo Judicial: reconciliando Democracia e Constitucionalismo. ....	223
6.1 Considerações iniciais .....	223
6.2 Jurisdição constitucional, ativismo e a retórica da supremacia judicial .....	225
6.3 O diálogo através da prudência: Alexander Bickel para além da “dificuldade contramajoritária” .....	234
6.4 O desenho constitucional canadense e os diálogos institucionais .....	239
6.5 Delineamentos da teoria dialógica da jurisdição constitucional .....	248
6.6 Existe abertura para um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e os Poderes Executivo e Legislativo no sistema constitucional brasileiro? .....	257
6.7 Entre ativismos, diálogos e ruídos.....	262

6.7.1 Proteção judicial de minorias e apelo ao legislador: o reconhecimento da união estável homoafetiva e a omissão discriminatória do Parlamento.....	263
6.7.2. Desacordo sobre direitos e desbloqueios políticos: a legitimidade do aborto de feto anencefálico e seus reflexos no processo legislativo .....	268
6.7.3 Buscando equacionar as omissões legislativas: a criação irregular de Municípios e a devolução da responsabilidade ao Congresso Nacional.....	269
6.7.4 O problema da dosagem do ativismo judicial: a quem compete disciplinar o financiamento das campanhas eleitorais? .....	271
6.7.5. Políticas públicas, decisões estruturantes e ativismo judicial dialógico. ....	275
6.8 Desafios institucionais para a jurisdição constitucional dialógica no Brasil .....	280
6.8.1 A reação antidialógica do Poder Legislativo: considerações sobre a Proposta de Emenda Constitucional n. 33 .....	281
6.8.2 Provincianismo constitucional. ....	284
6.8.3 Opinião pública e a “voz das ruas” .....	287
6.8.4 Desmembramento constitucional.....	291
Capítulo VII: Do Diálogo Institucional ao Bullying Constitucional: os ataques ao Supremo Tribunal Federal diante da guinada populista.....	295
7.1 Considerações iniciais.....	295
7.2 Autoritarismo sem tanques e as novas armas contra a democracia constitucional .....	297
7.3 A função dos Tribunais em uma democracia iliberal: lições da Hungria e da Polônia. ....	300

7.4 O STF na encruzilhada?.....	306
7.5 O bullying constitucional em ação. ....	308
7.6 Bullying constitucional e independência judicial. ....	315
Conclusões .....	319
Referências .....	325