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
2017
Sumário

Dedicatória ............................................................................................................. V
Nota à Segunda Edição ......................................................................................... VII
Nota à Primeira Edição ....................................................................................... IX
Prefácio ................................................................................................................ 1
Parte I: O Longo Caminho da Supremacia Judicial ............................................. 5
Capítulo 1: Apresentação do Objeto da investigação ....................................... 5
  1.1 Introdução ........................................................................................................ 5
  1.2 A Afirmação da Supremacia Judicial ............................................................. 13
    1.2.1 Os Precedentes das Supremas
        Cortes Brasileira e Norte-Americana ......................................................... 13
    1.2.2 Esclarecimentos Conceituais: Monopólio Judicial,
        Supremacia Judicial, Controle de Constitucionalidade,
        Judicialização da Política, Ativismo Judicial e Departamentalismo .... 19
  1.3 Problematização da Supremacia Judicial
    e as Hipóteses Principais do Trabalho .......................................................... 28
  1.4 Plano de Trabalho .......................................................................................... 33
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 ................................. 64
  3.1 A Agonia do Nascimento da Jurisdição Constitucional
    na Europa: o Debate Kelsen v. Schmitt Sobre
    o “Guardião da Constituição” ........................................................................ 64
  3.2 O Modelo Positivista-Liberal de Jurisdição Constitucional ....................... 71
  3.3 O “Neoconstitucionalismo” ........................................................................... 76
  3.4 A Expansão do Poder Judiciário ................................................................. 83
  3.4.1 Panorama do Fenômeno .......................................................................... 83
3.4.2 As Condições para a Judicialização da Política ........................................ 92
3.4.2.1 As Condições Políticas ........................................................................ 92
3.4.2.2 As Condições Institucionais ................................................................. 97
3.4.2.3 As Condições “Interpretativas” .......................................................... 107
3.4.3 A Judicialização da Política: Sistematização das Principais Hipóteses ........ 108

Capítulo 4: A Afirmação e a Expansão do Judiciário no Brasil ................................ 110
4.1 A Viabilidade da Supremacia Judicial no Brasil até 1988 ............................ 111
4.1.1 O Império ............................................................................................ 111
4.1.2 A República Velha .............................................................................. 116
4.1.3 A Revolução de 1930 e o Estado Novo .................................................. 128
4.1.4 A República de 1946/1964 .................................................................. 135
4.1.5 A Ditadura Militar ............................................................................... 140
4.1.6 Conclusão ............................................................................................. 145
4.2 A expansão do Judiciário no regime constitucional pós-1988 .................... 148
4.2.1 As condições políticas ......................................................................... 148
4.2.2 As Condições Institucionais ................................................................. 153
4.2.3 As Condições “Interpretativas” ............................................................. 163
4.2.4 Conclusão ............................................................................................. 175
4.3 Ativismo na Jurisprudência Atual do STF ................................................. 177
4.3.1 Notas Preliminares .............................................................................. 177
4.3.2 Aplicação Direta de Princípios Constitucionais pelo Judiciário. Sistematização das principais hipóteses ......................................................... 180
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) ................................................................. 180
4.3.2.2 Criação de Norma Infracostitucional na Hipótese de Inconstitucionalidade por Omissão .......................................................... 191
4.3.2.3 Invalideza de Norma Legal ou Administrativa ............................... 194
4.3.2.4 Criação de Norma Constitucional ...................................................... 197
4.3.2.5 Imposição de Medidas Concretas ao Poder Legislativo e/ou ao Poder Executivo .......................................................... 199
4.3.3 Modelo de decisão casuístico ............................................................... 199
4.3.4 Tendência à Fundamentação “Maximalista” ......................................... 201
4.3.5 Viés “Juriscêntrico” .............................................................................. 209
Capítulo 5: Críticas à Supremacia Judicial

5.1 As Críticas de Caráter Institucional
5.1.1 As Premissas: Capacidades Institucionais e os Efeitos Sistêmicos
5.1.2 Casos Altamente Complexos e o Minimalismo Judicial
5.2 As críticas Democráticas
5.2.1 O Profundo Desacordo Moral Quanto a Questões de Princípio e a Supremacia Parlamentar
5.2.2 As Críticas Formuladas pelo Constitucionalismo Popular
5.2.2.1 Notas Introdutórias: A Devolução da Constituição ao Povo
5.2.2.2 A Critica à Interpretação Constitucional Jurisçentrica
5.2.2.3 A Retirada da Constituição das Cortes, o Problema do "Descumprimento Antecipado" e a Capacidade de o Legislator Participar da Interpretação Constitucional

Capítulo 6: Diálogos Constitucionais, Capacidades Institucionais,
Democracia Deliberativa e Separação de Poderes
6.1 A Necessária Contextualização das Críticas Institucionais e Democráticas à Supremacia Judicial
6.2 A Importância de uma Análise Realista das Capacidades Institucionais
6.3 Democracia Deliberativa, Desacordo Moral,
Última Palavra e Accountability
6.4 Separação de Poderes e Expansão do Judiciário. Independência e Responsividade Judicial
6.5 Conclusão

Capítulo 7: Quem Tem a Última Palavra Sobre a Constituição?
7.1 Os Modelos de Comportamento Judicial
7.2 Instrumentos de Interação
7.2.1 Ataques Institucionais à Suprema Corte
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
7.2.3 A Não Implementação de Decisões Judiciais

4.4 Conclusão: A caminho da Supremacia Judicial?
7.2.4 Os Mecanismos de Superação Legislativa de Decisões da Suprema Corte ................................................................. 298
7.3 A Inevitabilidade da Interação Entre os Departamentos Estatais para a Definição do Sentido da Constituição .......... 309
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 ................................................................. 322
Capítulo 8: Quem Deve ter a Última Palavra Sobre a Constituição? .......... 336
  8.1 As Principais Teorias: Diálogos Constitucionais, Construção Coordenada e Supremacia Judicial ............................................. 336
  8.2 A superioridade Normativa das Teorias Dialógicas .................. 343
  8.3 Mecanismos de Superação Normativa de Decisões Constitucionais do STF ................................................................. 357
  8.3.1 Emendas Constitucionais ..................................................... 357
  8.3.2 Leis e Maiorias Legislativas Ordinárias ................................ 371
  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 ......................... 385
Capítulo 9: Considerações Finais ................................................. 394
  9.1 ProposiçõesObjetivas Finais .................................................. 394
  9.2 Encerramento ..................................................................... 406
Referências .................................................................................. 409